UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

DERECHO

DOCTRINA

BRITO, Mariano — Principios del procedimiento disciplinario

GROS ESPIELL, Héctor — El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados

HOWARD, Walter — La legitimación adoptiva en el Derecho uruguayo

OLIVERA GARCÍA, José Luis — Valoración de la marca

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago — La relación jurídica de seguridad social

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime — Espacio de centro,Constitución y libertades

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

GAVERNET, Haroldo — Nuestro tiempo, derecho y valores permanentes

DE CORES, Carlos — Ley de Prenda sin desplazamiento

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia Nº 181 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, del 12 de setiembre de 2001

LABANDERA, Pablo — Teoría de los actos propios y su aplicación en el Derecho aduanero

INFORMACIONES

TESINAS DE MASTERS

DÍAZ SIERRA, María del Carmen — Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?

VIERA, María Beatriz — Incentivos tributarios

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BRUGNINI, María Federica

LAVENTURE, Isabel — El concubinato en la jurisprudencia nacional

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Año I (2002), Nº 2

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO
La formación del profesional en Derecho 2

DOCTRINA
Brito, Mariano
Principios del procedimiento disciplinario 5

Gros Espiell, Héctor
El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados 15

Howard, Walter
La legitimación adoptiva en el Derecho uruguayo 23

Olivera García, José Luis
Valoración de la marca 51

Pérez del Castillo, Santiago
La relación jurídica de seguridad social 61

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime
Espacio de centro, Constitución y libertades 71

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES
Gavernet, Haroldo
Nuestro tiempo, derecho y valores permanentes 81

De Cores, Carlos
Ley de Prenda sin desplazamiento 85

JURISPRUDENCIA COMENTADA
Sentencia Nº 181 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, del 12 de setiembre de 2001

Labandera, Pablo
Teoría de los actos propios y su aplicación en el Derecho aduanero 93

INFORMACIONES
J. M. Gutiérrez
Abogado por un día 105

J. M. Gutiérrez y P. Labandera
Reseña de actividades de la Facultad de Derecho en el año 2002 107

TESINAS DE MASTERS
Díaz Sierra, María del Carmen
Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa? 111

Viera, María Beatriz
Incentivos tributarios 151

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES
Brugnini, María Federica
Laventure, Isabel
El concubinato en la jurisprudencia nacional 183

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS
Dignidad humana y Derecho 195

Las sociedades anónimas deportivas en el Derecho uruguayo 196

El nuevo régimen del Derecho de la Competencia 198

Régimen jurídico de las telecomunicaciones 200

La formación del profesional en Derecho

El Maestro Couture nos recordaba en sus célebres "Mandamientos del Abogado" el imperativo profesional del estudio. En el primer mandamiento expresaba: *"El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos Abogado".*

Este mandamiento, de permanente e incuestionable importancia en la vida de todo profesional del Derecho, resulta particularmente relevante en los momentos de crisis. Crisis que se manifiestan en el ámbito económico, en el ámbito social, en el ámbito tecnológico y fundamentalmente en el ámbito de los valores que regulan el comportamiento humano.

Las crisis son épocas de replanteos esenciales y de transformaciones profundas, las cuales tienen necesaria incidencia en el Derecho: se aprueban nuevas normas, generalmente bajo la urgencia de resolver necesidades apremiantes; se plantean opciones y alternativas antes inexploradas para la aplicación de las existentes; y se demanda al Derecho la solución de problemas que se encuentran muchas veces más allá de sus posibilidades naturales.

Es por esa razón que, en situaciones críticas, se hace más imperiosa aún la necesidad de que el profesional en materia jurídica cuente con una formación sólida, que le permita –desde la posición profesional que le toque ocupar- poner exitosamente a prueba su temple de jurista, aplicando el Derecho con recto juicio y claro criterio, aun en tiempos tormentosos, cuando el horizonte no siempre resulta claramente visible. Para esto, el jurista debe mantener actualizados conocimientos jurídicos, debe desarrollar una vocación permanente por el estudio y la investigación, y por sobre todas las cosas, debe adquirir y mantener valores claros y sólidamente incorporados que le permitan interpretar y aplicar el Derecho, de acuerdo con los valores que el mismo pretende salvaguardar.

Con ese espíritu, el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo comenzó en 1986 sus pioneros estudios de postgrado en Derecho y, con el mismo espíritu, dieciséis años después, los continúa la Universidad de Montevideo, a través de su Facultad de Derecho. Sus cuatro programas de Master en temas jurídicos (Derecho de la Empresa, Derecho Administrativo Económico, Derecho y Técnica Tributaria, e Integración y Comercio Internacional), con varios cientos de egresados, sumados a los Grupos de Investigación actualmente en funcionamiento, a los programas de seminarios en materia jurídica y de formación de docentes, a la carrera cuaternaria de Escribano Público y al Programa Doctoral, en proceso de gestación, son manifestaciones elocuentes de este compromiso con la formación permanente de los profesionales en Derecho que la Universidad de Montevideo ha asumido con la sociedad uruguaya.

En este contexto, la aparición del segundo número de la Revista de Derecho, publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, pretende profundizar su vínculo con la comunidad jurídica nacional, dando a conocer y ofreciendo a la misma los frutos del esfuerzo de quienes en nuestra Universidad trabajan.

Ricardo Olivera García
Decano

Revista de
DERECHO

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

❖

Director
Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable
Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

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

Comisión de Publicaciones
Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

❖

Redacción y suscripciones
Facultad de Derecho,
Universidad de Montevideo
Prudencio de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión
mastergraf srl - Gral. Pagola 1727
CP 11800 - Tel. 203 47 60*
Montevideo - Uruguay
E-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 328.005/02 -
Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

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

Año I (2002), Nº 2

DOCTRINA

- ***Brito Mariano*** *- «Principios del procedimiento disciplinario».*

- ***Gros Espiell, Héctor*** *- «El Uruguay y la Corte Penal Internacional. La iniciativa del Poder Ejecutivo en la ley aprobatoria de los tratados».*

- ***Howard, Walter*** *- «La legitimación adoptiva en el Derecho uruguayo».*

- ***Olivera García, José Luis*** *- «Valoración de marcas».*

- ***Pérez del Castillo, Santiago*** *- «Los objetivos de la seguridad social».*

- ***Rodríguez Aranu Muñoz, Jaime*** *- «Espacio de centro, Constitución y libertades».*

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

MARIANO R. BRITO
Rector de la Universidad de Montevideo
Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de la República
Profesor Titular de Deontología Jurídica en la Universidad Católica del Uruguay

SUMARIO

I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL TEMA: SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. II. EXPLICITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL TEMA: SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. Hacia 1977 comenzábamos nuestras reflexiones sobre el régimen disciplinario de la función pública intitulando el primer parágrafo "Las debilidades del derecho disciplinario"[1]. "El examen del régimen disciplinario – anotábamos entonces – con la presencia del procedimiento, la infracción y la sanción disciplinarios en su estructura – nos adentra en uno de los capítulos más intensos, dinámicos y cargados de sentido del Derecho Administrativo"[2].
   Se veía cómo en él se mostraban palpitantes los dos polos de su desarrollo: "la actuación estatal expansiva, en permanente operación para la satisfacción del bien común más general cuya custodia y alcance competen al Estado, y la esfera de derechos del individuo, inherentes a su personalidad". Y agregábamos: "La armónica conjugación de ambos – también el último, de interés público – jamás producto acabado, siempre en constante proceso de persecución de meta, se muestra con caracteres de singular tensión en el derecho disciplinario".
2. Muchas de las dificultades apuntadas reconocieron en Uruguay un significativo y valioso aporte para su superación mediante el Decreto del Poder Ejecutivo Nº 640/973 de 8.VIII.1973. A éste hubo de seguir, más próximamente, el Decreto del Poder Ejecutivo Nº 500/991 de 27.IX.1991; aquél fruto en muy buena medida del esfuerzo intelectual del Prof. Dr. Héctor Frugone Schiavone, ya fallecido, a quien rindo homenaje, y el segundo, del Prof. Dr. Augusto Durán Martínez, estimadísimo colega.
3. A la elaboración normativa se sumó una decantada y creciente labor doctrinaria[3] y jurisprudencial[4].

1 Mariano R. BRITO, en Régimen Disciplinario. Procedimiento disciplinario, ob.col., Montevideo, 1977, p. 119-153.
2 Ibidem, p. 119.
3 Héctor Hugo BARBAGELATA, Jorge SILVA CENCIO, Constancio LEVRERO BOCAGE, Héctor SARTHOU, Washington BADO, Horacio CASSINELLI MUÑOZ, José KORZENIAK, Carlos PITTAMIGLO, Julio PRAT, Manuel IBÁÑEZ y Juan Pablo CAJARVILLE, en Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos, Biblioteca de Derecho Laboral, Nº 5, Montevideo, 1977.
También: Julio PRAT, Daniel Hugo MARTINS, Mariano R. BRITO, Héctor FRUGONE y Juan Pablo CAJARVILLE, ob. cit. supra nota 1.
Julio PRAT, Derecho Administrativo, T.3, Vol.1, Montevideo, 1978.
Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE, Eduardo ESTEVA, Alberto SAYAGUÉS, Augusto DURÁN MARTÍNEZ y Héctor FRUGONE, en Procedimiento Administrativo, publ. Universidad Católica del Uruguay, Revista de Derecho Constitucional y Política, Diciembre 1999.
Ruben CORREA FREITAS, Los principios constitucionales de la función pública y el estatuto de la función pública y el estatuto del funcionario, en Manual de Derecho de la Función Pública, Montevideo, 1998.
Ibidem, Cristina VÁZQUEZ, Régimen de la evaluación del desempeño y ascensos, y Derechos y garantías de los funcionarios.
José KORZENIAK, Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional, Montevideo, 2001, p. 525 ss.
4 V. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (v. Repertorios), y Anuario de Derecho Administrativo (T.I a VIII): Derecho Disciplinario y Funcionarios Públicos. Se recoge en ambas publicaciones una extensa elaboración jurisprudencial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

4. Hacia la década de los 80 podía afirmarse: "No sólo el derecho público influye al derecho del trabajo. A la inversa, el derecho de la función pública evoluciona hacia el derecho común del trabajo"[5].
   Se producía entonces aquel fenómeno que Brewer Carías denominaba "laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos..."[6].
   En Uruguay, ya antes, se postulaba la aproximación o aún más, la reducción a una zona común o de Derecho General del Trabajo - comprensivo de todas las manifestaciones del trabajo humano (ya a cargo de funcionarios públicos o de trabajadores privados), precisamente por ser tal, el propio del hombre que trabaja – "aplicable indiscriminadamente a los sectores públicos y privados"[7].
5. No obstante, hoy y ahora, contemporáneamente, se puede advertir que la coyuntura política, social y económica incide produciendo cierta innovación en el ámbito del régimen disciplinario. El estado del derecho nos informa que la reforma del Estado y la globalización de la economía, y con ellas la problemática común a los países emergentes (en la realidad de un desarrollo que les es esquivo), alcanza también a la función pública para introducir las *técnicas de reducción de la plantilla de funcionarios públicos*, a través de regímenes de reestructura, y reinserción laboral y empresarial[8]. Cabe destacar que los últimos mencionados reconocen un denominador común: *la colocación laboral de los funcionarios públicos en el sector privado*[9], para lo cual se instrumentan mecanismos y sistemas de apoyo (técnico, financiero y capacitación para desarrollar una pequeña y mediana empresa)[10], facultándose también al Poder Ejecutivo a adjudicar y destinar fondos de cooperación internacional orientados a la reforma del Estado, la promoción y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa y la promoción del empleo en el sector privado[11].
   A igual objetivo se orientan previsiones legales de tercerización, facultando al Poder Ejecutivo y los órganos jerarcas de los demás entes públicos y órganos comprendidos en el Presupuesto Nacional a contratar con terceros la prestación de actividades no sustanciales o de apoyo, así como la configuración de situaciones jurídicas de personal excedentario, cuyos cargos y funciones contratados – una vez declaradas tales – "serán suprimidos ..."[12] y "se dará de baja al crédito habilitado al efecto ..."[13]. Agréguese a lo expuesto la incorporación de un régimen de redistribución de funcionarios conducente, en suma, al abandono (alejamiento) definitivo de la función pública por el funcionario[14].
   Se constata, en suma, que la nueva regulación de la función pública abona la sustitución del régimen estatutario, con la presencia concurrente con él de las importantes notas de la laboralización mencionada antes, para adentrarse ahora en las soluciones de la contratación privada de trabajo, o la inserción abierta en las categorías de derecho privado (v. gr. también con el desarrollo de los sistemas de contratación de personal, régimen de remuneración de personal con incentivos por rendimiento y dedicación[15], condiciones de permanencia sin estabilidad en el empleo, a través de contratación de arrendamiento de obra) y la modificación del modelo burocrático tradicional de la Administración estatal "basado en el control de actividades y procedimientos, hacia uno más gerencial centrado en los resultados de la gestión pública..."[16].
6. Hacia 1980, el administrativista uruguayo Jorge Silva Cencio, podía decir, comentando la concepción norteamericana: "Se considera que el vínculo entre el agente y la Administración es contractual y no estatutario. El monto de las remuneraciones y el objetivo de la productividad juegan el mismo rol que en las empresas privadas"[17]. Contemporáneamente se observa análogo comportamiento cara al régimen jurídico de la función pública en Uruguay.
7. No obstante lo reseñado, se vuelve necesario anotar algunos límites a la mentada conducta privatizadora (virtual o real).

5 Jorge SILVA CENCIO, en Biblioteca de Derecho, cit. supra nota 3, p. 38.
6 Allan R. BREWER CARÍAS, La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, en Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", Caracas, 1996, p. 35 ss.
7 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 58, P. 232.
8 V. Anexo, TOFUP (Texto Ordenado de las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de funcionarios públicos), arts. 500 a 542.
9 Ibidem, arts. 503 y 504.
10 Ibidem, arts. 503 y 504.
11 Ibidem, art. 505.
12 Ibidem, art. 534.
13 Ibidem, art. 534.
14 Ibidem, arts. 536 a 542.
15 Decreto del Poder Ejecutivo Nº 261/991, de 15.V.1991, art. 5.
16 Decreto Nº 186/996, de 16.V.1996, Cons. V.
17 Autor y publ. cit., supra nota 5, p. 50.

a) Ante todo, es de tener presente que "Ontológicamente el trabajo (también el trabajo función pública) pertenece al orden entrañable de la persona humana"[18]. Por esto, "A su respecto, no cabe la determinación estatal absoluta de conductas u opciones laborales, su abandono forzoso o la nueva elección con idéntico carácter. Antes bien, procede la conducta (estatal) tuteladora o protectora del derecho a la libertad de trabajo"[19]. A su respecto la ley, por la segunda parte del art. 7º de la Constitución, tiene la posibilidad, *por razones de interés general*, de privar a los habitantes del derecho a ser protegidos en el goce de la libertad (en la especie, de trabajo), pero no del derecho inherente a la condición humana, "de acuerdo con lo que prevé el art. 63 (actual 72) de la misma sección II de la Constitución"[20]. Y aquel interés general – habilitante para la ley de la supresión del derecho a la protección – "deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad"[21]. Por otra parte, "De todas maneras, conviene establecer que el juego de otras disposiciones constitucionales en cierta medida contiene o limita la noción del interés general y pone una valla a las normas que el legislador dicte en función de este concepto".
"No debe olvidarse, por ejemplo, que la Constitución consagra el derecho a la igualdad. Por tanto, una restricción de derechos en vista del interés general, estará limitada, al mismo tiempo, por el principio de que todos los hombres son iguales ante las leyes. De tal manera, no será conforme a la Constitución la ley que, para defender el interés general, pueda herir de distinto modo, en distinto grado, con diferente intensidad, los derechos fundamentales de los habitantes"[22].
También son habitantes los funcionarios públicos y parece procedente concluir en la posible lesión del régimen constitucional citado cuando el goce de la libertad se vea alcanzado o menoscabado por una solución legislativa que lleve a la decisión de alejamiento del empleo público ante la consagración de desventajas o prejuicios tales o de tal intensidad, si se permanece en el empleo público, que se vuelvan gravemente reductores de la realidad de la opción que se pretende plantear.

b) El régimen de la función pública afianza el carácter estatutario del vínculo de la Administración con sus funcionarios (particularmente, su régimen disciplinario), en virtud del carácter supraordenado del bien jurídico tutelado[23]. Y esto obra como límite a la procurada privatización porque el bien público exige para su servicio la actuación de quienes estén sometidos a un régimen jurídico con obligaciones, prohibiciones, constreñimientos o restricciones peculiares, que en cambio, son anodinas o improcedentes cuando se está en la relación de empleo privado. También, frecuentemente, la situación jurídica del funcionario requiere una peculiar estabilidad o permanencia[24], constitutiva también de garantías para el funcionario[25].

8. Sin embargo, parafraseando aquel fenómeno jurídico que Brewer Carías llamara "La laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos"[26], podríamos hablar o al menos comenzar a aludir claramente a la "privatización del régimen de los funcionarios públicos".

9. Pero lo que vinimos de referir (párrafo 1.7, especialmente límites señalados) muestra que la función pública reclama para los servidores públicos "el afianzamiento de su estatuto"[27], y particularmente, en el campo del procedimiento disciplinario y sus principios, y con ello, la ineludible presencia del Derecho Administrativo; de éste, antes que de "huida" deberá hablarse aquí de "permanencia"[28].
Con tales criterios – guía, como piedra de toque para la búsqueda y encuentro de las soluciones correctas, cabe adentrarse en el examen de los principios del procedimiento disciplinario.

18 Constitución uruguaya, arts. 7, 33, 36 y 72.
19 Mariano R. BRITO, Vigencia de la estimativa jus naturalista en el Estado Uruguayo de Derecho y la sanción de la Ley Nº 15.783, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, T. II, p. 217. Vide art. 7º de la Constitución.
20 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, La Constitución Nacional, Montevideo, 1946, T. II, p. 17.
21 Ibidem, p. 23.
22 Ibidem.
23 Constitución de 1967, art. 58, primer párrafo: "Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política", y art. 59.1: "La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario".
24 Constitución, art. 60.2 y 3, 61, 62, 63.2, 168.10, 239.7º, 275.5º.
25 Edgardo AMOZA ANTÚNEZ de OLIVERA, Régimen jurídico aplicable a los funcionarios contratados, Anuario de Derecho Administrativo, Montevideo, T. IV, p. 325 ss.
26 Allan R. BREWER CARÍAS, La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, en Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 35.
27 Ibidem.
28 Mariano R. BRITO, ¿Derecho Público y Derecho Privado? ¿Opción adversativa o regulación concurrente?, en III Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, Montevideo, 25.X.2000.

II. EXPLICITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

1. *Fin del procedimiento disciplinario.* El procedimiento disciplinario y también la infracción y la sanción, han de desenvolverse respondiendo a las exigencias ontológicas del sistema jurídico uruguayo: el funcionario en cuanto persona humana, persona que trabaja, y el Estado, ente para el bien común del más alto rango.
2. *El procedimiento disciplinario es sólo un medio jurídico para el ejercicio de los poderes disciplinarios,* por lo cual es desarrollo del poder estatal, y como tal, sujeto a los límites y condiciones que conforman su juridicidad en el Estado de Derecho. A éstas no es extraña la afirmación de las "posiciones jurídicas en la que el ciudadano tiene derecho a confiar"[29], o doctrina de la confianza legítima, que también para el sector que nos ocupa vendría a "constituir el necesario contrapunto de la flexibilidad exigible en estos campos"[30].
3. *Principio de la legalidad objetiva: su sentido.* Pero la legalidad objetiva es aquí una legalidad cargada de sentido: se orienta al fin supremo (el bien común, la buena administración en la especie), pero se detiene ante cuanto le es ajeno (especialmente le está vedada la actuación de los medios de investigación e instrucción, y el empleo de las técnicas que le son propias, para introducirse en la zona de la intimidad del funcionario).
   Pero hecha esta salvedad, la naturaleza del bien público comprometido es de tal jerarquía que bien afirmó el constituyente la base fundamental del estatuto funcional: "el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario"[31].
4. *El principio de impulsión de oficio.* Esta regla de derecho[32], frente al principio clásico del proceso civil *nec procedat judex ex officio,* se vigoriza en el procedimiento disciplinario por cuanto se trata – nada menos – que de asegurar el orden de la función pública[33].
5. *Principio de instrucción.* Es aplicable aquí el principio del procedimiento administrativo general, conocido con igual nombre[34]. En él se revela como conducta debida de la Administración que debe cooperar, y es por ello responsable, en la reunión de elementos de juicio para decidir. El adquiere en el procedimiento disciplinario la trascendencia de su objeto y fin: éste se dirige a la comprobación de la falta, la determinación de la responsabilidad del funcionario, y la aplicación de la sanción disciplinaria correspondiente, para salvaguardar la función pública[35] [36].
   Pero la instrucción se desarrolla observando un principio fundamental: la presunción de inocencia del funcionario investigado, de tal modo que a la Administración incumbe la carga de la prueba[37]. Es que todo hombre – también el funcionario – debe ser presumido inocente hasta la prueba en contrario.
6. *Principio de verdad material.* La normativa vigente consagra este principio[38]. Ese deber de buscar la verdad y ajustarse a ella obliga a la Administración en los términos de buena fe. El desconocimiento vicia insubsanablemente sus decisiones.
7. *Principio de tutela del funcionario en el procedimiento disciplinario. El derecho de defensa. Derecho de producir prueba.* La regla de legitimidad impone a la Administración la observancia del derecho de defensa, inherente a la persona humana que el funcionario es[39]. En su virtud, debe darse al imputado la oportunidad de producir prueba de descargo[40], sin menoscabo de la regla de principio de apreciación de la pertinencia de la prueba[41].

29 Decimos así, parafraseando la afirmación de Gaspar ARIÑO ORTIZ, cuando cita la reciente doctrina alemana, en su obra La regulación económica, Buenos Aires, 1996, p. 152-3, aunque refiriéndola él al objeto de su estudio en la obra citada.
30 Ibidem.
31 Constitución, art. 59.
32 Constitución, art. 309 y Decreto-Ley Nº 15.524, de 9.I.1984, art. 23 a).
33 Decreto Nº 500/991, arts. 180 y 181.
34 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Principios del procedimiento disciplinario, en A.A.V.V. Procedimiento administrativo, publ. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 1991, p. 81 estableciendo que "Como procedimiento administrativo que es, resultan aplicables todos los principios enumerados en el art. 2 del Decreto Nº 500/991".
35 Daniel Hugo MARTINS, El estatuto del funcionario, Montevideo, 1965, p. 123
36 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, El régimen disciplinario en la Administración Central, Montevideo, 1975, p. 15. También del mismo autor, Principios del procedimiento disciplinario, en A.A.V.V. Procedimiento administrativo, Universidad Católica del Uruguay, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1991, Nº 5, p.82 ss.
37 Decreto Nº 500/991, art. 170: "El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y se presumirá su inocencia, mientras no se establezca, legalmente, su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso (Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", art. 8, numeral 2 y 11).
38 Decreto Nº 500/991, art. 2º, lit. d) y arts. 182 y 183.
39 Constitución arts. 66 y 72 y Decreto Nº 500/991, art. 171.
40 Decreto Nº 500/991, arts. 71, inc. 2 y art. 171.
41 Ibidem, art. 71, inc. 2.

Las soluciones vigentes en el Derecho uruguayo han asegurado lo que es regla pristina del Estado de Derecho: el funcionario puede acceder al expediente administrativo, para hacerse oír y probar sus dichos aportando los medios conducentes. Correlativamente, la Administración debe recibir la prueba propuesta.
Pero también debe comprender en igual régimen de garantías y oportunidades procedimentales al tercero administrado denunciante de irregularidades imputadas al funcionario: también éste puede acceder al expediente, para hacerse oír, probar sus dichos y aportar los medios conducentes. Correlativamente, la Administración *debe* recibir la prueba propuesta y decidir si se dan los supuestos que hacen preceptivo tal pronunciamiento[42].
El derecho de defensa entraña el de acceder al expediente. Esta regla halla en el procedimiento disciplinario la peculiaridad de su carácter secreto[43], de intensidad marcada al punto que su violación será considerada falta grave[44]. El carácter atribuido se ve levantado cuando se alcanza la etapa de vista[45]. Con Gordillo concluimos que a partir de ese momento será ya indubitablemente ilegítima toda restricción que pretenda hacerse a la intervención del sumariado, de sus representantes o letrados[46].

8. *Principio de decisión expresa y fundada.* Con Augusto Durán afirmamos que "El debido procedimiento impone también una resolución expresa que concluya las actuaciones[47] y que a su vez esté fundada[48].
9. *Principio de la naturaleza administrativa de la infracción y la represión disciplinarias.*
   9.1 El ordenamiento jurídico uruguayo lleva consigo la distinción entre la infracción y la represión disciplinarias, para las que reconoce sustancia administrativa, y los ilícitos y sanciones penales. Al respecto, es explícito el Código Penal, art. 91, inc. 4º y 5º. A idéntica conclusión conducen las disposiciones de la sección IV del Libro II, del Decreto Nº 500/991[49].
   9.2 Con entera armonía del principio citado, se afirma: "Las disposiciones que anteceden no obstan al necesario ejercicio de la competencia administrativa independiente de la judicial, para instruir sumarios y disponer las cesantías que correspondan con arreglo a derecho y mediante el procedimiento debido, sin esperar fallos judiciales, en los casos claros de conducta incompatible con la calidad de funcionarios públicos, la que será juzgada como grave falta disciplinaria..."[50].
   9.3 Pero ¿cuál es la naturaleza misma de la represión disciplinaria y, consiguientemente, los principios aplicables?
   La cuestión no es objeto de explícita decisión por el Decreto Nº 500/991, como tampoco antes por el Decreto Nº 640/973, a nuestro modo de ver acertadamente, porque ello escaparía a la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo. Por su art. 231 se limita a consagrar la independencia de la competencia disciplinaria administrativa respecto de la justicia penal. Pero nada resuelve sobre la naturaleza misma de la infracción y sanción respectivas.
   9.4 ¿Está radicalmente excluida de la sanción disciplinaria la sustancia penal y, en consecuencia, los principios respectivos, en virtud de la "independencia" de la competencia y procedimiento administrativo respecto de la competencia y el proceso penal por las infracciones imputables al funcionario público?
   Cuestión previa: las dificultades de la cuestión planteada no deben llevar a la asimilación de las faltas disciplinarias con las contravenciones administrativas comunes o generales por violación de normas prohibitivas u omisión de deberes de los administrados. La radical distinción se advertirá a partir del elemento moral, subjetivo e intencional. Como bien enseñaba Zanobini, la regla para las contravenciones es que cada uno responde de la propia acción u omisión, aunque no se demuestre que él haya querido cometer un hecho contrario a la ley: "El dolo es elemento intencional requerido sólo por el derecho penal; el derecho común público o privado, para declarar a una persona responsable de un evento contrario a la ley, exige que este hecho sea efecto de una conducta voluntaria, esto es libre, de ella; no exige, en cambio, que la persona haya actuado además

42 E. COBREROS MENDAZONA, El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador, A.A.V.V. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo), Coord. Francisco Sosa Wagner, Valencia, 2000, T. II, p. 1437-1468. El trabajo citado contiene una ilustrativa exposición de su objeto y culmina con la consideración de la Ley Vasca de la potestad sancionadora admitiendo expresamente la figura del denunciante interesado.
43 Agustín GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, T. IV., 4ª Ed., Cap. IV-23, examina la cuestión con el título "Limitaciones a la vista".
44 Decreto Nº 500/991, art. 174.
45 Ibidem, art. 216.
46 Agustín GORDILLO, Procedimientos y Recursos Administrativos, Buenos Aires, 1971, 2ª Ed., p. 94.
47 Decreto Nº 500/991, art. 223, inc. 1º.
48 Ibidem, arts. 123 y 124.
49 Decreto cit., arts. 227 a 231.
50 Ibidem, art. 231.

intencionalmente, también con la conciencia, y por lo tanto con la voluntad, de producir el evento que viola la norma".

Ejemplo claro de lo expuesto constituyen las contravenciones a las normas de policía de tránsito, por violación de deberes formales (omisión de declaraciones juradas, etc) para la determinación de obligaciones fiscales, algunas contravenciones por violación de obligaciones tributarias, infracciones aduaneras, etc.

La falta disciplinaria reclama, en cambio, no sólo el actuar voluntario, libre del agente, sino también el dolo o culpa. Y aquí cabe destacar la trascendencia de la regla del art. 169 del Decreto Nº 500/991: "La falta susceptible de sanción disciplinaria es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales", recogiendo así la solución que la doctrina adelantara".

Superada la cuestión preliminar referida, procede el reenvío a la relativa a decidir si la infracción y sanción disciplinarias tienen o no naturaleza penal, en suma la relación misma entre derecho disciplinario y derecho penal.

9.5 Sin perjuicio de la diversidad de opiniones en el campo de la doctrina que van desde la afirmación de la antinomia entre derecho penal y derecho disciplinario hasta la autonómica, pasando por la pretensión de asimilación de ambas, por nuestra parte hemos creído posible advertir la última ratio de la relación en el común carácter represivo, sin perjuicio de la diversidad de fundamento y objeto que le son propios[51].

Al respecto reconocemos ciertas *diferencias fundamentales*:

a) El bien jurídico tutelado mediante la represión disciplinaria es la función pública (opera ante la violación de los deberes del agente).
b) El derecho disciplinario se refiere a los deberes especiales resultantes de la relación funcional.
c) La sanción disciplinaria compromete la actuación funcional, pero no afecta la libertad del funcionario, salvo previsión legal expresa.

Aquí *concluimos que la infracción y sanción disciplinarias constituyen fenómenos jurídicos autónomos del delito y pena penales. Pero, como dijimos antes, esto no excluye las relaciones a partir de la común sustancia represiva.*

Varela, con total precisión afirmaba: "La responsabilidad disciplinaria .... es, por consecuencia, una institución jurídico administrativa de carácter autónomo, destinada exclusivamente a garantir los intereses de la Administración y de los servicios que le están confiados, y el cumplimiento de los deberes impuestos a los que han contraído con ella una relación de dependencia, fundándose como dice Romano en los poderes que corresponde a la administración pública para su conveniente organización y el buen funcionamiento de los servicios que le están confiados[52].

9.6 La respuesta expresada reporta consecuencia a las dos cuestiones siguientes:

a) ¿Rige para el derecho disciplinario el principio *nullum crimen sine lege*, tan firmemente arraigado en la caracterización del ilícito penal?

El debate doctrinario, en nuestra opinión, debe ceder ante la constatación de la naturaleza misma de las situaciones objeto de investigación. El desconocimiento de esas exigencias ontológicas sólo puede producir cuadros de normas luego vulneradas con interpretaciones casuísticas. *Se trata de un auténtico principio o atributo del ser mismo de la actividad administrativa: la ley de su dinámica interna de manifestaciones múltiples. Ella vuelve imposible alcanzar su encuadre normativo total.* Consiguientemente, para la responsabilidad disciplinaria, hecha efectiva a través del poder disciplinario, no puede pretenderse la previsión normativa de todos los hechos incriminables. Aquélla aparece cuando el agente comete una falta que trasgrede reglas propias de la función pública[53].

¿Pero, es que entonces hemos de concluir en la incertidumbre absoluta que repugna a toda conciencia jurídica bien formada en el respeto a los derechos y garantías de los funcionarios?

Antes bien, múltiples serán los límites que la sujeción de la Administración al derecho impondrán a ésta para su actividad de juzgamiento – valoración – de concretas conductas de sus agentes para determinar si medió violación de deberes funcionales.

51 Mariano R. BRITO, publ. cit., nota 1, p. 140.
52 Luis VARELA, Derecho Administrativo, Montevideo, 1906, T. II, p. 662.
53 Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, T. III-B, p. 403, Nº 1047.
54 Así, cuando se hubiera tipificado por el Estatuto las faltas disciplinarias, y, correlativamente, las sanciones, la Administración deberá ajustarse a las normas de acuerdo a la regla "tu patere legem quam fecisti" (respeta la ley que tú has hecho), y sería antijurídica la pretensión de aplicar una sanción más grave, que aquella reglamentariamente prevista.

Ya se han examinado las reglas o principios procedimentales que, aunque formales, custodian auténticas garantías sustanciales de los derechos de los funcionarios. A ellas se agregan los principios y límites generales de la competencia – actuación, poderes y fines – de la Administración[54], así como la vigencia de los sistemas de impugnación y contralor, también jurisdiccional.

b) ¿Rige para el derecho disciplinario el principio del derecho penal *nulla poena sine lege?*

La misma naturaleza de las infracciones disciplinarias y sus variedades vuelven singularmente difícil la determinación casuística de las sanciones. ¿Cómo establecerla, por otra parte, sin la descripción de la infracción correlativa? En esos términos sólo tendrán el valor de tabla o lista de sanciones posibles determinando la limitación de la discrecionalidad en la materia, y por propia naturaleza importarán nada más que la consagración de un criterio general de gravedad de la conducta ilícita. Todo lo cual no excluye las ventajas que puedan señalarse en orden a la categorización de las sanciones. Pero esa consideración es ajena a la que nos ocupa.

No obstante el criterio arriba enunciado, debe hacerse una fundamental excepción que subrayamos: *las sanciones disciplinarias de obvia e inequívoca sustancia penal* (multas y penas disciplinarias privativas de libertad) *requieren norma anterior* que las establezca.

Esa norma debe revestir los siguientes caracteres:

a) debe ser anterior al hecho,

b) debe tratarse de ley (formal). En el punto seguimos la doctrina nacional.[55] [56] [57]

No obstante, el último criterio no es uniforme en el derecho comparado, advirtiéndose corrientes de opinión para las cuales las "normas" pueden revestir la forma de un estatuto o de otra regla de derecho[58].

La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con especial referencia a la imposición de multas, ha alcanzado las siguientes conclusiones: No es ineludible la exigencia de ley (formal) para imponer multas, pudiendo tener fuente normativa diversa, por ejemplo estatutos de los funcionarios de los entes autónomos.

Inciden en la cuestión la naturaleza publicística y estatutaria del empleo público y del sueldo, de tal manera que "el tratamiento económico del empleo público y del sueldo se verá afectada por su indicada naturaleza... y en su virtud sometido a las alteraciones que el orden o las necesidades públicas hagan indispensables"[59].

No obstante la alta autoridad de la que emana el criterio expuesto, mantenemos la adhesión a la opinión doctrinal antes citada. El constituyente asignó a la ley (ley formal) la potestad para "establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza sean aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de todos los Entes Autónomos, o de algunos de ellos, según los casos", y también a la ley cometió establecer reglas "fundamentales" aplicables a los funcionarios de entes de enseñanza[60]. El contenido mínimo de la referida ley debe ser, precisamente, cuanto en las coordenadas del sistema constitucional constituye la reserva de la ley: en ésta hállanse, precisamente, las limitaciones y afectaciones del patrimonio de las personas, porque, con Cassinelli, cabe reiterarlo: "El contenido del Estatuto material de los funcionarios está necesariamente condicionado por el régimen jurídico de las personas en cuanto tales, desde que los funcionarios son personas...; por el régimen jurídico de los trabajadores en todo aquello que resulte del trabajo hecho (y no en lo que resulte del vínculo contractual laboral), desde que los funcionarios trabajan...; en fin, por el régimen jurídico que ampara a los habitantes del país". Y agrega el autor citado: "Ante todo, debe recordarse que las normas aplicables a los funcionarios en cuanto personas, trabajadores, etc, integran en principio la reserva de la ley ordinaria, en virtud de los artículos 7 a 57". "La materia del estatuto formal ha de ser todo aquello que integre el estatuto material, excluida la reserva de la ley y la materia presupuestaria"[61].

En nuestra opinión, pues, resultarían afectadas en su regularidad jurídica aquellas disposicio-

55 Eduardo SAYAGUÉS LASO, ob. cit., T. I, p. 328.

56 En igual sentido, Daniel HUGO MARTINS, ob. cit., p. 190 y 191.

57 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, El régimen disciplinario en la Administración Central, Montevideo, 1975, p. 13 y 14, indicando: "tienen que estar taxativamente indicadas por la ley o el reglamento". La segunda posibilidad, sin duda, porque alude genéricamente a las sanciones y no sólo a las de sustancia penal.

58 Miguel MARIENHOFF, ob. cit., T.III-B, p. 405, Nº 1050.

59 T.C.A. Sent. Nº 143, de 29.VI.1970 – R.D.J.A., T. 71, p. 205-207.

60 Constitución, art. 64 y 204.

61 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, El régimen de los funcionarios en la Constitución uruguaya, R.D.J.A., T. 65, Nº 11-12, p. 277-293.

nes de estatutos especiales que faculten la imposición de multas a los funcionarios, sin ley en la materia.

El Poder Ejecutivo, por su parte, reiteró la doctrina expuesta, citando a Sayagués Laso para afirmar que esa doctrina "no admite la existencia de sanciones que afecten el patrimonio del funcionario sin texto expreso"[62] y la necesidad de ley autorizante para la imposición de multa a los funcionarios porque "afecta el derecho de propiedad"[63].

9.7 Non bis in idem.

La sustancia penal que hemos reconocido en las sanciones disciplinarias, a partir de su común carácter represivo, conducen a la afirmación de la vigencia del principio *non bis in idem*. Conforme a él a una falta disciplinaria no puede corresponder sino una sola sanción[64], o por el cual "ninguno puede ser llamado a responder más de una vez de un mismo y único hecho que haya producido"[65].

El principio referido no obsta – en virtud del principio de autonomía de las responsabilidades disciplinaria y penal – a que, obrando cada uno en su ámbito, el mismo hecho dé lugar al concurso de ambas.

Non bis in idem actúa también, en nuestra opinión, como límite temporal para la revisión de la decisión sancionatoria. Dictada la sanción disciplinaria, planteaba el Dr. Cajarville: ¿puede la Administración revisar el acto punitivo para agravar la sanción?[66]

Así como hemos invocado la regla *tu patere legum quam fecisti* para informar la conclusión excluyente de las sanciones que exceden los límites y cuadros de la tarifación legal o reglamentaria, también – ahora *en virtud del principio non bis in idem – concluiremos en la exclusión de la revisión en el sentido apuntado, aunque con ciertas precisiones.* Es que, en suma, el principio *non bis in idem* no es sino confirmación de una regla, suprema garantía de todo sistema de derecho: *la seguridad jurídica.*

La cuestión podría plantearse en virtud de un nuevo examen que, de oficio, dispusiera la autoridad administrativa, o en virtud de un recurso deducido por el agente agraviado por la decisión sancionatoria.

Distinguimos:

a) Revisión de oficio de la decisión sancionatoria firme.

El acto es firme respecto de una persona cuando ésta no tiene derecho a que se decida sobre ninguna impugnación suya del acto, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional.

Para él el principio de inmutabilidad sólo puede invocarse por la Administración, nunca por el interesado en los efectos del acto. Según esto, la Administración podría de oficio rever el acto sancionatorio firme y aplicar una sanción mayor.

Se ve así cómo el principio de inmutabilidad por sí solo, frente al acto firme, no confiere seguridad al funcionario.

Ese principio referido al acto firme, decía Cassinelli, "satisface el valor eficiencia de la actividad administrativa, en cuanto permite al administrador no tomar en cuenta los vicios de un acto anterior y apoyarse en él para continuar administrando los intereses que se le han confiado"[67].

¿Pero, hemos de concluir entonces en la solución afirmativa de la cuestión planteada; podrá la Administración rever la decisión sancionatoria dispuesta por acto firme para hacerla más severa? Como siempre que se trata del poder de modificación por la Administración hay que estar al derecho aplicable al caso. Este, en el campo de nuestro tema, régimen disciplinario, resulta de la vigencia del principio general enunciado: *non bis in idem*, expresión en la especie del principio de seguridad jurídica, como quedó dicho. El aumento o aplicación de una sanción más grave no importaría otra cosa que violar el principio enunciado: el infractor sería sancionado más de una vez por el mismo hecho.

b) Revisión de la decisión sancionatoria en virtud de recurso administrativo.

Como enseñaba Cassinelli, en nuestro derecho, la interposición del recurso de revocación permite a la Administración reconsiderar plenamente el acto recurrido, apreciando su legalidad y conveniencia con el mismo grado de discrecionalidad de que gozaba al emitir el acto originario.

62 Decreto Nº 289/973, de 26.IV.1973, considerando II.

63 Miguel MARIENHOFF, ob. cit., T.III-B, p. 422-423, Nº 1059.

64 Manuel M. DIEZ, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1967, T. III, p. 437.

65 Guido ZANOBINI, ob. cit., p.153.

66 Juan Pablo CAJARVILLE, Recursos administrativos, en A.A.V.V., ob. cit., nota 1, p. 107-8. Del mismo autor, v. Recursos Administrativos, Montevideo, 2000, 3ª Ed., p. 251.

67 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, Recurso erróneo contra un acto administrativo firme, R.D.J.A., Año 55, Nº 1-2, p. 36-40.

Otro tanto puede decirse del recurso jerárquico: la devolución al jerarca de la competencia para decidir es plena, aunque hubiere desconcentración. "La interposición del recurso de anulación, en cambio, sólo permite al tutor extinguir el acto recurrido por ilegitimidad"[68].

¿Podría, entonces, la Administración, conociendo el recurso, agravar la sanción disciplinaria dispuesta? Una vez más, en nuestra opinión, obra el principio *non bis in idem* atento a la naturaleza penal de la represión disciplinaria. El aumento o la aplicación de una sanción más severa importaría llamar al infractor a responder más de una vez por el mismo hecho. Obraría así a la manera del principio procesal *reformatio in pejus*, por el cual no es posible reformar la sentencia apelada por una parte en perjuicio de la misma.

68 Ibidem.

EL URUGUAY Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

LA INICIATIVA DEL PODER EJECUTIVO EN LA LEY APROBATORIA DE LOS TRATADOS (*)

HÉCTOR GROS ESPIELL
Ex Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de la República
Ex Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Montevideo
Miembro Académico de la Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. ANTECEDENTES. II. PRECISIONES PRELIMINARES. III. LA COMPLEMENTARIEDAD Y LA IRRETROACTIVIDAD DEL ESTATUTO. IV. LA DEMORA DEL PODER EJECUTIVO EN FIRMAR EL ESTATUTO Y EN REMITIR AL PODER LEGISLATIVO EL MENSAJE Y PROYECTO DE LEY APROBATORIO. V. CONTINUACIÓN. VI. EL RETRASO EN EL ENVÍO DEL PROYECTO DE LEY APROBATORIO DEL ESTATUTO. VII. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL QUE PLANTEA EL PROYECTO DE LEY PRESENTADO POR LOS SEÑORES SENADORES DEL FRENTE AMPLIO. VIII. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

El 30 de abril del año 2002 el Poder Ejecutivo envió a la Asamblea General el mensaje y proyecto de ley relativo a la aprobación del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Cámara de Senadores, Comisión de Asuntos Internacionales, Carpeta 794/2002, Distribuido 1496/2002). La aprobación por ley constituye el elemento necesario para que el Estatuto puede ser ratificado por el Poder Ejecutivo y para que luego del depósito de esta ratificación, el Uruguay pase a ser parte de este tratado multilateral.

El Uruguay, había votado a favor del proyecto, en la Conferencia de Roma, en julio de 1998, y había procedido a firmarlo el 19 de diciembre de 2000, luego de un trabajoso proceso interno en el Ministerio de

(*) Sobre la posición del Uruguay antes de que estampara su firma en el Estatuto, véase Héctor Gros Espiell, Un punto de Vista Uruguayo Sobre la Corte Penal Internacional, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Nº. 15, Montevideo, enero – junio 1999; Felipe Paolillo, El Consejo de Seguridad en los Procedimientos de la Corte Penal Internacional, en Liber Amicorum In Memorian of Judge José María Ruda, Kluwer Law International, 2000; Luján Flores, La Corte Penal Internacional, Utopía o Realidad; en Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber, Bruylant, Tomo I, Bruxelles, 1997; Héctor Gros Espiell, La Constitución y los Tratados Internacionales, Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, Vol. II, Montevideo 1958; 2ª Edición, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1963, Incluido en mi libro "Temas Internacionales", Ingranusi Ltda, Montevideo, 1998. Se encuentran también importantes elementos en el mensaje del Poder Ejecutivo del 30 de abril de 2002, incluido en el "repartido" antes citado de la Cámara de Senadores y en el expediente del Ministerio de Relaciones Exteriores que contiene las consultas evacuadas, a pedido de la Cancillería, antes de que se tomara la decisión de firmar. Entre estos dictámenes se encuentras los de los Embajadores Dr. Jorge Talice y Dr. Felipe Paolillo y de los profesores doctores Héctor Gros Espiell, Augusto Durán Martínez y Miguel A. Semino. Ya entrado en vigencia el Estatuto, y remitido el proyecto de ley aprobatorio a la Asamblea General, escribí dos trabajos: "La Entrada en Vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional", Tribuna del Abogado, Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, Nº. 127, Montevideo, marzo/abril, 2002; y "El Estatuto de la Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario", Revista de la Cruz Roja Uruguaya, Nº....., Montevideo, 2002.

Relaciones Exteriores, en el que tuve el honor de ser llamado a opinar, emitiendo un dictamen favorable a la firma por la República, pese al señalamiento de los múltiples defectos del Estatuto aprobado en Roma y a las consecuencias de la falta de un consenso favorable, como consecuencia de la oposición de USA, China, Israel, Irak, entre otros Estados.

El proyecto de ley aprobatoria enviado por el Poder Ejecutivo incluye una extensa declaración interpretativa (art. 2) y un artículo 3 que contiene normas (arts. 3 – 12) relativas a la cooperación con la Corte, a cargo de una "autoridad central que funcionará dentro de la órbita del Poder Ejecutivo". Tanto al Declaración interpretativa como las normas de cooperación en la Corte, plantean muy graves problemas. No es éste el lugar de estudiarlos, pero pensamos hacerlo en un próximo trabajo.

El Estatuto entra en vigencia, luego de transcurridos sesenta días de haberse recibido la ratificación número sesenta (art. 126), lo que ya ha acaecido.

Cuando se escriben estas líneas no se ha sancionado aún por el Poder Legislativo, la ley aprobatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Antes de que el Poder Ejecutivo enviara a la Asamblea General el mensaje y proyecto de ley antes referido, se había presentado en el año 2001, a la Cámara de Senadores, por un grupo de senadores, un proyecto de ley aprobando el Estatuto, sin que existiera previamente una iniciativa del Poder Ejecutivo (Proyecto de Ley de los senadores Arismendi, Astori, Couriel, Dalmás Fernández Huidobro, Gargano, Korseniak, Lescano, Núñez, Rubio y Xavier, Cámara de Senadores, Comisión de Asuntos Internacionales, Carpeta 569/2001).

Esta iniciativa dio origen a un debate jurídico respecto de si la aprobación de un tratado internacional, requiere de una ley basada en una iniciativa del Poder Ejecutivo o si, en cambio, puede ser la consecuencia de un proyecto presentado por cualesquiera de los miembros de una de las dos Cámaras.

II. PRECISIONES PRELIMINARES

En enero de 2002 el senador Dr. Guillermo García Costa me consultó sobre ese problema constitucional.

Evacué su consulta por carta del 4 de febrero de 2002. En esa carta, antes de exponer mi criterio sobre el tema constitucional concretamente planteado, expresé:

Soy decidido partidario de que, previa aprobación parlamentaria, el Uruguay ratifique el Tratado instituyendo el Tribunal Penal Internacional que firmó en diciembre de 2000. Lamento, y he criticado, la demora del Poder Ejecutivo en remitir el mensaje y proyecto de ley aprobatorio al Parlamento.

Esta demora nos coloca en una situación prácticamente única en América Latina. Casi todos los países latinoamericanos ya lo han ratificado y entre los que aún no lo han hecho, la aprobación del tratado se encuentra ya a consideración parlamentaria.

Sólo en el Uruguay, entre los países hermanos el trámite parlamentario de aprobación no se ha iniciado todavía.

Informé en su momento a la Cancillería, que me hizo el honor de consultarme, sobre la necesidad de firmar el Tratado, a cuya adopción el Uruguay había contribuido con su voto. Mi informe está incluido en el expediente formado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Publiqué mi opinión en un extenso artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Nº 15, de enero – junio 1999).

Poco después critiqué la demora en proceder a la firma en un artículo publicado en el diario "El País" de Montevideo.

Mi posición favorable a la firma, no me impidió, ni me impide, reconocer los múltiples defectos del Tratado de Roma y su carácter discriminatorio a favor de las grandes potencias, con derecho a veto en el Consejo de Seguridad y de sus nacionales.

Pero las ventajas predominan, a mi juicio, sobre los aspectos negativos

Reitero hoy lo que dije hace años en el ya citado artículo, dado a conocer en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República:

> *"El advenimiento de una justicia penal internacional es ineludible. Es posible que hoy esto no se comprenda aún en toda su proyección. Rémoras del pasado, temores provocados por el posible fin de la impunidad de los nacionales de las superpotencias – que quieren seguir ejerciendo una política internacional al margen del Derecho, del respeto de la voluntad de los pueblos y de la independencia e igualdad de los Estados -, deseos de asegurar la posibilidad de cometer sin castigo crímenes internacionales que conllevan terribles violaciones a los Derechos Humanos y sobrevaloración de conceptos obsoletos y superados de soberanía mal entendida y jurisdicción interna – que deben subsistir, pero adecuados a la nueva realidad internacional e interna -, son algunos de los injustificados fundamentos de la oposición a la existencia de una jurisdicción penal internacional"*

III. LA COMPLEMENTARIEDAD Y LA IRRETROACTIVIDAD DEL ESTATUTO

El Estatuto, es decir el Tratado de Roma, es complementario de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1) y no es retroactivo.

No se aplica a ningún delito cometido antes de su vigencia, respecto a un Estado Parte, es decir anterior al depósito de su ratificación por un Estado (arts. 11 y 24) . Estudié la cuestión en mi dictamen ya recordado al Ministerio de Relaciones Exteriores, en el artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República ya citado (Nº. 15, pág. 52) y en un trabajo editado en la Argentina (La Irretroactividad en Derecho Internacional, Estudios en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia de Ciencias Sociales y Políticas, Córdoba, 2000, Tomo 5, págs. 138 -140).

La consideración del tema de la complementariedad y de la irretroactividad del Estatuto es fundamental para comprender su aplicación y para disipar equivocadas ideas, tanto de aquellos que sueñan con su aplicación a hechos pasados, como aquellos otros que abrigan temores sobre los efectos que tendría respecto de situaciones antes ocurridas.

De todos modos, en el marco de la irretroactividad, se sitúa el delicado y difícil problema de la situación de los delitos continuados, especialmente en el caso de la desaparición forzada de personas. Grave cuestión, que, sin duda, es la que ha provocado la declaración interpretativa que acompaña el proyecto de ley aprobatoria del Estatuto, enviado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General. Declaración interpretativa y no reserva, ya que las reservas están prohibidas en el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 120).

IV. LA DEMORA DEL PODER EJECUTIVO EN FIRMAR EL ESTATUTO Y EN REMITIR AL PODER LEGISLATIVO EL MENSAJE Y PROYECTO DE LEY APROBATORIO

De la misma manera que critiqué la demora en firmar, he criticado públicamente el injustificado retardo en remitir el Mensaje y el Proyecto de Ley solicitando la aprobación a la Asamblea General. (Escribí esto en enero de 2002, es decir varios meses antes de que el Poder Ejecutivo remitiera el mensaje y proyecto de ley el 30 de abril del mismo año).

La cuestión de los tratados firmados y no ratificados, encarado por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1970, que obliga a no realizar, al Estado firmante, pero no parte, ningún acto que pueda frustrar el objeto y el fin del tratado, en un tema importante.

Es un asunto que no ha escapado así, al Derecho de los Tratados, que lo regula como señalamos, en el artículo 18 de la Convención sobre Derecho de los Tratados entre Estados, de 1970 y en el artículo 18 de la Convención sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, y que he analizado en mi artículo "El asunto del Puente Colonia – Buenos Aires. Un antecedente de interés", publicado en "Patria" de Montevideo, el 9 de marzo de 2001, y al que me remito.

Es decir que no hay que olvidar que hoy el Uruguay, Estado firmante pero no ratificante aún del Tratado de Roma, tiene obligaciones respecto de un tratado ante el Derecho Internacional.

V. CONTINUACIÓN

Ante la demora del Poder Ejecutivo en remitir a la Asamblea General el Mensaje y Proyecto de Ley aprobando el Tratado de Roma, la Cámara de Representantes adoptó el 10 de julio de 2001, una resolución por la que

> *"Teniendo presente que el Uruguay votó afirmativamente en Roma, en julio de 1998, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, de igual modo, la República procedió a la firma de dicho instrumento en la Sede de las naciones Unidas en Nueva York, en diciembre de 2000, de acuerdo con la resolución pertinente adoptada por el Poder Ejecutivo, que designó plenipotenciario a esos efectos al Embajador doctor Felipe Paolillo,, Destacando que esta actitud de Uruguay muestra la coincidencia de criterio de dos Gobiernos sucesivos. que atendieron así a la nunca desmentida adhesión del Uruguay al progreso y desarrollo del Derecho Internacional y a las fórmulas jurídicas para avanzar en el proceso hacia la justicia internacional.*
>
> *La Cámara de Representantes declara:*
>
> *Que vería con satisfacción el envío por el Poder Ejecutivo del mensaje y proyecto de ley relativo a la aprobación parlamentaria del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a efectos de que se pueda proceder a la ratificación y al depósito de la misma. Esta última etapa significará que el Uruguay pasará a ser parte de dicho Estatuto, con todos los derechos y deberes que ello implica.*

Que, asimismo, la Cámara de Representantes adelanta su actitud positiva para la rápida consideración y aprobación del proyecto de ley y que a este respecto espera que el Poder Ejecutivo remita a la brevedad" Fue esta una actitud sin precedentes en nuestro Derecho Parlamentario. Creo que nunca antes, una Cámara había pedido al Poder Ejecutivo la remisión de un mensaje y proyecto de ley, a efectos que el Parlamento pudiera cumplir con su competencia constitucional de aprobar o reprobar los tratados firmados por el Poder Ejecutivo (Constitución , artículo 85, numeral 7).

VI. EL RETRASO EN EL ENVÍO DEL PROYECTO DE LEY APROBATORIO DEL ESTATUTO

Al final de mi informe de enero de 2002, señalé:

Dicho todo esto, debo expresar que pienso que el Poder Ejecutivo, en este caso, está moral y políticamente obligado, a remitir al Poder Legislativo el mensaje y proyecto de ley aprobatorio del Tratado de Roma, creando el Tribunal Penal Internacional.

Si no lo hiciera, actuando sin ninguna razón o fundamento válido, faltaría a la moral internacional y no sería fiel a los grandes principios éticos y políticos en que se funda – y debe fundarse – la política exterior de la República.

Pretenderíamos ir, inútilmente – ya que el Tratado de Roma entrará sin duda en vigencia en fecha próxima, con o sin la ratificación uruguaya, - contra la corriente de la historia y contra el sentir democrático de la América Latina.

Corresponde ahora, con toda lealtad, reconocer que pese a la demora, el Uruguay firmó el 19 de diciembre de 2000 y que a pesar del retardo en enviar a la Asamblea General el proyecto de ley aprobatoria, esa remisión se efectuó el 30 de abril de 2002

VII. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL QUE PLANTEA EL PROYECTO DE LEY PRESENTADO POR LOS SEÑORES SENADORES DEL FRENTE AMPLIO

Este proyecto de ley plantea un tema de gran interés y absolutamente novedoso en nuestra historia constitucional.

De gran interés porque su solución incide en todo el proceso de vinculación del Uruguay con el Derecho Internacional.

Novedoso porque nunca se ha planteado en la práctica de nuestro Derecho Parlamentario desde 1830 hasta hoy. Y novedoso, además, porque nunca la doctrina nacional lo ha estudiado.

No se encuentra una línea al respecto en nuestros autores decimonónicos (Carlos de Castro, Carlos María Ramírez, Juan Andrés Ramírez, Justino Jiménez de Aréchaga). Nada hay en los del siglo pasado (Justino E. Jiménez de Aréchaga, Luis Arcos Ferrand, Martín C. Martínez, Juan Carlos Gómez Haedo, Justino Jiménez de Aréchaga y Aníbal Luis Barbagelata).

Y creo que, con alguna excepción que señalaremos, nada han escrito sobre el tema los profesores actuales de Derecho Constitucional, que han tratado la cuestión del proceso constitucional de los tratados internacionales.

Una excepción es la de Martín J. Risso Ferrand, que en su ensayo "La Constitución del Uruguay y las Normas Internacionales" (en Estudios de Derecho Constitucional Uruguayo, Vol. I, Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda. Montevideo 1999, pág. 32), dice que: "La ley de aprobación en los hechos es de iniciativa del Poder Ejecutivo".

Con iguales palabras había dicho anteriormente lo mismo Gonzalo Aguirre, que había agregado que la iniciativa era "exclusiva" del Poder Ejecutivo (Derecho Legislativo, Tomo I, F.C.U, Montevideo, 1997, pág. 161).

Yo mismo, en los dos estudios que he dedicado al tema ("La Constitución y los Tratados Internacionales", Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, Vol. II, 1958, y Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1963 e incluidos en mi libro "Estudios Constitucionales, Ingranusi Ltda, 1998, págs. 29 - 46 y en otro trabajo titulado "El Uruguay y la Preservación de la Paz": incluido en mi libro "De Diplomacia e Historia", Montevideo, 1989), aunque he analizado en detalle el proceso de negociación, firma, aprobación, adhesión, ratificación y vigencia de los tratados en el Derecho uruguayo, no he encarado específicamente la cuestión que ahora se plantea.

Estos vacíos de precedentes y de doctrina, obligan a analizar el tema, por vez primera, en base a una interpretación sistemática de las normas constitucionales aplicables, para intentar llegar a una solución que se enmarque adecuadamente en el sistema constitucional.

¿En que consiste la cuestión constitucional que plantea este proyecto de ley presentado al Senado?.

En términos muy sintéticos el problema radica en saber si la aprobación parlamentaria de un tratado internacional firmado por la República, requiere que su aprobación – que se deberá efectuar por medio de una ley –, sea precedida de un mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo solicitando al Legislativo la sanción de una ley de aprobación, o si, en cambio, este Poder puede, por si, sancionar la necesaria ley aprobatoria, sin requerir el mensaje y proyecto de Ley del Poder Ejecutivo. Es decir, determinar si es constitucionalmente correcta la sanción de una ley presentada a una de las Cámaras por uno o varios de los legisladores que la integran (art. 133 de la Constitución).

¿Cuáles son las normas constitucionales a tener en cuenta?

En primer lugar es preciso considerar las normas constitucionales, de carácter general, referentes a cualquier materia relativa a la iniciativa legislativa.

El artículo 133, (Capítulo I, Sección III, De la Proposición, Discusión, Sanción y Promulgación de las leyes), dispone:

> *"Todo proyecto de ley puede tener su origen en cualesquiera de las dos Cámaras, a consecuencia de proposiciones hechas por cualquiera de sus miembros o del Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros... . sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. 6 del art. 85 y del 86"* (inciso primero).

Este criterio general sufre excepciones en los casos en que la Constitución expresamente requiere, preceptivamente, la iniciativa del Poder Ejecutivo, es decir los casos en que los miembros de las Cámaras no pueden presentar proyectos de ley. Estos son:

a) Artículo 85.6, que dice: *"A la Asamblea General compete: "Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público, requiriéndose, en los tres primeros casos, la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara".* A esta situación se refiere expresamente el artículo 133.

b) Artículo 86, inciso 2 que dispone: *".... la iniciativa para la creación de empleos, de dotaciones o retiros, o sus aumentos, asignación o aumento de pensiones o recompensas pecuniarias, establecimiento o modificación de causales, cómputos o beneficios jubilatorios corresponderá, privativamente, al Poder Ejecutivo".* También a esta situación se remite de manera expresa el artículo 133.

c) Artículo 133, incisos 2 y 3 que establecen: *"Requerirá la iniciativa del Poder Ejecutivo todo proyecto de ley que determine exoneraciones tributarias o que fije salarios mínimos o precios de adquisición a los productos o bienes de la actividad pública o privada".*

   "El Poder Legislativo no podrá aumentar las exoneraciones tributarias ni los mínimos propuestos por el Poder Ejecutivo para salarios y precios ni, tampoco, disminuir los precios máximos propuestos"

d) Artículo 168, numeral 7. Proyectos de ley con declaratoria de urgente consideración. "Corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo proponer a las Cámaras proyectos de ley con "declaratoria de urgente consideración". El apartado a) de este numeral 7 del artículo 168 dice: *" El Poder Ejecutivo no podrá enviar a la Asamblea General más de un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración simultáneamente, ni enviar un nuevo proyecto en tales condiciones mientras estén corriendo los plazos para consideración legislativa de otro anteriormente enviado".*

e) Artículo 174, que exige que la ley que fija el número de Ministerios, su denominación y sus atribuciones y competencias, sea de "iniciativa del Poder Ejecutivo".

Si se tuvieran en cuenta sólo estas normas expresas, consideradas individual y separadamente de todo el contexto constitucional, resultaría que la aprobación de los tratados, concluidos y suscritos por el Poder Ejecutivo (art. 168, num. 20), que se requiere que sea efectuada por la Asamblea General (art. 85,7), podría realizarse por una ley que no requeriría preceptivamente la iniciativa del Poder Ejecutivo.

¿ Pero será esto así?.

Dejemos de lado la cuestión de si los tratados deben ser aprobados por ley o por una decisión de la Asamblea General. El tema se discutió en algún momento, hace muchos años, pero hoy es ya impertinente. Los tratados deben ser aprobados por ley formal, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Sección VII de la Constitución (arts. 133 – 146), ya que al exigir la Constitución actual que la aprobación deba ser dada por "mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara", está imponiendo la forma de ley.

Partiendo pues de que ha de ser por ley formal que se deben aprobar los tratados internacionales, es preciso analizar si esta ley, por los caracteres especiales y la naturaleza propia que tiene el acto de aprobación de un tratado internacional, requiere la iniciativa del Poder Ejecutivo.

Pienso que sí.

Los fundamentos de mi opinión son los siguientes:

La ley aprobatoria de un tratado internacional tiene un carácter especial ya que está dirigido a aprobar un acto de naturaleza internacional, cuya elaboración, validez, vigencia y terminación están regidos por el Derecho Internacional Público, sin perjuicio de que el Uruguay se transforma en parte de ese texto internacional multilateral o bilateral, sólo después de cumplirse con los requisitos establecidos por la Constitución, para su firma, aprobación y ratificación (arts. 168, 20 y 85.7).

Ahora bien.

El tratado, acto jurídico internacional, debe seguir, para que el Uruguay pueda llegar a ser parte de él, un proceso que pese a tener que cumplir varias etapas, es único e implica el necesario respeto de las competencias respectivas del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en materia de política exterior. Es esta una materia que involucra el tema de los tratados internacionales, pero también el de la ruptura de relaciones diplomáticas, el de decretar la guerra y declararla (arts. 85.7 y 168,16).

Es impensable que la Asamblea General "decrete" la "guerra", para que luego el Poder Ejecutivo la "declare", sin que previamente este Poder solicite al Legislativo que se decrete dicha guerra. Es el Ejecutivo, como conductor de la política exterior, el que debe plantear el inicio del proceso que terminará con la declaración de la guerra.

Análoga y paralelamente, es asimismo el Ejecutivo el que debe solicitar que el Legislativo apruebe un tratado firmado por la República, o se apruebe la adhesión al mismo. Porque el Ejecutivo puede, tanto considerar que ese tratado debe ser aprobado legislativamente para luego ratificarlo, como, al contrario, estimar que las circunstancias aconsejan, en el marco de su apreciación política como representantes de la República en el exterior (art. 159), no aprobarlo.

El proceso – regido por el Derecho Constitucional y por el Derecho Internacional, - de nacimiento de un tratado en el Uruguay es el siguiente:

a) El Poder Ejecutivo interviene en el proceso de negociación o adopción del Tratado, como consecuencia de que quien lo ejerce, es decir el Presidente de la República (art. 149), tiene la representación del Estado en el exterior (art. 159).
   Es al Poder Ejecutivo a quien compete decidir si se inicia, y si se continuará una negociación bilateral o si se interviene en un proceso multilateral para elaborar un tratado. Todo según sus instrucciones, que deben seguir quienes representan, de acuerdo con su decisión, en la negociación bilateral o multilateral.
b) Es al Poder Ejecutivo al que, asimismo, compete decidir si se firma o no un tratado bilateral, negociado y concluido ya. De igual modo, como se vota en la adopción de un tratado multilateral y, luego de adoptado, si se firma o no. (Hay un caso atípico en el que no hay firma y que luego de la adopción por la Conferencia, la decisión nacional, del Poder Ejecutivo, se reduce a solicitar o no la aprobación parlamentaria. Se trata de los Convenios de la OIT).
c) Todo lo relativo a la firma está regulado no sólo por el Derecho Internacional, sino también por el Derecho Constitucional (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados de 1970, arts. 11 y 12, y Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organismos Internacionales o contra Organismos Internacionales de 1986, arts. 11 y 12).
d) La firma, según el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional uruguayo, no transforma a la República en parte del tratado. Pero le genera obligaciones según el Derecho Internacional (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1970, art. 18) y artículo 18 de la de 1986.
e) Firmado el tratado con otro Estado o con un organismo internacional (bilaterales), o con otros Estados o con varios organismos internacionales (multilaterales), el Poder Ejecutivo decide si solicita o no la aprobación parlamentaria (Constitución, art. 168, num. 20 y 85, num. 7) y Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 19700 y 1986, arts. 11 y 11 respectivamente).

Pienso que el ejercicio de esta competencia es discrecional y de naturaleza política. La firma no obliga al Poder Ejecutivo a pedir la aprobación parlamentaria. Si la pide o no es una decisión política, que deriva de su propia apreciación interna e internacional. Constituye un acto de gobierno (art. 147, inciso 1 de la Constitución), que puede dar lugar a una censura, por la Asamblea General, en la forma y con los efectos previstos en la Sección VIII (arts. 147 y 148). No es un acto administrativo, en el sentido con que la expresión está utilizada en la Sección XVII de la Constitución.

f) Solicitada la aprobación parlamentaria, ésta se da por ley, en la forma indicada en la Constitución (art. 85,7).
g) Obtenida la aprobación parlamentaria, el Poder Ejecutivo puede proceder a la ratificación del Tratado (art. 168, 20). La ratificación es un acto distinto, de diferente naturaleza y efectos que la aprobación. Deberá ser objeto de un acto jurídico distinto y separado al de la promulgación de la ley aprobatoria.

Esta etapa platea una seria de problemas no estudiados en general por la doctrina uruguaya.

Encararé algunos, sin profundizar el análisis, pero dando mi opinión.

-¿ Es posible que luego de aprobado el tratado por ley sancionada por el Poder Legislativo el Poder Ejecutivo no lo ratifique?. Entiendo que sí. La ratificación es un acto político, un acto de gobierno, y el Poder Ejecutivo puede entender que las circunstancias internas o internacionales justifican que no se ratifique, es decir que no se cumpla el requerimiento constitucional e internacional necesario para su posterior entrada en vigencia. La aprobación parlamentaria es una etapa intermedia de un proceso de perfeccionamiento jurídico del acto. No es la etapa final y decisoria de ese proceso.

-¿Es posible que el Poder Ejecutivo vete la ley aprobatoria de un tratado internacional, sancionada por el Poder Legislativo (Constitución, arts. 137 – 141)?. El artículo 137 no hace excepción, por razón de materia, de ninguna ley. La observación, veto, puede ser hecha por razón de constitucionalidad o de conveniencia.

Ante el hecho de que, a texto expreso, la Constitución no exceptúa de la posibilidad de veto el caso de la ley aprobatoria de un tratado, parecería que la respuesta debería ser que si. Sin embargo la circunstancia de que es una ley que aprueba un tratado ya firmado por el Poder Ejecutivo y que este Poder remitió a la Asamblea General solicitando su aprobación para estar en condiciones de ratificarlo, hace pensar en la incoherencia e irracionalidad de que el mismo Poder que solicitó que por ley se apruebe un tratado ya firmado por él mismo, lo vete para intentar impedir que el proyecto de ley, ya sancionado, que él pidió, entre en vigencia. Esta irracionalidad y esta incoherencia, absoluta y evidente políticamente, hace pensar que también en términos jurídicos habría que concluir que un veto en ese caso sería de muy dudosa admisibilidad.

-¿Es posible que la Suprema Corte de Justicia pueda llegar a declarar inconstitucional la ley aprobatoria de un tratado internacional?. Estimo que si.

Pienso que es claro que puede hacerlo por razón de forma (art. 256 de la Constitución). Por ejemplo si la ley aprobatoria no fue sancionada por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara (art. 85, num. 7). Y también, a mi juicio, en la situación que se podría dar si la ley aprobatoria no hubiera contado con la iniciativa del Poder Ejecutivo.

Estas dos situaciones nunca se han planteado en el Uruguay, en casos concretos, ante la Suprema Corte de Justicia.

En cuanto a si la Suprema Corte de Justicia podría declarar inconstitucional la ley aprobatoria, por "razón de contenido", el tema es mucho mas discutible, porque significaria atribuir a la Suprema Corte de Justicia la competencia de declarar inconstitucional la ley aprobatoria, en virtud de que se refiere a un tratado que contendría disposiciones violatorias de la Constitución. No es ahora la ocasión de tratar esta hipótesis, que nunca se ha planteado en los hechos en el Uruguay, pero que he estudiado en mi antes citado libro (La Constitución y los Tratados Internacionales). Tengo reservas respecto de esta posibilidad, aunque con matices, expresé mi posición favorable en mi libro.

h) El tratado, en general, salvo disposición en contrario del propio tratado, entra en vigencia no por la ratificación, sino por el intercambio de los instrumentos de ratificación en el caso de los bilaterales o del depósito del instrumento de ratificación, en los multilaterales, subordinada la vigencia en este último caso, a que el tratado esté en vigencia, y según lo que él mismo disponga. Sobre esta cuestión no hay norma constitucional aplicable. Se aplica el Derecho Internacional General (Convenciones de Viena de 1970 y de 1986, arts. 11 y 11) y el Derecho Internacional particular, es decir lo que establece cada tratado.

En el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el tratado entrará en vigencia sesenta días después de estar depositadas sesenta ratificaciones (art. 126). Si el Uruguay hubiera depositado su ratificación, ante el Secretario General de las Naciones Unidas (art. 125.2), antes de su entrada en vigor, la vigencia para la República se hubiera iniciado sesenta días después de alcanzarse las sesenta ratificaciones depositadas. Pero como depositará su ratificación después de sesenta días de que se ha alcanzado el número de sesenta ratificaciones, el tratado entrará en vigencia, a su respecto, desde el día del depósito del instrumento de su ratificación.

VIII. CONCLUSIONES

El proceso de elaboración, negociación, conclusión, firma, aprobación, ratificación, intercambio o depósito de ésta, es un proceso unitario, de naturaleza compleja, en el que actúan, internamente considerados, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Pero es un proceso, de carácter político gubernamental, que se inicia, prosigue y culmina como consecuencia de actos de gobierno del Poder Ejecutivo, que es quien conduce de la Política Exterior del Estado. Naturalmente que sin perjuicio del control parlamentario y de la eventual censura política a cargo de la Asamblea General.

Esta unidad conceptual y política del proceso constitucional de elaboración de los tratados internacionales, apareja la conclusión de que es el Poder Ejecutivo el que da nacimiento a cada etapa, la impulsa y actúa para

que se pueda pasar a la siguiente. Y es, él, asimismo, el que decide o no, respecto de la ratificación, sin que esté obligado por la existencia de actos previos.

Naturalmente que, en cada etapa, cada una de sus decisiones, puede poner en juego su responsabilidad política según la Constitución.

Así encarada la cuestión, que es a mi juicio la única forma de enfocarla respetando el sistema constitucional en su conjunto y los principios jurídicos aplicables, hay que concluir que en el Uruguay, la ley aprobatoria de un tratado internacional suscrito por el Poder Ejecutivo, representando a la República, debe ser precedida por un mensaje y proyecto de ley remitido por este Poder a la Asamblea General, por el que se solicita dicha aprobación.

Montevideo, junio de 2002.

LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA EN EL DERECHO URUGUAYO

WALTER HOWARD ALANÍS
Profesor de Derecho Civil, Universidad de Montevideo
Profesor de Derecho Civil, Universidad de la República

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. A) Concepto. B) Denominación. C) Caracteres. D) Finalidad. E) Principios. F) Evolución histórica. G) Antecedentes remotos. H) Antecedentes próximos. I) Evolución nacional. J) Diferencias con las filiaciones legítima y natural. K) Comparación con la adopción. II. REQUISITOS GENERALES DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA. A) Características del régimen nacional. B) Estado civil de los legitimantes. C) Duración mínima del matrimonio. D) Edad de los legitimantes. E) Guarda o tenencia del legitimado. F) Edad del legitimado. G) Pluralidad de legitimaciones. H) Situación previa del legitimado. I) Menor abandonado. J) Menor huérfano de padre y madre. K) Hijo de padres desconocidos. L) Pupilo del Estado. LL) Menor sometido a tutela. M) El decreto-ley Nº 15.210. N) Situación filial previa del legitimado. Ñ) Legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes. O) Legitimación del hijo legítimo de uno de los legitimantes. P) Legitimación de hijo adoptivo. III. PROCEDIMIENTO E INSCRIPCIÓN. A) Caracteres del procedimiento. B) La sentencia que autoriza la legitimación. C) Inscripción de la legitimación. D) Impugnación de la legitimación adoptiva. E) La impugnación por fraude en el C.G.P. F) Reserva de la legitimación. IV. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA. BIBLIOGRAFÍA. ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES.

I. INTRODUCCION[1]

A) Concepto

La legitimación adoptiva es, al igual que la adopción, un instituto de derecho familiar que engendra vínculos filiatorios ficticios entre legitimante/s y legitimado, pero con efectos sustancialmente más amplios, dado que este último queda emplazado como hijo legítimo de quienes, en la normalidad de los casos, no tienen con él ninguna clase de nexos biológicos. En virtud de ella, el legitimado deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser considerado hijo legítimo de quienes lo legitiman (constituye pues una nueva fuente de legitimidad, tal como lo establece acertadamente el art. 213 del C.C.U. en la redacción dada por la ley Nº 16.603) y por ende a formar parte de manera integral de la familia de los legitimantes. Por este motivo, se proclama con razón la naturaleza emplazatoria - desplazatoria del instituto[2]: a la vez que destruye

1 La bibliografía citada a pie de página se indica más ampliamente al final. Al pie únicamente se señala el apellido del autor, el ordinal que a su obra le correspondió en el índice alfabético de autores y el número de página en el cual aparece la cita.

2 ZANNONI y ORQUIN, cit. por CESTAU, *op. cit.* Nº 7, pág. 196.

jurídicamente los vínculos parentales biológicos del legitimado, lo emplaza, le origina lazos filiatorios en la familia de los legitimantes. Significa, pues, que opera normalmente en forma bidireccional, en tanto que, a la vez que desplaza al beneficiario de los vínculos filiatorios que tenía, lo implanta en una nueva filiación.

La figura se fundamenta en una ficción del legislador, en el sentido de que la legitimidad del hijo no responde al hecho biológico de la procreación, sino a la voluntad de quienes asumen los roles paterno y materno. En interés mutuo de los involucrados se le atribuye mayor trascendencia a quienes manifiestan su deseo de desempeñar dichos roles que al aporte genético de los progenitores. Esta característica conlleva a que, al igual que en la adopción, exista una decisión política legislativa de tomar en consideración de manera preponderante a la volición de los sujetos como generadora de efectos filiatorios, en una materia encauzada principalmente por normas de orden público.

Asimismo, con su estatuto regulatorio, aún más que en la adopción, se procuró reproducir con una ficción los nexos biológicos que se verifican naturalmente entre padres e hijos legítimos; por ello, la petición de vínculo matrimonial presente o pasado entre los legitimantes, los requisitos de edad de los interesados, etc. [*infra* II, E), G), I)].

B) Denominación

La propia denominación del instituto determina su naturaleza jurídica mixta: es legitimación, puesto que constituye, junto a la concepción en el matrimonio, una fuente de legitimidad, pero también es adopción, en cuanto la legitimidad no sitúa su cimiento en la conjunción carnal, sino en una ficción plasmada por el legislador y esgrimida por los legitimantes para asumir vínculos filiatorios[3].

Empero, desde ya es preciso puntualizar que si bien la voluntad de los legitimantes es un elemento de asistencia ineludible para la procedencia de la figura, no la concluye por sí sola. En efecto, la legitimación para su perfeccionamiento requiere la intervención de otros sujetos que actúan en diversos ámbitos. Es así que, en primer lugar, es menester que los legitimantes manifiesten su voluntad de asumir los roles de padres de un menor a pesar de inexistir vinculación biológica; volición que se trasunta en la iniciación del propio procedimiento judicial, o aún antes cuando incoan la pérdida de la patria potestad de los padres biológicos. En segundo término, urge el cumplimiento del ritualismo procesal a través del cual el órgano judicial interviniente verifica que se ha dado cumplimiento a los diversos requisitos impuestos por la ley (*infra* II). Y por último, es necesaria la intervención de la órbita administrativa del Estado, procediendo al labrado del acta de nacimiento del legitimado, en la cual va a constar su legitimidad y que –según se dirá [*infra* III, C)]- marca el momento en que la figura comienza a desplegar sus efectos, instituyendo para aquel un nuevo *status filii* y *familiae*.

C) Caracteres

La legitimación adoptiva se identifica, principalmente, por los siguientes rasgos:

1º) su naturaleza de instituto de derecho familiar, lo cual como se verá [*infra* I, E)] se traduce fundamentalmente en el carácter de orden público de sus preceptos;

2º) se basa en una ficción instituida por el legislador, el cual le ha concedido fuerza jurídica a la voluntad como generativa de efectos filiatorios;

3º) crea lazos filiatorios entre personas que normalmente no tienen vínculos biológicos de ninguna clase entre ellas;

4º) el legitimado adquiere el *status filii* de hijo legítimo e ingresa en la familia de los legitimantes con todos los derechos y deberes que le atribuye esa calidad (constituye, asimismo, un nuevo *status familiae*);

5º) los fines perseguidos por el instituto en estudio se logran a través de un procedimiento judicial voluntario de carácter reservado [*infra* III, F)].

En base a los caracteres anotados precedentemente, es posible definir a la legitimación adoptiva como el instituto de derecho familiar, que basado en una ficción y a través de un procedimiento judicial voluntario de carácter reservado, constituye una fuente de legitimidad para un menor, que deja de pertenecer perpetuamente a su familia de origen, e ingresa de manera definitiva en la familia de los legitimantes, pasando éstos a ejercer la patria potestad sobre él.

3 LEBALLE, Robert, *La legitimación adoptiva en el derecho comparado: franco - belga – uruguayo*, sostiene que era preferible la denominación de adopción legitimaria para el instituto, ya que 'se trata de hacer entrar en la familia legítima a un niño no procreado por quienes utilizan esta forma particular de adopción', *op. cit.* Nº 13, pág. 131.

D) Finalidad

Desaparecida la finalidad religiosa que cumplía la adopción en la antigüedad, basada en la necesidad de lograr descendencia que se ocupara del culto al hogar y a los muertos, en nuestro país, la legitimación adoptiva da satisfacción a una pluralidad de intereses involucrados: por una parte, aprovecha a los legitimantes en cuanto ven saciadas sus necesidades paterno-filiales, fundamentalmente en los casos de imposibilidad de procreación por medio de sus respectivas aportaciones genéticas; por otra parte, contempla el interés estatal, desde que evita, o por lo menos disminuye, la minoridad abandonada; pero, principalmente, se realiza el interés de menores, que generalmente se encuentran en situación de desamparo y que, en mérito a la legitimación adoptiva, pasan a formar parte de una familia sustitutiva, normalmente, integral.

E) Principios

La legitimación adoptiva se halla inspirada en una serie de principios de los cuales algunos surgen expresamente de la ley y otros se infieren de la normativa aplicable al estar implícitamente contenidos en ella. Dichos principios cumplen, primordialmente, una función auxiliadora de la actividad judicial, en virtud de que permiten resolver cuestiones no contempladas con la precisión debida por la ley [vgr. determinar en qué consiste la calidad de menor abandonado: *infra* II, I)]. Dichos principios son, fundamentalmente, los siguientes:

1º) Regulación por preceptos de orden público. En general, el instituto en examen se regula por normas imperativas, inderogables, para la voluntad de los interesados o para la autoridad judicial que interviene en la legitimación. Como corolario, los interesados son libres de proceder o no a la legitimación, pero si deciden legitimar a un menor, los efectos que se generan se encuentran fijados preceptivamente por la ley. Se trata, vale decir, de aspectos sustraídos a la voluntad negocial de los particulares, al ser exclusivamente regulados por la normativa pertinente, de manera que no es posible apartarse de sus mandatos.

Del mismo modo, el quehacer judicial está enmarcado legalmente, aun cuando en circunstancias especiales se le provee de la posibilidad de actuar con alguna flexibilidad dentro del régimen instaurado, siempre que con las resoluciones que se adopten se acate la posibilidad de que legitimante/s y legitimado sean progenitor y progenie[4].

2º) Inserción total del legitimado en la familia legitimante. Con la legitimación adoptiva, el legitimado ingresa con todos los derechos y obligaciones que corresponden a un hijo legítimo en la familia de los legitimantes, estableciéndose, por tanto, una vinculación parental no solo con éstos, sino con todos los demás integrantes de la familia. Así, será considerado hermano legítimo de otros hijos legítimos de los legitimantes, nieto legítimo de los padres legítimos de los legitimantes, etc.

Para la conclusión acabada de este propósito, se instrumentan por la ley determinadas medidas de carácter accesorio, como por ejemplo, la admisibilidad de la modificación de la fecha de nacimiento del legitimado con la finalidad de evitar su superposición con la de otro legitimado o un hijo legítimo de los legitimantes (art. 2º, inc. final de la ley Nº 10.674) [*infra* II, G)]. Y en procura de esa misma finalidad es que se ha recepcionado por los tribunales el cambio de nombre de pila que tenía atribuido el menor por el que le conceden los legitimantes.[5]

Asimismo, judicialmente se ha procurado obtener esa inserción total cuidando que no se descubra el origen del legitimado mediante otras providencias no previstas por la ley, pero que contribuyen al éxito del instituto; vgr. cambiando el lugar de nacimiento verdadero por aquel en que se hallaba la madre en la época del alumbramiento[6].

El reverso del principio es la destrucción total y definitiva de los vínculos jurídicos que unen al menor con su familia biológica, lo cual, normalmente, ha de traer aparejado, a la vez, el rompimiento de los lazos afectivos que lo unían con ella. Tal consecuencia conduce, en vinculación con el principio siguiente, a interrogarse acerca de qué debe entenderse como 'menor abandonado' para la procedencia de la legitimación [*infra* II, I)].

4 A vía de ejemplo, el art. 1º, inc. 2º de la ley Nº 10.674, en la redacción dada por el art. 1º del decreto - ley Nº 14.759, permite a la autoridad judicial, en caso de motivo fundado, cierta elasticidad respecto a la edad de los legitimantes o a la diferencia de edad entre legitimante y legitimado para la admisión de la legitimación.

5 V. a guisa de ejemplo: A.D.C.U, T. XXVIII, f. 427, pág. 155.

6 L.J.U, T. XCI, caso 10.400, pág. 89: se admite cambio del lugar de nacimiento del legitimado porque la naturaleza del instituto quedaría desvirtuada en caso de que el menor fuera inscripto como nacido en una localidad del interior donde -como fácilmente podría conocer- no estaban radicados en esa época los legitimantes.

3º) La legitimación adoptiva solo tiene lugar por justos motivos y cuando existe conveniencia para el menor. Este principio que se encuentra expresamente consagrado por el art. 2º, inc. 2º de la ley Nº 10.674, es el rector en la materia. De él se desprende el interés primordial que debe satisfacer el instituto en análisis, que no es otro que el del menor a legitimar. Además, permite determinar en forma genérica, en concordancia con lo preceptuado por el art. 1º del decreto-ley Nº 15.210, los supuestos en que la legitimación adoptiva puede tener lugar, esto es, cuando la familia biológica del menor no cumpla eficientemente la protección que le corresponde sobre aquél y sea preferible su socorro por una familia sustitutiva. En efecto, la prioridad respecto a la protección del menor la tiene su familia biológica y solo en caso de ***efectivo abandono*** (término o situación respecto del cual -como se verá- gira toda posibilidad de legitimación) procede la inserción en una familia sustitutiva[7].

En este sendero, judicialmente se falló que el interés del menor consiste en la salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona humana, y en el fondo proteger y reconocerle esos derechos fundamentales como individuo. Se deben tomar en cuenta todos los elementos que se refieren a su salud física y psicológica, integrándose este concepto no solo con el interés material del niño, sino también con el moral y el afectivo.[8]

A pesar de la claridad del texto normativo y de su indiscutible finalidad es menester efectuar ciertas precisiones respecto al principio examinado. La disposición atribuye al Juez la facultad de autorizar la legitimación si hay justos motivos para que tenga lugar y existe conveniencia para el menor, pero ello no significa atribuirle al órgano decisor facultades ilimitadas o arbitrarias, sino que esas facultades solo operan dentro del marco previsto legalmente. Así, no corresponde decidir la legitimación si el matrimonio de los legitimantes no alcanza los cinco años de extensión temporal [*infra* II, C)] o si los promotores no hubieran tenido bajo su guarda material al menor por el término de un año, aun cuando en ambos casos pudiera existir conveniencia para el sujeto a legitimar.

El principio opera entonces en el sentido de que, comprobados los extremos requeridos legalmente -es obvio que sin ellos no puede otorgarse la legitimación-, el órgano judicial disfruta de la facultad de decidir si corresponde o no admitir la procedencia de la figura, es decir, si hay justos motivos y conveniencia para el menor que conlleven a borrar todo vínculo entre el menor y su familia originaria y la inserción total en una familia sustitutiva (vale decir, la constitución de un nuevo *status familiae*).

Y en ese trillo es que se han pronunciado los tribunales nativos: 'No es posible acudir al concepto de 'protección de los intereses del menor' cuando con ello se viola lo preceptuado ... Se procura naturalmente beneficiar al menor, pero bajo la óptica del legislador. No de otra manera, pues el Juez no lo sustituye ni debe hacerlo. Si se colocara en su lugar, si ampliara lo querido por él, aun cuando aquel ha sido claro y preciso, se confundirían sus roles, lo que dañaría grandemente el sistema jurídico que rige a la sociedad ... '.[9]

Y este principio también ha sido recibido en el país a través de tratados internacionales. En este rumbo, el art. 21 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989 y que fuera incorporada al ordenamiento patrio a través de la ley Nº 16.137, de 28 de setiembre de 1990, dispone que 'Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial'.

F) Evolución histórica

Los institutos que basan la creación de un ***status filii*** en la voluntad de los interesados, y no en la procreación natural, tienen tanta antigüedad como los problemas que pretenden resolver. Como corolario de ello, es posible afirmar, en una perspectiva historicista, que desde que existen menores huérfanos o abandonados por sus padres biológicos a los que se ha pretendido hacer ingresar a una familia sustitutiva que los proteja, hay un vínculo adoptivo primitivo o precario -aun cuando dicha situación no estuviera regulada por el ordenamiento jurídico-. Es así que cabe estimar que la vinculación filiatoria apoyada en la voluntad, antes que categoría jurídica, constituyó una entidad lógica, basada en la realidad de los hechos que le dieron mérito (orfandad, abandono, imposibilidad de procrear). Su razón de ser originariamente es independiente de las previsiones normativas, lo cual implica que la protección de los menores por personas no vinculadas parentalmente nace por necesidades sociales intemporales y no por disposiciones de la ley.

7 El C.G.P. en el art. 350, parágrafos 2 y 4, siguiendo la ruta trazada por las normas sobre legitimación, edita como principio rector de la actuación judicial la protección de la familia y de sus integrantes y la tutela de los intereses de menores e incapaces.

8 A.D.C.U, T. XXXI, f. 530, pág. 229.

9 A.D.C.U, T. XXXI, f. 532, pág. 230.

Por su parte, desde el punto de vista del Derecho positivo, es factible distinguir antecedentes remotos o mediatos de la legitimación adoptiva, que son principalmente aquellos que también operan como precedentes de la adopción y antecedentes próximos, inmediatos o propios de la legitimación, para los cuales es menester recurrir a lo ocurrido en Francia a partir del año 1939.

G) Antecedentes remotos

Es común que quienes analizan la legitimación adoptiva, o más precisamente su antecedente inmediato con el cual convive, la adopción, encuentren como origen del instituto factores religiosos, en especial [como se dijo, *supra* I, E)], perpetuar el culto doméstico y los muertos de la familia adoptante[10].

Según cita **MORAES DE REAL DE AZUA**, refiriéndose a la adopción, ésta tiene antecedentes antiquísimos, ya se practicaba en la India, de allí se irradió a través de los babilonios a los hebreos, dejando huellas imborrables en las civilizaciones egipcia y fenicia, siendo ya contemplada en el Código de Hamurabi (siglo XXII A.C.)[11].

La adopción existió también en Atenas y según **CHARNY y DE BENEDETTI**[12], se caracterizó, principalmente, por los siguientes tópicos:

1º) el adoptado debía ser hijo de padres atenienses;
2º) solo podían adoptar quienes no tuvieran hijos;
3º) el adoptado no podía volver a su familia de sangre sin haber dejado un hijo en la familia adoptiva;
4º) la adopción podía revocarse por ingratitud del adoptado;
5º) requería intervención de un magistrado.

En el Derecho Romano es posible enumerar dos formas de adopción[13], según que el adoptado se hallare sujeto a potestad *('alieni iuris')* o no *('sui iuris')*:

I) para estos últimos, el mecanismo a utilizar era la *adrogatio o arrogatio,* la cual podía tener lugar por acto entre vivos o por acto de última voluntad. Mediante la *adrogatio,* se tomaba como hijo a una persona que no estaba sujeta a patria potestad, requería aprobación del pueblo (los comicios curiados) y para los ciudadanos romanos un rescripto imperial. Como consecuencia de ella, el arrogado quedaba sometido a la patria potestad del arrogante;

II) para los *alieni iuris,* el procedimiento era la *adoptio* o adopción en sentido estricto, a la cual se llegaba mediante un contrato entre el titular anterior de la patria potestad y quien asume la calidad de adoptante, pasando este último a ejercer aquélla. A partir de **JUSTINIANO**, se distinguía *adoptio plena y adoptio minus plena:* la primera confiere la patria potestad al adoptante y solo tiene lugar cuando éste es ascendiente natural del hijo o cuando el abuelo en vida de su hijo daba a su nieto en adopción a un tercero; la segunda, no confiere la patria potestad, pero sí establece una relación filial entre adoptante y adoptado, generando, incluso, algunos derechos sucesorios.

Tanto en la *adrogatio* como en la *adoptio* se exigían ciertas condiciones que, con algunos matices, se requieren en la actual legitimación adoptiva nacional; entre otros:

1º) diferencia de edad entre adoptante y adoptado: **JUSTINIANO** la fijó en 18 años para la *adoptio.* Para la *adrogatio,* se exigía 60 años de edad en el adoptante;
2º) el adoptado adquiría el nombre de la familia adoptante abandonando el de su familia de origen[14].

También los germanos practicaban la adopción desde tiempos antiguos, pero con una finalidad basada primordialmente en la guerra: se trataba de que el adoptado interviniera en las campañas emprendidas por el adoptante. El adoptado adquiría el nombre, las armas y el poder público del adoptante, pero no tenía derechos sucesorios en la herencia del padre adoptivo[15].

Posteriormente, se adoptaron las soluciones establecidas por **JUSTINIANO** para el Derecho Romano.

10 Sin embargo, en algunos períodos la adopción no cumplió fines ultraterrenales o altruistas. Según BOSSERT y ZANNONI, al redactarse *Code* napoleónico, se organizó la adopción de mayores de edad, como 'un contrato -a través del cual se unían familias de viejo abolengo y perdida fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente- y no (como) un medio de protección a la infancia', *op. cit.* Nº 5, pág. 361.

11 MORAES DE REAL DE AZUA, *op. cit.* Nº 14 pág. 11.

12 CHARNY y DE BENEDETTI, *op. cit.* Nº 8, pág. 499.

13 La situación de la adopción en el Derecho Romano es estudiada por pluralidad de autores, entre otros, son recomendables: a) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia,* Tomo IV, vol. 2º, pág. 152 y ss; b) JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho Privado Romano.* pág. 416 y ss: c) CHARNY, Hugo y DE BENEDETTI, Wesley, *op. cit.* Nº 8, pág. 500 y ss.

14 Pero a pesar de ciertas semejanzas, es posible constatar pronunciadas diferencias entre la adopción romana y la del Derecho nacional. A guisa de ejemplo: las mujeres al no ser *sui iuris,* no podían adoptar; solo podían adoptar quienes pudieran generar hijos, no así los castrados y los impúberes; sí podían adoptar los impotentes, por cuanto su incapacidad podía cesar por acción de la naturaleza.

15 CHARNY y DE BENEDETTI, *op. cit,* Nº 8, pág. 501.

H) Antecedentes próximos

El antecedente inmediato de la ley matriz uruguaya de legitimación adoptiva es el decreto - ley francés de 29 de julio de 1939, modificado por la ley de 8 de agosto de 1941, que corrigió muchas de sus imperfecciones.

En los principales aspectos diferenciales con la legislación nacional, dichas normas preveían que:

1º) la legitimación adoptiva solo podía realizarse por cónyuges (no preveía la posibilidad de legitimar por viudos o divorciados) con una duración mínima del matrimonio de 10 años;

2º) uno de los legitimantes, por los menos, debía haber alcanzado los 35 años de edad;

3º) el legitimado no podía tener más de 5 años de edad;

4º) los legitimantes no debían tener hijos, ni descendencia legítima;

5º) la legitimación adoptiva realizada se anota al margen de la partida de nacimiento, lo cual le confería cierta publicidad.

I) Evolución nacional

La ley madre en materia de legitimación adoptiva es la Nº 10.674, de 20 de noviembre de 1945, la cual tiene como antecedente inmediato en el Derecho comparado el decreto - ley francés de 29 de julio de 1939 y la ley de 8 de agosto de 1941, ya referidos.

La iniciativa para su sanción correspondió al senador **Martín Recaredo ECHEGOYEN**, quien presentó el proyecto correspondiente el 3 de noviembre de 1941, el cual fue aprobado en la siguiente Legislatura con algunas modificaciones, siendo dicha ley la que sirviera de modelo a otras legislaciones americanas que luego acogieron el instituto.

Posteriormente, otros textos legales regularon y modificaron determinados aspectos del instituto elaborado en 1945. A saber, principalmente:

I) la ley Nº 12.486, de 26 de diciembre de 1957, que disminuyó la diferencia de veinte años que debía existir entre legitimantes y legitimado, sustituyéndola por márgenes diferenciados en base al sexo: se exigió una diferencia de diecisiete años respecto al legitimado en el caso del hombre y de quince años con referencia a la mujer;

II) el decreto - ley Nº 14.759, de 5 de enero de 1978, que:

a) restringe la diferencia de edad entre legitimantes y legitimados a quince años sin tener en cuenta el sexo del legitimante, admitiendo, además, que el Juez pueda decidir la legitimación adoptiva cuando no se alcance dicha diferencia;

b) permite la legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes por parte del reconociente y su cónyuge;

c) establece el plazo de un año como exigencia mínima temporal en la durante la cual los legitimantes debieron ejercer la tenencia del menor, reduciéndolo de los tres años que exigía la ley matriz;

d) admite que en casos excepcionales puedan legitimar menores de treinta años.

III) la ley Nº 16.108, de 27 de marzo de 1990, que autoriza la legitimación adoptiva del hijo legítimo de uno de los legitimantes, conjuntamente con su cónyuge, en caso de que el otro padre legítimo haya hecho abandono del menor y perdido la patria potestad.

Por otra parte, si bien la ley primigenia estableció que solo podían ser legitimados los menores de hasta dieciocho años, diversas disposiciones permitieron la legitimación adoptiva de mayores. En efecto, las leyes números 11.359, 11.801, 12.486, 13.209, 13.636 y 14.002 y el decreto - ley Nº 14.152 admitieron la legitimación de mayores de edad, posibilidad que se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 1974.

El futuro normativo en la materia parece indicar que todo lo relativo a legitimación adoptiva será regulado por el Código de la Niñez y Adolescencia, proyectado por el Poder Ejecutivo y presentado al Parlamento en junio de 1997. Dicho proyecto opera como consolidador de la normativa, en mérito a que se derogan la pluralidad de normas existentes y se recogen en su texto con algunas modificaciones (v. principalmente, arts. 128 a 133 y 204).

J) Diferencias con las filiaciones legítima y natural

En las filiaciones legítima y natural hay un elemento común del cual emergen los vínculos filiatorios: la procreación, sea dentro o fuera del matrimonio.

En la legitimación adoptiva, las relaciones que se generan proceden de la voluntad, del querer individual. Se trata de un estatuto en el que se le da aptitud a la volición para generar un nexo filial: prevalece el concepto jurídico y moral del término 'padre' frente al criterio biológico.

Y la diferencia expuesta no es cuestión baladí, dado que es susceptible de arrogarse trascendencia en todos aquellos casos en que se incoe una acción de estado civil en la cual sea preciso verificar la presencia de un nexo genético entre quienes tienen atribuido un vínculo filiatorio.

En ese sentido y a vía de ejemplo, si bien es admitido por la doctrina que puede desconocerse la paternidad por la impotencia accidental de quien tiene atribuido el *status* de padre (argumento *a contrario sensu* del inc. 1º del art. 218), es corolario lógico de la distinción mencionada que esa acción solo es procedente cuando la filiación legítima se deriva de la procreación y no en caso de que tenga como sostén una legitimación adoptiva.

Del mismo modo, la acción de impugnación de maternidad disciplinada por el art. 224 solo es admisible en caso de que el ligamen filiatorio se cimiente en la procreación y no cuando tiene por pilar una filiación basada en la voluntad.

En cualquiera de estas hipótesis, la regular conclusión de un procedimiento de legitimación adoptiva desbarata los intentos para provocar la caída del *status* filiatorio de que disfruta el legitimado. Y la razón para ello es cristalina: esos accionamientos tienen por misión destruir una filiación derivada de vínculos biológicos, por lo que son impotentes para perturbar los lazos que tienen una fuente diversa, como lo es la volición de los legitimantes.

K) Comparación con la adopción

La legitimación adoptiva y la adopción tienen en común, como rasgo principal, el de que ambas son consecuencia de una previsión (ficción) legal que, prescindiendo del hecho biológico de la procreación, admite que determinado sujeto sea considerado como padre o madre de otro o que, por lo menos, desempeñe tales roles. La ley le asigna trascendencia a la voluntad para ser generativa de nexos filiatorios, asumiendo que para determinadas ocasiones debe preferirse el querer individual a la procreación para atribuir esos vínculos.

Pero precisamente por tratarse de vínculos filiatorios ficticios, en los cuales no interviene la procreación como generativa de filiación, es dable apreciar que la ley ha tratado de disimular la ausencia de esa vinculación biológica y para ello ha recurrido a exigencias que hagan posible la creencia de que el legitimado/adoptado proviene de su legitimante/adoptante; vgr. las diferencias de edad que se requieren en cada instituto.

Asimismo, en ambos casos, se otorga mayor trascendencia a la conceptualización social de 'padre' que a la noción biológica y por ello, se confiere la patria potestad a quienes asumen los roles paterno y materno.

Empero, sin perjuicio de dichas equiparaciones, son diversas las diferencias entre ambos institutos[16]. Sinópticamente, a saber:

1º) En cuanto a sus efectos, la legitimación adoptiva confiere al legitimado una filiación nueva, constituye una fuente de legitimidad, que sustituye totalmente a la de origen, de forma que deja absolutamente de pertenecer a su familia originaria, desapareciendo todos los vínculos de parentesco que tenía con ella (art. 3º, inc. 5º de la ley Nº 10.674). Ello ha motivado que en el Derecho comparado en general se asumiera la denominación de adopción plena para nuestra legitimación adoptiva.
En la adopción, en cambio, el adoptado no pierde sus nexos parentales con su familia biológica, sino que, por el contrario, continúa perteneciendo a ella (art. 249, inc. 1º del C.C.U.). Una manifestación de lo expuesto es lo que ocurre en materia de patria potestad, en virtud de que en situaciones de interdicción, desaparición o muerte de los adoptantes, el instituto de protección retrovierte a los padres biológicos (art. 249, inc. 3º del C.C.U.), lo cual no acaece en la hipótesis de que dichos sucesos ocurran respecto de los legitimantes, en cuyo caso los padres biológicos no volverán a ejercer la patria potestad, sino que el menor será sometido a tutela.

2º) En lo referente a la forma de cada instituto, la legitimación adoptiva se logra a través de un procedimiento judicial de carácter voluntario (art. 2, inc. 1º de la ley Nº 10.674); mientras que la adopción se perfecciona mediante escritura pública (art. 248, inc. 1º del C.C.U.).
Sin embargo la diferencia tiende a desaparecer, puesto que, de aprobarse el Código de la Niñez y Adolescencia, la adopción -de acuerdo al art. 125- se obtendrá luego de un procedimiento judicial de carácter voluntario.

16 Puede verse al respecto, entre otros, BAGDASSARIAN, *La adopción simple y algunos de sus aspectos, op. cit.* Nº 4, pág. 71.

3º) Con respecto a la publicidad, la legitimación adoptiva es reservada [art. 6º de la ley matriz: *infra* III, F)], mientras que la adopción es pública, como la escritura por la cual se obtiene.
De ello se derivan diferencias en cuanto a la forma de inscripción de cada una en el Registro de Estado Civil: la adopción se inscribe en el Libro de Adopciones que lleva la Dirección General de dicho Registro y se anota al margen de la partida de nacimiento del adoptado (art. 248, inc. 1º del C.C.U.); en cambio, la inscripción de la legitimación adoptiva se efectúa como la de un hijo legítimo inscripto fuera de término, sin mención alguna del procedimiento de legitimación, quedando prohibida la exhibición de la partida originaria (art. 3º de la ley Nº 10.674).

4º) En relación a los sujetos que intervienen en cada institución: pueden legitimar adoptivamente los cónyuges, los viudos o viudas y los divorciados o divorciadas, nunca un soltero (art. 1º, incs. 2º y 3º de la ley Nº 10.674); en cambio, puede adoptar cualquier persona que cumpla las condiciones requeridas, sin importar su estado civil (art. 243 del C.C.U.). Por otra parte, el legitimado debe ser un menor de edad, mientras que puede adoptarse tanto un menor como un mayor de edad.
Concurren, además, variadas diferencias en lo concerniente a los límites etarios exhortados en cada figura: a) tanto en la adopción como en la legitimación adoptiva, los adoptantes deben tener al menos treinta años de edad, pero en la segunda, esa exigencia puede ser morigerada por los jueces, mientras que ello no es posible en la adopción; b) en ésta se demanda que el adoptante tenga al menos veinte años más que el adoptado, entretanto en la legitimación la diferencia es de quince años, sin perjuicio de que esa diferencia sea reducida como informa el art. 1º de la ley matriz; c) mientras en la adopción se requiere para su procedencia una tenencia del menor por el plazo de dos años, en la legitimación ese plazo se reduce a un año.

5º) En cuanto a la posibilidad de revocación, la legitimación adoptiva es irrevocable (art. 3º, inc. final de la ley Nº 10.674), entretanto que la adopción puede ser objeto de revocación cuando existan motivos graves (art. 251 del C.C.U.).

6º) En lo referente al apellido del legitimado, éste adquiere el de la familia legitimante, desde que ingresa absolutamente a ella; en cambio, en materia de adopción, excepcionalmente el adoptado adquiere el apellido del adoptante (art. 249.1 del C.C.U.)[17].

7º) Con respecto a la vocación hereditaria: en el caso de la legitimación adoptiva, al adquirir el legitimado el *status iuris* de hijo legítimo de los legitimantes rigen las normas sobre filiación legítima en materia de sucesión hereditaria; por ende, tanto legitimado como legitimante son herederos forzosos en forma recíproca, aquél se halla en el primer orden de llamamiento y éste en el segundo, etc. En cambio, la adopción coloca al adoptado en el tercer orden de llamamiento respecto al adoptante y a éste en el cuarto orden respecto de aquél (arts. 1027 y 1028 C.C.U.), sin tener, por supuesto, el carácter de legitimarios.
El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia mejora los derechos sucesorios derivados de la adopción, pues el art. 123, parágrafos 5 y 6 prevé que los adoptados ingresan en el segundo orden de llamamiento y los adoptantes en el tercero. Además, será facultativo de los padres adoptantes conceder por testamento a los adoptados los derechos sucesorios que corresponden a los hijos propios.

8º) En lo concerniente al matrimonio, la legitimación provoca que el legitimado sufra el impedimento dirimente de parentesco tanto frente a la familia legitimante como respecto a su familia biológica (arts. 91 ords. 4º y 5º del C.C.U. y 3º inc. 4º de la ley Nº 10.674); mientras que la adopción no constituye impedimento dirimente para el matrimonio entre adoptante y adoptado y éste solo conserva los impedimentos en su familia biológica.

II. REQUISITOS GENERALES DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

A) Características del régimen nacional

El instituto de la legitimación adoptiva tal como se encuentra previsto por ordenamiento jurídico patrio tiene una detallada regulación de los aspectos personales de quienes han de asumir los roles de legitimante/s y

17 En cuanto al apellido del adoptado, el principio general es que al apellido propio del adoptado se le agrega el del adoptante: el adoptado solo adquiere el del adoptante, sustituyéndolo por el de su familia biológica, excepcionalmente, si aquél es hijo natural y hay acuerdo de partes en la sustitución. En el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia (art. 75.6 inc. 2º) se prevé para los menores de hasta doce años que si la adopción es realizada por una sola persona su apellido sustituirá al originario. Para los mayores de dicha edad, el inc. 3º del mismo artículo remite a las normas de adopción (art. 123.2) que mantiene las soluciones dadas por el art. 249 del C.C.

de legitimado. Dentro de las exigencias a que están sometidos los interesados, son perceptibles determinados requisitos que la ley juzga invulnerables para los sujetos o para el Juez interviniente (vgr. la minoría de edad del legitimado o la existencia de un matrimonio actual o pasado entre los legitimantes), mientras que por otro lado, se han previsto condiciones con cierta elasticidad, dado que, si la autoridad judicial lo estima oportuno, pueden ser restringidas (vgr. edad de los legitimantes).

Como se vio [*supra* I, E)], las normas regulatorias del instituto son de orden público, como lo son, en general, todas las que rigen la filiación y el estado civil de las personas. De ahí que los interesados tienen absoluta autonomía para ingresar al régimen legitimando adoptivamente un menor, pero en caso de que lo hagan, la ley prescribe en forma inexorable, irrenunciable, los efectos que la nueva situación jurídica genera. *Ab initio* existe libertad para internarse o no en el régimen previsto legalmente, pero una vez que se ha optado por incorporarse a él, el orden jurídico gobierna imperativamente, en forma inderogable, el *status iuris* que enlaza a legitimado y legitimantes.

B) Estado civil de los legitimantes

En virtud de que la legitimación adoptiva constituye fuente de legitimidad (art. 213 del C.C.U.) se demanda que quienes pretendan proceder a ella estén o hayan estado unidos en matrimonio. Por esa razón, cabe eliminar *in limine* a los solteros y a quienes conforman una relación concubinaria[18] como beneficiarios del instituto.

Conforme a los incs. 2º y 3º del art. 1º de la ley Nº 10.674, en la redacción dada por el decreto - ley 14.759, pueden asumir la calidad de legitimantes:

A) dos cónyuges que cuenten con cinco años de matrimonio[19] que hubieran tenido al menor bajo su guarda o tenencia durante un término no inferior a un año;
B) el viudo o la viuda;
C) los esposos divorciados cuando medie conformidad de ambos.

En estos dos últimos casos -de acuerdo al texto del artículo 1º, inc. 3º de la ley- se impone que el plazo de guarda o tenencia de un año haya comenzado durante el matrimonio y se complete luego de la disolución del vínculo. Por supuesto, que a pesar de la impropia redacción de la disposición y con mayor razón, la legitimación también tiene lugar cuando la guarda o tenencia del menor se inicia y completa durante la vigencia del vínculo matrimonial.

C) Duración mínima del matrimonio

El fundamento de la exigencia -acorde a lo sostenido por la doctrina nacional[20] - radica en procurar que la legitimación sea llevada a cabo por personas que han demostrado la estabilidad de su matrimonio. Sin embargo, a pesar de la preceptividad de este parámetro cronológico, es frecuente que se solicite la legitimación adoptiva por interesados que no han cumplido con él.

Los tribunales nacionales frente a dichas solicitudes no han sido unánimes en la resolución de cuestión. En sentencia dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó **SANTA ROSA**, se amparó la solicitud de legitimación adoptiva por parte de un matrimonio que si bien no tenía una duración de cinco años, como lo exige la ley, acreditaron que vivieron en concubinato durante más de dieciséis años.[21]

En cambio, para el Juez Letrado de Familia **MONSERRAT** si no se verifica dicho extremo temporal no procede la legitimación[22][23]. En similar sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno consideró que admitir la legitimación en esos supuestos significa desconocer lisa y llanamente el texto referido. Sin perjuicio de ello, por razones de economía procesal (para evitar un nuevo juicio respecto a la misma situación), dictó una *sentencia condicional o a futuro* (art. 11.3 *in fine* del C.G.P.), autorizando la inscripción de la legitimación adoptiva cuando se cumplan los cinco años de matrimonio que requiere la ley.[24]

18 V. A.D.C.U, tomo XXI, f. 587, pág. 214: se rechazó la legitimación adoptiva solicitada por dos concubinos, en cuanto la ley exige que se trate de cónyuges. Ello resulta conceptualmente lógico desde que la legitimación constituye una fuente de legitimidad, la cual en modo alguno puede emanar de un concubinato.

19 - Estimo que si el matrimonio es nulo, conforme al art. 210 del C.C.U, en la redacción dada por la ley Nº 16.603, el legitimado igualmente mantiene el *status filii* de hijo legítimo que ya logró.

20 V. CESTAU, *loc. cit*, Nº 7, págs. 201 y 202; GATTI, *loc. cit*, Nº 11, pág. 260.

21 L.J.U, T. CVI, caso 12.222, págs. 147 y 148.

22 Pub. en Anuario Jurídico de Familia, Nº 1, ficha 67, pág. 62.

23 En la misma senda, v. A.D.C.U, T. XX, ficha 416, pág. 113, T. XXIX, f. 426, págs. 154 – 155 y T. XXXI, f. 528, pág. 228.

24 L.J.U, caso 12.363, T. CVII, págs. 183 - 185.

La decisión de la cuestión acerca de si cabe la disminución del plazo de cinco años de duración del matrimonio a efectos de legitimar adoptivamente puede analizarse desde un doble punto de vista: el del Derecho Positivo vigente y el de la conveniencia de las soluciones que el mismo impone.

Desde el primer punto de vista, por aplicación de los principios *'dura lex, sed lex'* y *'ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus'*, la solución no puede ser otra que la exigencia del cumplimiento de los cinco años de matrimonio para la admisión de la legitimación, sin perjuicio del dictado de una sentencia condicional o a futuro, como lo hizo el Tribunal en el caso aludido precedentemente. Ello se deriva de que la ley no ha permitido al órgano judicial excepcionar el cumplimiento de dicho plazo, como sí lo hizo respecto de otras exigencias (vgr. edad de los legitimantes).

Con respecto a la conveniencia de la disposición, ella no parece adecuada en virtud de variadas razones. En primer lugar, resulta una incongruencia de la ley que la duración quinquenal del vínculo matrimonial solo se inste cuando ansíen legitimar dos cónyuges y no en caso de que la legitimación se intente por personas ya no unidas en matrimonio (viudos[25], divorciados). Véase que el inc. 2º del art. 1º de la ley Nº 10.674 no contiene reivindicaciones temporales respecto a la duración del matrimonio previo en cuanto al viudo o divorciados.

En segundo término, resulta incompatible con el estado social actual, que aun cuando se exija el término referido, no se permita agregar para su cómputo la existencia de un concubinato *'more uxorio'* previo prolongado, ya que en ese caso la estabilidad de la pareja que se ha dado como *ratio iuris* de la exigencia desaparece[26] [27].

En tercer lugar, sería provechoso que se confiera al órgano judicial interviniente la facultad de rebajar el plazo fijado legalmente, en caso de que existieran justos motivos.

D) Edad de los legitimantes

El inc. 2º del art. 1º de la ley Nº 10.674 peticiona el cumplimiento de diversas exigencias temporales respecto a la edad mínima de los legitimantes; así, se requiere que sean mayores de treinta años y que tengan por lo menos quince años más que el menor[28]. Ambos requisitos se reclaman en virtud de que con la legitimación adoptiva se procura reproducir, mediante la ficción creada por el legislador y aceptada por los interesados, lo que acaece en la filiación originada en la procreación. Para la obtención de ese resultado, se intentan mantener las diferencias cronológicas que existen entre progenitores y progenie.

Pero las exigencias aludidas no tienen el carácter de impedimentos absolutos, dado que el precepto adjudica cierta elasticidad al órgano judicial interviniente, evitando, de ese modo, que se transformen en una barrera insalvable que impida la legitimación. Así, el Juez por motivo fundado y expreso podrá otorgar la legitimación adoptiva cuando uno o los dos cónyuges no alcancen la diferencia de edad requerida, siempre que dicha diferencia admita razonablemente que los legitimantes puedan ser progenitores del legitimado. También en casos excepcionales el órgano judicial -si no mediare oposición del Ministerio Público-, puede admitir la legitimación si uno o los dos cónyuges no fueran mayores de treinta años[29] [30].

25 En este trillo: A.D.C.U, T. XXXI, f. 529, págs. 228 - 229.

26 Es diáfanamente constatable, además, una indudable evolución en la consideración de la relación concubinaria: desde considerarse como un hecho inmoral y sin trascendencia jurídica hasta relación generatriz de derechos en mérito a la creación jurisprudencial, principalmente.
Se puede citar, a propósito, la admisibilidad de las reclamaciones entre concubinos basados en el enriquecimiento sin causa o en la sociedad de hecho, la posibilidad de reclamación por uno de los concubinos por el daño moral que le apareja el fallecimiento del otro, aun cuando éste fuera matrimoniado, la trascendencia que la ley Nº 16.081 le confiere para el nacimiento de los derechos reales de habitación y uso a favor del viudo, etc.

27 Es oportuno precisar que se presentaron en la órbita parlamentaria al menos dos proyectos de ley tendientes a modificar determinados aspectos de los regímenes de legitimación adoptiva y adopción entre los que se halla el referido a la duración previa del matrimonio.
En el primer proyecto (Carpeta Nº 620, de 1995), cuya iniciativa correspondió a los representantes nacionales CORBO, GARCIA DUCHINI y SARALEGUI se exige para legitimar que los cónyuges hayan estado matrimoniados por tres años, pudiendo computarse para alcanzar dicho plazo el concubinato previo que *'hubiere sido estable, singular y público, compartiendo la vida en común'*.
En el segundo proyecto (Carpeta Nº 1123, de 1996), propuesto por el representante FERREIRA CHAVES, también se reduce el plazo de matrimonio a tres años y se permite que se compute para alcanzarlo el concubinato estable previo.
Resulta preferible el primero de ambos proyectos, ya que, siguiendo la senda de la ley Nº 16.081, de 18 de octubre de 1989, conceptualiza las condiciones que debe tener el concubinato para ser apto para complementar el plazo de matrimonio requerido para la procedencia de la legitimación. No parece oportuno, en cambio, el requerimiento únicamente de un 'concubinato estable' -como lo hace el segundo proyecto-, ya que ello podría conllevar a la admisión de una relación concubinaria que fuera clandestina, que no tuviera la característica de singular o en la cual no existiera comunidad de techo y lecho.
El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia -art. 129.1- establece el plazo de duración del matrimonio en cuatro años.

28 Con respecto a la diferencia de edad, la ley Nº 10.674 exigía que los legitimantes tuvieran veinte años más que el legitimado.
La ley Nº 12.486 estableció parámetros etarios diferenciales: el marido debía tener, por lo menos, diecisiete años más que el legitimado y la esposa quince años más, aun cuando se le atribuía la posibilidad al Juez de otorgar la legitimación adoptiva si uno o ambos cónyuges no alcanzaban tal diferencia.
El decreto - ley Nº 14.759 fija la diferencia en quince años tanto para el hombre como para la mujer.

29 V. correcta aplicación de la normativa al respecto en A.D.C.U, T. XX, ficha 417, pág. 113.

30 En los proyectos mencionados en nota 27 se propone reducir la edad requerida para legitimar a veinticinco años.
El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia mantiene los parámetros temporales del decreto - ley Nº 14.759.

Llama la atención la circunstancia de que los requisitos etarios señalados no se peticionen en caso de que la legitimación adoptiva la promuevan el viudo o viuda o los esposos divorciados. En dichos supuestos la ley no ha previsto límites, por lo que parece inapropiado que ellos sean instados judicialmente. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza y finalidad del instituto hay un extremo que debe reputarse infranqueable y es el de que la edad de los legitimantes y la diferencia de edad con respecto al legitimado admitan razonablemente que éste pueda ser progenie de aquéllos.

Asimismo, resulta incoherente con la finalidad perseguida por la ley, de respetar los parámetros cronológicos como acaece en la procreación natural, que no se hayan establecido edades máximas para proceder a la legitimación. En efecto, la ley no ha limitado la posibilidad de legitimar en virtud de la elevada edad de los legitimantes, aun cuando ésta haga inverosímil que el vínculo filial se base en la naturaleza.

E) Guarda o tenencia del legitimado

La ley matriz de legitimación adoptiva estatuía un plazo de guarda o tenencia mínimo de tres años, el cual fue abatido por el decreto - ley Nº 14.759 a un año. En caso de que legitime un viudo o viuda o los esposos divorciados, la ley admite que, aun cuando el plazo de un año no se haya completado durante el vínculo matrimonial, haya comenzado durante su vigencia y se complete luego de disuelto.

El texto legal emplea los términos guarda o tenencia como sinónimos, lo cual es correcto si entendemos que se refiere a la *guarda material,* también llamada *tenencia.* Ello por cuanto, como sostiene la mejor doctrina, la guarda jurídica pertenece a quienes ejercen la patria potestad hasta tanto se declare su pérdida; mientras que la tenencia, a diferencia de aquella que es inherente a la patria potestad, implica la relación directa e inmediata con el menor y puede estar radicada en los propios progenitores o en terceros.

El fundamento de la exigencia estriba en la posibilidad de comprobar por la relación de legitimantes y legitimado durante el término antedicho la compatibilidad entre ellos, previamente a la adopción de una medida que irrevocablemente incorpore al menor a la familia sustitutiva. Constituye también una demostración de los interesados respecto a su aptitud para el desempeño de los roles paterno-materno. Para **CESTAU** es un período de tuición mínimo, de prueba, que permite apreciar si el menor está o no ligado a los legitimantes como un verdadero hijo legítimo[31].

El plazo mínimo de tenencia fue reducido a un año por el decreto-ley Nº 14.759, ya que la ley Nº 10.674 lo había establecido en tres años, parámetro que fue mantenido por la ley Nº 12.486. De similar manera, el C.C.U. establecía en su art. 285 ord. 7º que la patria potestad se perdía por el abandono culpable que hicieran los padres de sus deberes por el plazo de tres años, tópico que fue reducido a un año por el decreto - ley Nº 14.766. Empero, a pesar de la equiparación de ambos plazos en un año, no deben confundirse, desde que la tenencia por ese plazo por parte de quienes pretenden proceder a la legitimación no implica necesariamente que tenga lugar la pérdida de la patria potestad por la causal de abandono. En efecto, puede ocurrir que aquellos tengan consigo al menor por entrega de sus progenitores, pero que no se haya producido abandono, esto es, que subsistan los vínculos afectivos, materiales, etc. de la familia biológica con el menor que se pretende legitimar[32].

Pero ambos plazos pueden yuxtaponerse al ser posible que comiencen a computarse en momentos próximos, vgr. en caso de que el menor sea abandonado y dentro del plazo de un año se entregue su tenencia a quienes pretenden legitimarlo.

F) Edad del legitimado

La ley Nº 10.674 estableció que solo podían ser beneficiarios del instituto los que no hubieran cumplido dieciocho años. Además, dispuso que por el plazo de dos años podían ser legitimados los mayores de edad, lo cual fue prorrogado por diversas leyes [*supra* I, 1)], que en la actualidad han perdido su vigencia.

El decreto - ley Nº 14.759 modificó la situación imperante y dispuso que el beneficiario no podía ser mayor de edad, por lo que estableció como límite de la legitimación adoptiva los veintiún años. Actualmente, en mérito a la ley Nº 16.719, que disminuye la mayoría de edad a los dieciocho años, éste es el límite para asumir la calidad de legitimado. Por otra parte, como se vio [*supra* II, D)], el legitimado debe ser por lo menos quince años menor que los legitimantes, sin perjuicio de la posibilidad de reducción judicial de esa diferencia.

31 CESTAU, *op. cit.* Nº 7, pág. 203.
32 En tal sentido, v. L.J.U, caso 10.314.

Una situación especial se exterioriza cuando el sujeto que se pretende legitimar alcanza la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento, sea el propio de legitimación adoptiva, o el eventualmente previo de pérdida de la patria potestad.

Ante los tribunales patrios se presentó el siguiente caso[33]:

1º) la parte actora inició juicio de pérdida de la patria potestad contra los padres de un menor, previo al procedimiento de legitimación adoptiva, obteniendo al respecto una sentencia que declaró dicha pérdida;

2º) cuando se iniciaron los trámites de legitimación adoptiva, quien se pretendía legitimar alcanzó la mayoría de edad, por lo que el Juez de Primera Instancia denegó la misma, compartiendo el dictamen expuesto por el Fiscal, en cuanto se sostuvo que la legitimación adoptiva se perfecciona con el acto solemne de la inscripción del nacimiento ante el Oficial del Registro de Estado Civil (en ese momento nace el nuevo estado civil y caduca el anterior): por lo que, la minoría de edad requerida por la ley debe existir en ese momento, ya que si así no ocurre, se impone la solución denegatoria de la petición;

3º) para el Tribunal de Familia de Primer Turno, respecto al cual se apeló la sentencia de primera instancia, la solución del problema debe atender a si caducó o no la posibilidad de solicitar la legitimación adoptiva. Para la ley, -según el Tribunal- al llegar a la mayoría de edad caduca la posibilidad de accionar para beneficiarse del instituto. Por ende, solo cabe sostener que ha caducado la acción, cuando la misma se interpone extemporáneamente, es decir, cuando ha vencido el plazo para interponerla; por lo que, luego de interpuesta aquella (a pesar de que se arribe a la mayoría de edad), queda excluida la posibilidad de invocar la caducidad. Ésta solo está relacionada con la iniciación del trámite correspondiente (o de un trámite necesario previo, como el de pérdida de la patria potestad con fines de legitimación adoptiva); y nunca opera si el lapso previsto para que se consume la caducidad se cumple con posterioridad a la promoción de la demanda inicial. Por lo tanto, en segunda instancia se revocó la sentencia recurrida y se hizo lugar a la legitimación adoptiva.

Debe reputarse adecuada la solución adoptada en segunda instancia, en razón de que la demora en la resolución del procedimiento judicial de legitimación no puede operar como causal de pérdida de la posibilidad de llevar a cabo aquélla. Por ende, en caso de que se alcance la mayoría de edad durante los procedimientos, resulta acertado admitir que es menester tener en cuenta la edad al momento de la iniciación del trámite. Además, la legitimación no solo adquiere trascendencia tratándose de menores, sino que su importancia sobrepasa la minoridad, ya que -como se verá (capítulo IV)- genera, entre otros, derechos hereditarios recíprocos, derecho al apellido de los legitimantes para el legitimado y en definitiva, una vinculación integral con la familia legitimante.

G) Pluralidad de legitimaciones

El inc. final del art. 2 de la ley Nº 10.674 se refiere a la posibilidad de que se legitime más de un menor simultáneamente. En tal caso, si no existiera entre los nacimientos de los legitimados una diferencia mínima de ciento ochenta días, el Juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno de ellos de forma de no violar el período mínimo de concepción que preceptúa el art. 215. La previsión resulta sensata en virtud de que se proyecta incorporar al legitimado a la familia legitimante como se tratara de un sujeto nacido en ella y se procura, a la vez, mantener la reserva sobre la legitimación realizada.

Pero la redacción del texto legal hay que ampliarla a dos situaciones que no prevé:

1º) en caso de que se pretenda legitimar un menor cuando ya exista descendencia legítima de los legitimantes, la diferencia de ciento ochenta días también debe respetarse, por lo que en tal caso igualmente tiene lugar la modificación de la fecha de nacimiento del legitimado;

2º) la modificación de las edades debe producirse no solo cuando se producen legitimaciones en forma simultánea, sino en todo caso de pluralidad de ellas, si las fechas de nacimiento de los legitimados tienen entre sí una diferencia menor al plazo de ciento ochenta días establecido.

H) Situación previa del legitimado

Desde que la legitimación adoptiva implica la creación de nuevos vínculos parentales del menor con la familia de los legitimantes y su sujeción a la patria potestad de éstos, es menester que no esté sometido a relaciones filiales previas o, en caso contrario, que se logre el quebrantamiento de esos lazos. Por ello,

[33] L.J.U, T. CI, caso 11.543, págs. 308 - 310 y A.D.C.U, T. XXI, f. 585, pág. 212.

conforme al art. 1º de la ley Nº 10.674, en la redacción dada por el art. 1º del decreto - ley Nº 14.759, para que la legitimación tenga lugar es preciso que el menor a legitimar sea:

a) abandonado;
b) huérfano de padre y madre;
c) pupilo del Estado; o
d) hijo de padres desconocidos.

Ni la doctrina, ni la jurisprudencia son unánimes en cuanto al contenido de los conceptos mencionados, en virtud de lo cual en los próximos ordinales se intentará desentrañar el sentido y alcance de los mismos.

I) Menor abandonado

1. Problemática que plantea su conceptualización.

La ley no ha determinado en qué consiste la calidad de menor abandonado, lo cual ha generado discrepancias jurisprudenciales y doctrinales. La cuestión implica analizar, aun cuando más no sea sinópticamente, diversos aspectos referidos al tema.

En primer término, se debe decidir si para que haya un menor abandonado es imprescindible la existencia de un pronunciamiento judicial que determine la perdida de la patria potestad sobre él, en tanto el art. 2, inc. 4º de la ley matriz prevé que *'la condición de menor abandonado se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad'*.

En segundo lugar, debe determinarse si es suficiente, para que exista un menor en esa condición, que sus progenitores no cumplan con los deberes que tienen atribuidos por la legislación nacional derivados de su calidad de tales o si, dicha hipótesis debe ocurrir no solo frente a quienes lo procrearon sino también respecto al resto de su familia biológica.

El tercer punto que se torna menester dilucidar es el relativo a quiénes pueden incurrir en las conductas que dan lugar a la existencia de un menor abandonado, esto es, si se requiere o no determinado grado de capacidad en los progenitores para que el abandono pueda catalogarse como apto para la procedencia de la legitimación.

2. Vinculación entre abandono y pérdida de la patria potestad.

El art. 1º de la ley Nº 10.674 establece que pueden ser legitimados adoptivamente los menores abandonados y el inc. 4º del art. 2º preceptúa que esa condición se acreditará por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de la patria potestad. Por ende, de una análisis textual primario parece resultar que el abandono y la pérdida de la patria potestad se hallan inescindiblemente unidos. Aún más, siguiendo con una lectura primaria del inc. final del art. 1º de la ley matriz emerge que, por lo menos para la hipótesis allí prevista, no cualquier causal de pérdida de la patria potestad da lugar a un menor abandonado, sino solo la estatuida en el ordinal 7º del art. 285.

De la normativa resulta, entonces, que los supuestos de abandono y pérdida de la patria potestad están vinculados de tal forma que para legitimar adoptivamente un menor que tenga la calidad de abandonado se requiere forzosamente una sentencia que declare aquella pérdida. Ello condujo a **GALARREGUI** a sostener que la calidad legal de abandonado solo se obtiene en juicio de pérdida de la patria potestad[34], posición que también ha sido recibida por los órganos judiciales[35].

Sin embargo, ambos supuestos deben diferenciarse, dado que no hay entre ellos una conexión fatal, por cuanto:

1º) es susceptible la existencia de un menor abandonado (en condiciones de legitimar) aun en ausencia de declaración judicial de pérdida de la patria potestad. Ello en razón de que puede ocurrir que se presente esa calidad frente al menor que no está sujeto a patria potestad, no porque sus padres la perdieron sino porque nunca se encontraron en ejercicio de ella [36] [37];

[34] GALARREGUI DIAZ, *op. cit.* Nº 10, pág. 27

[35] A vía de ejemplo, se ha sostenido que 'el abandono supone la abdicación de los deberes y obligaciones que impone al padre el ejercicio de la patria potestad, y esta abdicación, olvido o indiferencia, para que justifique la pérdida, debe ser total; no basta el incumplimiento más o menos irregular y la mayor o menor dedicación o afecto', A.D.C.U, T. XXVI, f. 520, pág. 187.

[36] Siguiendo tal rumbo, para RIVERO DE ARHANCET, el abandono es necesario individualizarlo en su esencialidad y no como causal de pérdida de la patria potestad, ya que el mismo puede tener lugar en caso de que los padres ejerzan la patria potestad como si no la ejercen. Si hay ejercicio de ella, el abandono surgirá de la sentencia de pérdida; en cambio, si el hijo no se halla sometido a patria potestad, el abandono habrá de probarse en juicio, en *op. cit.* Nº 21, pág. 50.

[37] V. L.J.U, caso 2180. Si no hay quienes ejerzan la patria potestad no es procedente el trámite de pérdida, pues tendría por objeto declarar la pérdida de un derecho inexistente.

2º) la pérdida de la patria potestad no siempre genera la situación de abandono. **RIVERO DE ARHANCET** admite que en ciertos casos, a pesar de la pérdida de la patria potestad, puede no haber abandono; vgr. si los padres fueron condenados a penitenciaria como autores o cómplices de un delito común (art. 285 Nº 1), pero han manifestado su voluntad de no perder contacto con sus hijos ni se han desinteresado de los mismos (dentro de las limitaciones derivadas de las circunstancias de hecho), no procede la legitimación adoptiva por terceros[38].

La pérdida de la patria potestad y el abandono, entonces, son situaciones jurídicas que merecen diferenciarse: la primera, como es obvio, supone el ejercicio de la patria potestad e implica la comisión de ciertos hechos que revelan que quien los comete no está en condiciones de ejercer los derechos-deberes que aquella impone; el segundo es un estado fáctico de ruptura de variados vínculos afectivos, materiales o de otra naturaleza, de abdicación de los deberes de los progenitores (ejerzan o no la patria potestad) frente al menor que se pretende legitimar, que provoca que éste se halle en una situación de desatención y desamparo por parte de aquéllos[39].

Ambos institutos (pérdida de la patria potestad y abandono) tienen su punto de encuentro en ciertas hipótesis previstas por el art. 285 del C.C.U. (vgr. numeral 7º), en las cuales el abandono culpable de los deberes de la patria potestad da lugar a la pérdida de ésta. Pero el encuentro es solamente parcial, porque no siempre que los padres incumplan en forma culpable los deberes que les impone el ordenamiento y por ello pierdan la patria potestad, habrá un menor abandonado en condiciones de legitimar, desde que puede existir abandono de sus progenitores, mas no del resto de su familia biológica.

Asimismo es factible advertir situaciones en las cuales no hay ejercicio de la patria potestad y no por ello irremediablemente hay abandono; vgr. es el caso de aquellos padres que no pueden reconocer a su hijo en virtud de su minoridad (art. 235 del C.C.U.) o por hallarse casados con persona diferente al otro progenitor (art. 227, inc. 3º del C.C.U.). Frente a tales supuestos, a pesar de no existir ejercicio de la patria potestad, los progenitores pueden cumplir con los deberes que su calidad de tales implica, por lo cual, ante dicha circunstancia, no es posible afirmar que haya 'abandono'. Por eso, como refiere **VARELA DE MOTTA**, el abandono debe ser integral, o sea real y jurídico. No sería procedente la legitimación adoptiva de un menor que aunque no hubiera sido reconocido por sus padres, fuera correctamente atendido por éstos[40].

Por las razones expuestas, la sentencia que acredite la pérdida de la patria potestad únicamente es exigible en los supuestos en que hay persona que la ejerce[41] [42] [43] [44]; en caso contrario, la prueba del abandono debe realizarse en el propio procedimiento de legitimación adoptiva. Se deduce, pues, que la previsión del inc. 4º del art. 2º de la ley Nº 10.674 es excesiva, ya que solo procede dicha forma de acreditación cuando hay ejercicio de la patria potestad y no en caso contrario. A guisa de ejemplo, sería incongruente exigir la pérdida de la patria potestad si se pretende legitimar a un menor casado, aun cuando en tal supuesto, igualmente será menester probar su carácter de 'abandonado' en el procedimiento de legitimación.

En consecuencia, el inc. 4º del art. 2 de la ley matriz requiere ciertas precisiones para su aplicación:

1º) la calidad de menor abandonado no deriva de la sentencia judicial de pérdida de la patria potestad, sino de la ruptura de vínculos afectivos, del incumplimiento de las obligaciones que se imponen a la familia biológica frente al menor que se ha de legitimar. La situación de abandono se produce por el hecho de que los padres -en forma culpable- no cumplan con los deberes que su calidad de tales genera. Dichos deberes resultan de la procreación, de su carácter de progenitores del menor y no de la circunstancia de que ejerzan o no la patria potestad[45];

2º) solo procede la acreditación judicial de la pérdida de la patria potestad cuando quienes abandonaron al menor la ejercitaban;

38 RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* Nº 22, pág. 19.

39 El hecho de mantener contactos circunstanciales con la menor por parte de su madre, cuya pérdida de la patria potestad se impetra no significa que no se configure la figura del 'menor abandonado', cuando no se logra 'probar ningún otro hecho que acredite el cumplimiento de los deberes de la patria potestad relativos al sostén material, educación y dirección espiritual de la hija', cfme. sent. de BROCQUA, L.J.U, C. 6968.

40 VARELA DE MOTTA, *op. cit*, Nº 23, pág. 25.

41 En igual sentido, L.J.U, caso 2477.

42 En caso de que la pérdida de la patria potestad sea seguida por una legitimación adoptiva, aquella es irrevocable, esto es, no puede demandarse su rehabilitación. Constituye, pues, una excepción a lo editado en el artículo 296 del C.C.U..

43 Cuando previamente a la legitimación adoptiva es menester declarar la pérdida de la patria potestad es improcedente la acumulación entre ambas acciones, por cuanto la pérdida es requisito de admisibilidad de la acción de legitimación. Cfme. A.D.C.U, T. XVIII, ficha 628, pág. 109.

44 Incluso, aun cuando tenga lugar la pérdida de la patria potestad, puede no existir una sentencia que específicamente se refiera a ese aspecto; por ejemplo, es lo que acontece cuando la pérdida tiene lugar de pleno derecho (art. 284 del C.C.U.).

45 RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* Nº 21, págs. 50 - 51.

3º) puede tener lugar el abandono sin pérdida de la patria potestad por no existir ejercicio de ésta (vgr. cuando no hay reconocimiento del menor por sus progenitores y éstos, además, no cumplen con las obligaciones que les impone la ley);

4º) la pérdida de la patria potestad no siempre supone una situación de abandono apta para la legitimación (vgr. los casos en que se pierde por causal diferente a la del art. 285 ordinales 6º y 7º del C.C.U.). Respecto a este tópico es necesario precisar, asimismo, que con la mera guarda material del menor por un año por quienes pretenden legitimar no se acredita el abandono en los términos del ordinal 7º del art. 285, ya que esa tenencia puede derivarse de circunstancias provisionales que hayan conducido a los progenitores a colocar a su hijo bajo el cuidado de los tenedores, sin que de ello se deduzca una situación de desamparo hábil para provocar una legitimación [*supra* II, E)].

3. *Hipótesis de no abandono por el resto de la familia biológica del menor.*

Otro aspecto que se torna menester decidir respecto a la condición de 'menor abandonado' es el concerniente a quiénes deben asumir tal conducta para que proceda la legitimación. En efecto, este extremo ocasiona dubitaciones en razón de que el instituto a examen impone un nuevo *'status familiae'* al legitimado, suprimiendo todo vínculo jurídico con su familia biológica, de lo cual se deriva normalmente la destrucción de todo vínculo afectivo del menor con otros miembros de su familia originaria que no sean quienes lo abandonaron. Sostener, entonces, que solo debe atenderse a la conducta culposa de los padres para que exista un menor en condiciones de legitimar constituye un ataque injustificado e inmerecido al resto de la familia biológica que no asumió análogo actuar frente al menor. Obsérvese que si se consiente la legitimación en estos casos se produce la ruptura de la totalidad de dichos vínculos, sin que ni siquiera tal efecto pueda ser mitigado con la implantación de un régimen de visitas.

Por ello, debe admitirse que la calidad de 'menor abandonado' no se debe plasmar únicamente en referencia a los progenitores, sino también al resto de su familia biológica (vgr. hermanos, abuelos), la que puede no haber asumido dicha conducta y mantener fuertes vínculos de afección con el menor. Tal posicionamiento deriva de la redacción del art. 1º de la ley Nº 10.674, conforme al cual se permite la legitimación de 'menores abandonados' sin mencionar los sujetos que deben haber cometido u omitido los actos que llevaron al abandono, es decir, sin referir si se debe tratar, únicamente, de los padres o también, de la familia biológica del menor. Es esa, además, la posición asumida por el decreto - ley Nº 15.210 en su art. 1º, inc. 2º, la cual procura, en primer término, la integración del menor a su familia biológica (sin establecer relación a una vinculación derivada del ejercicio de la patria potestad) y solo si no fuera posible, su incorporación a una familia sustitutiva[46]. Por otra parte, esa misma solución resulta del art. 21 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño, integrada al orden jurídico vernáculo por la ley Nº 16.137, de 28 de setiembre de 1990, que dispone en su literal a) que 'Los Estados Partes ... velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario'.

Va de suyo, entonces, que sostener que el abandono solo dice relación con la conducta asumida por los progenitores, implica desconocer las diversas relaciones afectivas que pueden haber surgido entre el menor y sus parientes biológicos (abuelos, hermanos, tíos, etc). Por ende, en los casos en que no se comprueba una situación de desamparo por el resto de la familia biológica del menor corresponderá a los órganos judiciales, aplicando el principio de los justos motivos y la conveniencia para el menor [*supra* I, E)], la resolución de la procedencia o no de la legitimación.

La solución adoptada parece ser asimismo la recibida por el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia. Ello por cuanto, el art. 12 bajo el *nomen* «Derecho al disfrute de sus padres y familia» prevé en su inc. 3º que el menor 'sólo puede ser separado de su familia cuando en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades competentes determinen otra relación personal sustitutiva'.

4. *Abandono por progenitores menores de edad.*

Con referencia al abandono que tiene lugar por progenitores menores de edad se ha discutido acerca de si esa conducta omisiva tiene aptitud para dar lugar a la categoría de 'menor abandonado' o si se trata de un proceder que es inhábil al respecto por ser llevado a cabo por incapaces.

46 Texto incorporado al art. 339 del C.C.U. por la consolidación llevada a cabo por la ley Nº 16.603.

El punto debatido estimo que debe resolverse atendiendo a la consideración del abandono como hecho jurídico que en definitiva es. Es sabido -adaptando la diferenciación de **BETTI**- que hay acto jurídico cuando el orden jurídico toma en consideración la voluntad que acompaña un hecho y le atribuye consecuencias jurídicas a esa volición, mientras que, hay hecho jurídico cuando se producen consecuencias jurídicas sin que exista voluntad o en caso de haberla, el ordenamiento prescinde de ella para otorgar efectos jurídicos. Para los actos jurídicos el ordenamiento positivo exige una voluntad apta (capacidad), porque dicha volición es la que ha de provocar los efectos edictados por el aquél. En cambio, en materia de hechos jurídicos, dicha voluntad, si existe, no se toma en consideración, sino que, por el contrario, se atiende al resultado producido. Así, en materia de pérdida de la patria potestad, el Derecho Positivo no requiere en general ninguna capacidad especial para sancionar a quienes la ejercen, salvo en los casos en que se exige imputabilidad penal por tratarse de causales derivadas de una sanción de esta especie.

El abandono es un hecho jurídico por cuanto el orden jurídico no toma en cuenta la voluntad de quien abandona, como ocurriría si fuera un negocio jurídico, sino que se concentra en el efecto suscitado: la existencia de un menor abandonado en forma culpable. Al no ser una manifestación de voluntad negocial no requiere una especial capacidad, aun cuando el abandono se materialice con la voluntad expresa del progenitor (vgr. art. 11 del decreto-ley Nº 15.210). Por ende, el desamparo tiene lugar cuando los progenitores abdican -en forma culpable- de los deberes que les impone su condición de tales, sin importar si se trata de sujetos mayores o menores de edad y no es correcta la exigencia una capacidad especial al respecto.

A igual conclusión, en base a fundamentos similares, llega **VARELA DE MOTTA**[47].

Sin embargo, a pesar de especificar que no se debe exigir una voluntad como la negocial para abandonar, sí debe requerirse el discernimiento suficiente para comprender las consecuencias de la conducta asumida. Ello por cuanto, si no se considera el grado de raciocinio del individuo, se llegaría a admitir que hay abandono en el caso de los progenitores que no cumplen con las obligaciones derivadas de su función, por ejemplo, por encontrarse dementes o con insuficiencias psicológicas (aun temporales), es decir, en supuestos en los cuales no han asumido una conducta culpable.

J) Menor huérfano de padre y madre

Para **CESTAU**[48] y **GALARREGUI**[49] se trata del menor no sometido a patria potestad. Sin embargo, estimo que cabe entender por huérfano de padre y madre aquel menor cuyos padres han fallecido, en virtud de que los supuestos en que se ha perdido la patria potestad ingresan dentro de la calidad de 'menor abandonado'. Además, la inexistencia de quienes ejerciten la patria potestad (vgr. por no reconocimiento) no conduce a que ese menor puede ser legitimado sin más, en razón de que a pesar de ello, puede no haber abandono de sus propios progenitores o de su familia biológica [*supra* II, I)].

MORAES DE REAL DE AZUA estima que en este supuesto no es necesario probar el abandono, siendo suficiente con probar la orfandad[50].

Es susceptible de duda la situación del menor no sometido a patria potestad por fallecimiento de los padres, pero que no se encuentra en situación de abandono por su familia biológica, por haber sido recogido por sus abuelos o hermanos. Para **RIVERO DE ARHANCET**, el hecho de que la orfandad permita la legitimación adoptiva del menor hay que subordinarlo al principio establecido en el inc. 2º del art. 2 de la ley matriz, esto es, a la existencia de justos motivos y conveniencia para el menor. Ello es lo que permitirá decidir, en cada caso concreto, si el huérfano de padres, pero no abandonado afectivamente por sus familiares (abuelos, hermanos) puede ser legitimado por quienes convive. Considera que, aun cuando el legislador no lo haya expresado, el menor no solo debe ser huérfano de padres, sino también abandonado por los componentes de su familia[51].

La justificación de asumir tal posicionamiento -que debe considerarse acertado- estriba en considerar que el abandono para determinar la preferencia de una legitimación adoptiva al mantenimiento del menor en su familia biológica debe ser no solo jurídico, sino además consistir en el incumplimiento de los deberes que derivan del hecho de situarse en un determinado *'status familiae'*. Cabe admitir, entonces, que el presupuesto del abandono opera como elemento esencial para el otorgamiento de la legitimación. La posición contraria,

47 VARELA DE MOTTA, *op. cit.* Nº 24, pág. 64.
48 CESTAU, *op. cit.* Nº 7, pág. 205.
49 GALARREGUI DIAZ, *op. cit.* Nº 10, pág. 28.
50 MORAES DE REAL DE AZUA, *op. cit*, Nº 14, pág, 38.
51 RIVERO DE ARHANCET, *op. cit*, Nº 21, pág. 48.

es decir, la que sostuviera que al no existir quien ejerza la patria potestad no requiere la probanza del abandono, olvida que el Derecho positivo uruguayo es pródigo en la previsión de situaciones obstativas a la creación de vínculos filiatorios del progenitor respecto al hijo engendrado. Para su comprobación, es suficiente con reiterar los obstáculos legales para reconocer por parte de los menores de edad o del progenitor que procrea un hijo extramatrimonial.

K) Hijo de padres desconocidos

En referencia al concepto de *'hijo de padres desconocidos'* tampoco hay un criterio unánime en cuanto a su determinación.

Para **CESTAU**, en posición seguida mayoritariamente por la jurisprudencia, debe entenderse por tal no solo aquel menor cuyos padres se desconocen realmente, sino también el que no ha sido reconocido por sus padres a pesar del conocimiento de los mismos[52]. En ese trillo se sentenció que: 'la inserción del nombre de la madre biológica en la partida de nacimiento de la menor no impide considerar al mismo, adhiriendo hoy a la posición ampliamente dominante en la doctrina y jurisprudencia, como hijo de padres desconocidos, aun cuando su madre biológica no lo haya reconocido por su menor edad'[53], 'se tendrá por acreditada la calidad de menor abandonado por el hecho de no haber sido reconocido por ninguno de sus progenitores'[54] [55]. En igual sentido se pronunció el fiscal **Celestino D. PEREIRA** para quien de acuerdo a nuestro derecho positivo padre conocido es aquél que la ley reconoce como tal, ya sea porque hubo un acto voluntario .., sea porque una sentencia judicial así lo declaró. Solo en esos casos aparece la vinculación jurídica que se proyecta en las relaciones patrimoniales y personales. El testimonio de la partida de nacimiento ... solo acredita el hecho del nacimiento. Darle otro significado a las enunciaciones que contenga, sería aceptar un estado civil de hijo natural, sin haberse cumplido las formalidades que regulan el instituto.[56]

Pero, además de la referida, existe otra posición que debe reputarse como la correcta y que considera que el concepto de *'hijo de padres desconocidos'* solo incluye a aquel menor respecto al cual se desconocen efectivamente quienes son sus progenitores, es decir, aquel cuyos padres no son susceptibles de determinar. Si el menor fue inscripto y de la partida de nacimiento resulta quienes son sus progenitores, éstos deben reputarse 'conocidos'[57]. Si así no fuera, se admitiría la legitimación adoptiva de menores frente a los cuales sus progenitores cumplen con los deberes que engendra su condición de tales, pero a cuyo respecto pesan razones legales que les impiden proceder al reconocimiento (vgr. minoría de edad).

L) Pupilo del Estado

La ley matriz dice que también pueden ser legitimados los pupilos del Estado, sin referirse en modo alguno a qué debe entenderse por tales.

Se hace menester, pues, desentrañar si existe alguna situación en que exista un menor que se halle en condición de pupilaje en alguna institución estatal, pero que a la vez no tenga las condiciones de menor abandonado, huérfano o hijo de padres desconocidos, ya que en caso contrario la disposición se tornaría inútil, por su carácter de reiterativa de calidades ya previstas.

CASAS se ha pronunciado por la conveniencia de la eliminación de esta categoría, ya que los menores en esa situación estarían comprendidos en las categorías antedichas[58].

Y corresponde apoyar la posición expuesta. En efecto, desde que las hipótesis mencionadas cubren todas las posibilidades respecto a la procedencia de la legitimación es redundante la previsión normativa. Véase que podrían tener cabida en esta hipótesis los supuestos previstos por el decreto – ley Nº 15.210 [*infra* II, M)], pero como se verá son supuestos incluidos dentro del concepto de abandono.

52 CESTAU, *op. cit*, Nº 7, págs. 205 - 206. Y similar postura asoma en el pronunciamiento del Trib. de Apel. de Familia de 2º Turno, con dictamen contrario del Ministerio Público, pub. en A.D.C.U, T. XXX, f. 505, pág. 183.

53 Sent. pub. en Anuario Jurídico de Familia, Nº 1, ficha 68, pág. 62.

54 Sent. pub. en Anuario Jurídico de Familia, Nº 1, ficha 69, pág. 62.

55 L.J.U, T. XCI, caso 10.394, pág. 75: se considera -con oposición del Ministerio Público- como hija de padres desconocidos a la menor cuyos padres biológicos no ejercen la patria potestad por no haberla reconocido expresamente, aun cuando si fue inscripta en el Registro de Estado Civil.

56 L.J.U, caso 2518. También v. L.J.U, caso 3521.

57 Es la posición asumida por GALARREGUI DIAZ, *op. cit.* Nº 10, pág. 28, y RIVERO DE ARHANCET, *op. cit*, nº 21, págs. 48 - 49.

58 CASAS, *op. cit.* Nº 6, pág. 43.

LL) Menor sometido a tutela

La ley no ha previsto qué ocurre en caso de que se pretenda legitimar a un menor sometido a tutela. Igualmente, debe concluirse que en esa hipótesis, para que proceda la legitimación, el menor se debe hallar en condición de abandonado por su familia biológica, lo cual se probará en el propio procedimiento de legitimación.

La tutela no obsta a la legitimación adoptiva, por cuanto ambos institutos tienen una estructura funcional diversa. La legitimación adoptiva implica la inserción total del menor en la familia legitimante, lo cual apareja deberes de convivencia, obligaciones alimentarias y vocación hereditaria recíprocas, etc. En cambio, la tutela, no conlleva a la inclusión del menor en la familia del tutor; en efecto, no hay obligación legal de convivencia, ni obligación alimentaria por parte del tutor (arts. 388 y 389 del C.C.U.), ni derechos sucesorios entre tutor y pupilo. Ello por cuanto, la tutela promueve, principalmente, la administración con economía del patrimonio del menor, además de la dirección de su persona (arts. 313, 384 y 394 del C.C.U.).

Sin embargo, la tenencia del menor por parte del tutor puede conducir a que se logre la legitimación por parte de éste si logra acreditarse que hay efectivo abandono de la familia originaria de aquél[59].

M) El decreto - ley nº 15.210

El decreto - ley Nº 15.210, de 9 de noviembre de 1981, expresa en su art. 1º el loable propósito que lo anima de integrar a los menores a un núcleo familiar adecuado, partiendo de la consideración de que es más apropiado para su desarrollo psico-físico dicha inserción que la internación en establecimientos -generalmente- públicos o -eventualmente- privados. Para obtener dicha finalidad, en primer término, la ley procura que el menor se desarrolle en su propia familia biológica y en caso de no ser ello posible, se tratará de lograr su integración a una familia sustitutiva. Únicamente en caso de que ello no fuera efectivizable *'por circunstancias particulares'* -dice la ley[60]- se recurre a la internación del menor.

Luego de ese propósito se preceptúan por la norma supuestos que pueden conducir a la pérdida de la patria potestad con la intención de proceder a legitimar adoptivamente a un menor. Si bien se prevén cuatro hipótesis diversas, el aspecto común a todas ellas, como se verá, es la situación de abandono por parte de los progenitores.

Los supuestos que se prevén en la disposición son los siguientes:

1. Abandono. El art. 2º del decreto - ley de referencia establece que *'los padres perderán la patria potestad de pleno derecho cuando hicieren abandono de sus hijos y a juicio del Consejo del Niño sea posible la inmediata legitimación adoptiva o adopción'*[61]. Para que opere el abandono será menester la comprobación de que los padres rehúsan al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en términos tales, que hagan presumir fundadamente, que el mismo es definitivo.

La previsión guarda cierto paralelismo con la del ordinal 7º del C.C.U. pues en ambas hipótesis el elemento caracterizante es el abandono culpable de los hijos por parte de sus padres, en el cual se halla ínsito la inhabilidad o desinterés de éstos para el ejercicio de la patria potestad. En los dos casos se debe tratar de conductas continuadas en el tiempo, pero en la previsión de los arts. 2 y 3 del decreto-ley Nº 15.210 el período de abandono no es fijado legalmente, sino que se le confiere discrecionalidad al órgano judicial interviniente para determinar cuál es el período que debe transcurrir para que la situación de incumplimiento de los deberes paternales haga suponer un abandono definitivo.

Como sostiene **ALONSO DIEZ**, 'la norma no plantea dudas en cuanto a que atiende a la subjetividad de la conducta de los padres. Aquí hay más que la mera referencia a una conducta negligente o desinteresada: se regula, en realidad, una conducta voluntaria, conforme a la cual los padres se niegan o no aceptan ('rehúsan') cumplir con sus obligaciones de tales... Se trata, entonces de una conducta paterna aún más reprochable que la del 'abandono culpable' del numeral 7º del art. 285 y, por lo tanto, a diferencia de esta última norma, no se requiere que haya durado un año'[62].

59 Con respecto a un intento de legitimación adoptiva por parte del tutor, v. L.J.U, caso 5970, en el cual, contra la opinión fiscal, se rechaza la legitimación aduciendo la falta de justos motivos y conveniencia para el menor.

60 Por *'circunstancias particulares'* que impiden acudir al régimen de integración familiar debe entenderse, conforme al art. 1º del decreto 274/982, de 22 de julio de 1982, las que derivan de: a) inadecuadas características de la familia propia del menor; b) inexistencia de familias sustitutivas que soliciten la integración del menor.

61 Recuérdese que por la ley Nº 15.977, de 14 de setiembre de 1988, se creó el Instituto Nacional del Menor, el cual sucede al Consejo del Niño.

62 ALONSO DIEZ, *op. cit*, Nº 1, págs. 105 y 106.

2. Expósitos. El art. 4º del decreto - ley Nº 15.210 prevé el supuesto de los expósitos, entendiendo por tal *'al niño que ha sido abandonado en lugar público o privado, desconociéndose quienes son sus padres'*. En este caso, que por su extrema gravedad, tiene una naturaleza especialísima y por ende, es inextensible analógicamente, si el menor se hallare sometido a patria potestad, quienes la ejercen la perderán, si no comparecen a hacerse cargo de sus deberes en el término de quince días contados desde que el órgano judicial reciba la noticia de haberse encontrado un menor expuesto (arts. 2, 3 y 4 del decreto 274/982).

La nota caracterizante es el abandono del menor por sus padres, por lo que también en este caso se requiere culpabilidad en el actuar.

3. Internación voluntaria. Los arts. 6 y 7 del decreto - ley Nº 15.210 establecen una causal de pérdida de patria potestad a petición de parte originada en la internación voluntaria de un menor en el Instituto Nacional del Menor.

Se establece una hipótesis concreta de abandono, especialmente contemplada por la ley, consistente en no cumplir los deberes que acarrea la patria potestad por un término mayor de un año. La disposición supone que quienes mantienen a su hijo internado por más de un año y no se hacen cargo del mismo a pesar de ser intimados a ello, no están en condiciones de ejercer su función, por lo que se faculta al órgano judicial a cesarlos en ella, frente a la petición del Instituto Nacional del Menor[63].

El precepto en análisis tiene la particularidad de que establece como causal de pérdida de la patria potestad el hecho de que no se hagan cargo del menor, no solo los padres -que en definitiva son los únicos que podrían, sí la ejercen, sufrir dicha sanción-, sino también 'otros responsables de la tenencia del menor'. La explicación de tal confusión se deriva del hecho que el legislador une nuevamente en forma inescindible el abandono y la pérdida de la patria potestad. Sin perjuicio de ello, la disposición tiene un aspecto positivo, desde que admite que la situación de abandono puede no solo configurarse por la conducta culpable de los padres, sino también por la de otras personas que estén cumpliendo el rol de encargadas del menor.

La correcta interpretación de la norma se logra subsumiéndola en su finalidad, es decir, integrar al menor a un núcleo familiar sustitutivo. En este sentido, debe entenderse que lo que se prevé es la acreditación de la calidad de 'menor abandonado' para proceder a la legitimación adoptiva. Dicha calidad se logra a través de la pérdida de la patria potestad si los progenitores la ejercen y hacen abandono de sus funciones, pero también puede ocurrir por la circunstancia de que otras personas, responsables del menor, hayan roto los vínculos afectivos con él y quede colocado en situación de desamparo.

Sin embargo, el precepto tiene su aspecto oscuro, en tanto no exige una conducta culpable de parte de los progenitores, dado que la situación en que se encuentra el menor puede deberse a situaciones de fuerza mayor de la familia biológica (vgr. dificultades laborales).

Como refiere **ALONSO DIEZ** lo que la ley ha pretendido remediar las situaciones de semi abandono o abandono progresivo, en los que a pesar de haber un interés claramente insuficiente de los padres por sus hijos internados, no se llega a un corte definitivo de la relación[64].

La hipótesis prevista es de naturaleza excepcional y solo opera en los supuestos de internación de menores ante el organismo referido, no pudiendo extenderse su aplicación a los supuestos de internación en otras instituciones.

4. Situaciones de riesgo. El art. 8º del decreto - ley Nº 15.210 preceptúa la posibilidad de que se decrete la pérdida de la patria potestad en caso de que su ejercicio suponga *'un riesgo cierto para la formación corporal, intelectual o moral del menor'*. Ante esa coyuntura, el cese en el ejercicio de la patria potestad procede a exhortación del Instituto Nacional del Menor o de otro interesado, incluyéndose dentro de éstos al tenedor que aspira proceder a legitimar adoptivamente al menor[65].

Se requiere un accionar culpable de quienes ejercen la patria potestad; por consiguiente, no es suficiente con que el riesgo para la formación del menor se derive de la situación social en que se hallan los padres. Por eso, para la procedencia de la pérdida en este supuesto, es menester, como en todos los casos en que se pretenda la legitimación, que se compruebe la calidad de 'menor abandonado'.

[63] La ley establece el procedimiento para llegar a decretar la pérdida de la patria potestad y una *'publicidad'* especial para ella. En efecto, el art. 11 del decreto - ley Nº 15.210 prevé que se entregará una copia de la disposición a quien realice la internación del menor.

[64] ALONSO DIEZ, *op. cit.* Nº 1, pág. 104.

[65] Cabe llegar a tal conclusión, aun cuando el art. 289, inc. 2º del C.C.U. solo le otorga legitimación a los tenedores de un menor para instar la pérdida de la patria potestad en caso de que pretendan legitimarlo invocando la causal de abandono prevista por el Nº 7 del art. 285.

N) Situación filial previa del legitimado

La ley matriz no se refirió al estado civil en que debía encontrarse el sujeto a ser legitimado respecto a los legitimantes, suponiendo que éstos serían personas no vinculadas biológicamente con él. Pero, a poco de comenzar a regir la norma se presentaron supuestos que el legislador no había previsto; vgr. se pretendió legitimar adoptivamente al hijo natural o al legítimo de uno de los gestionantes. Por ello, para evitar fallos judiciales discordes ante la misma situación jurídica, fue necesario que disposiciones posteriores regularan esas hipótesis.

Ñ) Legitimación del hijo natural de uno de los legitimantes

La ley Nº 10.674 no previó la posibilidad de que un menor fuera legitimado por el progenitor que lo hubiera reconocido y su cónyuge, a pesar de lo cual la jurisprudencia en general admitió dicha posibilidad[66].

Para evitar decisiones judiciales contradictorias al respecto, el decreto-ley Nº 14.759, de 27 de febrero de 1978, expresamente autoriza la legitimación de un menor por parte de su padre reconociente y el cónyuge de éste. De esta forma, un menor que originariamente tenía el *status filii* de hijo natural se transforma en hijo legítimo, con la particularidad de que la ficción en que se basa el instituto en análisis únicamente opera en forma parcial, respecto a un vínculo filial (sea el paterno o materno), pues respecto al otro legitimante existe el vínculo biológico.

La ley no se refirió al otro progenitor del menor, pero con respecto a éste cabe considerar que debe hallarse en algunas de las situaciones que prevé el art. 1º, inc. 1º de la ley Nº 10.674, esto es, que lo haya abandonado, sea desconocido o haya fallecido. No procede la legitimación si dicho progenitor no reconoció a su hijo, pero igualmente cumple con las obligaciones que su calidad acarrea.

En caso de que ejerciera la patria potestad -en virtud de que haber procedido al reconocimiento del menor (art. 275 del C.C.U.)- es obvio que será menester que, previo a la legitimación, se decrete la pérdida de aquélla.

O) Legitimación del hijo legitimo de uno de los legitimantes

Hasta el año 1990, las diversas leyes sobre legitimación adoptiva no previeron la posibilidad de que el padre legítimo de un menor que hubiera contraído ulteriores nupcias legitimara a su hijo, nacido de un matrimonio anterior, en caso de que el otro perdiera la patria potestad, lo cual condujo a que las decisiones jurisprudenciales carecieran de un criterio unánime respecto a la resolución de la cuestión.

PARGA destacaba que existían dos corrientes nítidamente diferenciables al respecto[67].

Para la posición restringida, no procede la legitimación adoptiva de un menor por su padre legítimo, pues no ingresa en la categoría de *'menor abandonado'*, en mérito a que el legitimante continúa en el normal ejercicio de la patria potestad. Asimismo, se alegaba que la suerte filiatoria del hijo no tenía que seguir la suerte del matrimonio de sus progenitores[68].

La posición amplia, que era, por otra parte, la minoritaria, califica a la anterior como rígida, hermenéutica y formalista y basándose en una interpretación extensiva de las normas respectivas, considera que procede la legitimación basándose en la conveniencia del menor y en el carácter tuitivo, *pro minoris*, de las disposiciones sobre legitimación adoptiva[69].

Con la ley Nº 16.108, de 4 de abril de 1990, que encuentra su formulación en un proyecto presentado por el senador Escribano **Dardo ORTIZ**, la cuestión referida se soluciona definitivamente. En efecto, dicha norma, agregando un inc. 5º al art. 1º de la ley Nº 10.674, habilita la legitimación adoptiva de un menor abandonado por uno de sus padres legítimos, cuando fuera solicitada por el otro progenitor conjuntamente con su nuevo cónyuge. Frente a tales casos, se considera menor abandonado aquel cuyo padre o madre perdió la patria potestad en la hipótesis prevista en el art. 285 Nº 7 del C.C.U..

La disposición tiene como mérito relevante el permitir incorporar, desde el punto de vista filiatorio, al menor a la nueva familia constituida por uno de sus progenitores, en la cual, normalmente, ya se encontraba

66 L.J.U, T. LXXXIII, caso 9534, pág. 79: se autoriza la legitimación adoptiva del hijo natural reconocido por uno de sus padres y su cónyuge, promovida luego de que el otro reconociente había fallecido. En dicha sentencia se citan asimismo decisiones judiciales en las cuales se había negado la posibilidad de dicha legitimación, -en sustancia- por no existir un 'menor abandonado'.

67 PARGA LISTA, *op. cit.* Nº 15, pág. 23.

68 A vía de ejemplo, ver A.D.C.U, T. XI, ficha 398, pág. 58; T. XVII, fichas 506, 507 y 508, págs. 78 y 79; T. XVIII, fichas 629 y 630, pág. 109.

69 V. fallo de segunda instancia en L.J.U, caso 8448.

inserto afectivamente. Admite, para ello, la creación de vínculos filiatorios ficticios con el nuevo cónyuge del progenitor que no lo abandonó, privilegiando el posicionamiento en un nuevo *'status familiae'* frente a los vínculos nacidos fisiológicamente.

Sin embargo, -como sostiene **VARELA DE MOTTA**[70]-la ley importa un retroceso en cuanto a la valoración de la familia biológica en sentido amplio, a la cual se le otorga gran importancia en el desarrollo integral del individuo. En efecto, la admisibilidad de la legitimación adoptiva en estos supuestos provoca la ruptura de los vínculos filiatorios que el menor pudiera tener con miembros de la familia del padre que perdió la patria potestad y con los cuales mantiene relaciones afectivas.

Por ende, resulta oportuno que los órganos judiciales al decidir al respecto y basándose en la conveniencia del menor, tengan presente si es conveniente la ruptura de dichos vínculos, que no pueden ser suplantados ni aun por la instauración de un régimen de visitas.

La previsión de la disposición a examen resulta inapropiada en referencia a la consideración de menor abandonado. *Ad litteram,* para el legislador solo hay abandono cuando se ha perdido la patria potestad de acuerdo al inc. 7º del art. 285 del C.C.U.; pero en realidad, también puede existir abandono en cualquiera de las hipótesis de pérdida de la patria potestad previstas por los arts. 284 y 285 del C.C.U. y en esos casos también es procedente la legitimación adoptiva. En efecto, a pesar de concepción textual es preciso considerar que la legitimación tiene lugar tanto cuando la patria potestad se pierde por la causal indicada como por cualquier otra causal de las previstas por los artículos referidos del C.C.U. Además, como se vio [*supra* II, I)], no es suficiente solo la pérdida de la patria potestad por parte de uno de los progenitores para que, sin más, se pueda proceder a la legitimación adoptiva, sino que, también será menester la probanza del abandono por el resto de su familia biológica.

Empero, es ineludible efectuar una distinción para conferirle mayor cristalinidad a la norma. Si la pérdida opera por la causal mencionada en el ord. 7º, de la propia sentencia surge el abandono del progenitor legítimo y procederá la legitimación si también hay desamparo de esa línea de la familia biológica. En cambio, cuando la pérdida tiene lugar por otra causal, diferente a la del ord. 7º, es preciso probar además de la pérdida de la patria potestad, que se verifica con la sentencia respectiva, el efectivo abandono del menor por su progenitor y su familia biológica [*supra* II, I)], desde que, puede ocurrir que éste haya perdido la patria potestad, pero que no se esté en presencia de un abandono, por mantener una relación afectiva con el menor. En ese supuesto, no hay abandono, aun cuando sí pérdida de la patria potestad y no procederá, entonces, la legitimación adoptiva.

La regla solo se refiere al caso en que los padres legítimos disuelven el vínculo matrimonial por divorcio y uno de ellos abandona al menor, por lo que no es extensible en su textual formulación a la hipótesis de que el ejercicio de la patria potestad se extinga por el deceso de uno de los progenitores. En ese caso, solo puede admitirse la procedencia de la legitimación si hay justos motivos y conveniencia para el menor [*supra* I, E)] y será menester comprobar judicialmente el abandono por la familia biológica del progenitor fallecido para que tenga lugar la constitución del nuevo *'status familiae'*.[71]

P) Legitimación de hijo adoptivo

La adopción -como se vio [*supra* I, K)]- genera efectos limitados entre adoptante y adoptado, por ello puede acaecer que exista interés en transformar dicho vínculo en uno más extenso, como lo es el que surge de la legitimación adoptiva, colocando al adoptado en el estatuto filial de hijo legítimo del legitimante. O puede ocurrir, también, que un menor que fue adoptado, pretenda luego ser legitimado por personas diferentes al adoptante.

El art. 5º de la ley matriz prevé que la adopción no es obstáculo para la legitimación adoptiva posterior. Si bien de la disposición parece resultar que el legislador de 1945 tomó en cuenta únicamente la posibilidad de que el menor fuera legitimado por su/s adoptante/s, la misma conduce a admitir la viabilidad de la legitimación adoptiva aun cuando los legitimantes sean personas diferentes a los adoptantes. Sin embargo, es menester efectuar una diferenciación entre ambos supuestos.

70 VARELA DE MOTTA, *op. cit.* Nº 23, pág. 29. En igual sentido, v. pronunciamiento pub. en L.J.U, caso 8496: 'es necesario que la ley de legitimación adoptiva cumpla la finalidad de amparo para que fue creada y no se extienda a situaciones en las que no existe razón moral ni social que aconseje destruir el vínculo biológico que une al menor con su familia de origen'.

71 Con respecto a esta hipótesis, en el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia se admite la legitimación adoptiva de un menor abandonado cuando hubiera fallecido uno de los progenitores y la legitimación la pretendan el progenitor supérstite y su nuevo cónyuge (art. 128.2).

1. Si la legitimación la pretenden personas diferentes a los adoptantes, será menester probar el abandono culpable de éstos, mediante sentencia de pérdida de la patria potestad más en su caso, el efectivo abandono, pues, -como se subrayó- puede existir pérdida de aquella sin abandono. En este supuesto, la patria potestad no retrovierte a los padres biológicos desde que el abandono no ingresa en las hipótesis previstas por el art. 249, inc. 3º, del C.C.U. como causales de retroversión de ella. Por ende, respecto a éstos no será necesario el inicio del juicio de marras. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que en mérito a que la legitimación borra todos los vínculos con la familia biológica (los cuales seguían existiendo a pesar de la adopción), será menester probar el efectivo abandono también por parte de ésta.

Entonces, para que proceda la figura en este supuesto es menester determinar, en primer término, la pérdida de la patria potestad por parte de los adoptantes y el efectivo abandono de los mismos y en segundo lugar, el abandono de la familia biológica, ya que la legitimación adoptiva habrá de romper todo vínculo con ella.

2. En caso de que la legitimación la promuevan los adoptantes, únicamente habrá que probar el abandono efectivo por parte de la familia biológica del menor, de forma que sea susceptible romper todo vínculo jurídico a su respecto. Por supuesto que no procede probar la pérdida de la patria potestad, porque ya era ejercida por los adoptantes y no por los progenitores (art. 249, inc. 2º del C.C.U.).

III. PROCEDIMIENTO E INSCRIPCIÓN

A) Caracteres del procedimiento de legitimación adoptiva

Son competentes para entender en las cuestiones relativas a la legitimación adoptiva los Juzgados Letrados de Familia de la Capital y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior de la República (arts. 69 y 71 de la ley Nº 15.750), siendo preceptiva la intervención del Ministerio Público, en su carácter de órgano protector de la minoridad.

El procedimiento en examen se ha caracterizado doctrinariamente como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, desde que se desenvuelve ante un órgano judicial, pero sin que se verifique un litigio entre las partes: el Juez solo se limita a comprobar que se han cumplido los extremos exigidos legalmente para la configuración de la legitimación adoptiva[72].

Sin perjuicio de la 'voluntariedad' adjudicada a él se torna menester admitir que determinadas situaciones hacen que el procedimiento de legitimación adoptiva se separe, en algunos aspectos, de los rasgos caracterizantes del proceso voluntario; vgr. la sentencia que autoriza la legitimación es susceptible de adquirir la calidad de 'cosa juzgada' (art. 2º, inc. 9º de la ley matriz).

ARLAS considera que la ley Nº 10.674 si bien ha regulado el procedimiento de legitimación adoptiva como contencioso, en cuanto se habla de juicio, de sentencia, de cosa juzgada y reglamenta recursos contra el fallo, es, sin embargo, por su contenido y su función un típico proceso voluntario, pues en él no se plantea ningún conflicto de intereses, ni por consiguiente ninguna contienda. Los adoptantes obran en interés del adoptado, a quien procuran dar el estado civil de hijo legítimo y el juez limita su función a comprobar la existencia de esa voluntad. Se trata de un proceso voluntario contradictorio, ya que el legislador lo ha estructurado siguiendo una forma similar a la del procedimiento contencioso[73]. A pesar de ello, es preciso admitir que la naturaleza del procedimiento puede mutar a contencioso en caso de que ocurra contienda entre los interesados o entre éstos y terceros.

El Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia regula el procedimiento de legitimación adoptiva en su art. 130, estableciendo en sus principales aspectos:

1º) se seguirán los trámites del procedimiento voluntario, salvo que se verifique oposición, en cuyo caso el procedimiento será contencioso;

2º) el juez competente es el del domicilio de los legitimantes;

3º) los interesados que deben citarse son los padres y abuelos del menor;

72 Conviene recordar que para ARLAS, el procedimiento voluntario no integra la función jurisdiccional, pues no se plantea una contienda, ni se hace valer contra nadie una pretensión, sino que simplemente se pide la tutela de un interés que no está en conflicto con otro interés y que normalmente solo puede encontrar esa tutela a través del proceso. Por eso, el proceso voluntario integra la actividad administrativa del Estado, en el caso de la legitimación adoptiva interviniendo en la formación del estado de las personas, *op. cit.* Nº 3, pág. 12.

73 ARLAS, *op. cit.* Nº 3, págs. 14 y 15.

4º) será oído preceptivamente el Ministerio Público y el Instituto Nacional del Menor dará su opinión -previo a la sentencia- sobre las condiciones personales de los adoptantes, su estabilidad familiar y toda otra circunstancia que considere trascendente para la admisibilidad o no de la legitimación;

5º) el trámite será reservado para los terceros.

B) La sentencia que autoriza la legitimación

Es un principio jurídico unánimemente admitido que las decisiones judiciales solo provocan efectos entre quienes intervinieron en el procedimiento o tomaron conocimiento de él. Sin embargo, este principio es excepcionado -para la doctrina más autorizada- en materias vinculadas al estado civil de las personas. Se deriva ello de que el estado civil es oponible *erga omnes*, único e indivisible, en el sentido de que no es posible detentar dos estados contrapuestos. A guisa de ejemplo, como lógico corolario, desde el punto de vista registral, el menor no podría ser a la vez hijo de padres desconocidos y legitimado[74].

En lo vinculado a la legitimación adoptiva cabe entender que la sentencia que la decreta alcanza oponibilidad *'erga omnes'*, lo cual significa que el *'status filii'* aprehendido por el legitimado lo asumirá no solo frente a los legitimantes, sino ante el resto del mundo. Ello sin perjuicio de que -como se verá [*infra* III, D) y F)]- la legitimación alcanzada puede ser impugnada (vgr. por fraude).

C) Inscripción de la legitimación

La legitimación la decide la sentencia judicial pertinente, pero sus efectos -sea entre los interesados o frente a terceros- se despliegan con la inscripción respectiva (art. 3, inc. 5º, de la ley Nº 10.674). Sin embargo es menester distinguir los efectos que se producen en una doble órbita:

1º) con relación a la constitución del estado civil, en donde la inscripción tiene carácter constitutivo, no retroactivo;

2º) en lo referente a los efectos individualizatorios y filiatorios del legitimado, en que la inscripción opera en forma retroactiva, comprendiendo toda la vida del menor.

Corolario de que la inscripción es constitutiva respecto al estado civil del menor es que hasta ese momento los interesados puedan voluntariamente dejarla sin efecto, con el simple mecanismo de no llevarla a cabo[75].

Por otra parte, puede acaecer que luego de la decisión judicial pero previamente a la inscripción fallezca alguno de los interesados. En tal caso, a pesar de que no hay disposición legal que lo establezca, corresponde el nombramiento de un curador *'ad litem'* por parte del Juez interviniente, con el cometido de efectuar la inscripción pertinente[76].

Si fallece el legitimado igualmente se puede proceder por los legitimantes a la inscripción y en tal caso la legitimación beneficiará a los descendientes de aquél, si los hubiere.

D) Impugnación de la legitimación adoptiva

La sentencia que decreta la legitimación adoptiva adquiere los caracteres de inmutabilidad e imperatividad propios de la cosa juzgada[77]. Sin perjuicio de ello, la situación forjada puede sufrir variantes en caso de que la sentencia se obtenga con la utilización de medios fraudulentos. Se ingresa, en ese caso, en la órbita del *'fraude procesal'*, o más específicamente, en la *'cosa juzgada fraudulenta'*.

Siguiendo a **GELSI BIDART**, el fraude procesal 'consiste en la actividad de uno o más de los sujetos procesales tendiente a lograr a través de la actividad procesal normal, pero de manera insidiosa, maquinada

74 En materia de legitimación adoptiva la posibilidad de revisar dichas providencias entra en colisión con los efectos que se le atribuyan a las sentencias dictadas en materia de estado civil.
Al respecto, en relación a la cuestión, se han sostenido diversas posiciones, entre las cuales se destacan las más recibidas.
En los extremos es posible citar las que consideran que dichas providencias tienen los mismos efectos que cualquier otra decisión judicial, es decir, solo alcanzan a quienes han sido partes en el proceso y no perjudican a terceros ajenos al mismo (*'res inter alios iudicatae aliis non praeiudicare)* (art. 218 C.G.P.) y las que entienden que tratándose de estado civil las sentencias tienen oponibilidad *'erga omnes'*, ya que el estado civil es indivisible.
Para una teoría intermedia la sentencia adquiere eficacia *'erga omnes'* en caso de que en el proceso haya participado el *'legítimo contradictor'*, esto es, quien tiene interés en el resultado del proceso.

75 Ello sin perjuicio de las posibles reclamaciones por daños y perjuicios -principalmente daño moral- que pudiera efectuar el menor.

76 Cfme. solución patrocinada por RIVERO DE ARHANCET, *op. cit.* Nº 20, pág. 39.

77 El art. 2, inc. 9º, de la ley 10.674 permite la apelabilidad de la sentencia dictada, la cual se efectúa ante los Tribunales de Apelaciones de Familia.

y, por ende, indirecta, un daño ilícito que en definitiva se produce, en perjuicio de un sujeto pasivo que normalmente será tercero al proceso, pero que puede ser la contraparte y generalmente también el Juez, en tanto se le haga cómplice involuntario del fraude'[78].

Cabe admitir, pues, que a través del fraude procesal se logra un resultado que con una actuación correcta, ajustada a derecho, no se hubiera logrado, o aun cuando el resultado igualmente se hubiera obtenido, habría exigido una mayor actividad procesal de parte del sujeto defraudador.

El fraude procesal y su consecuencia, la cosa juzgada fraudulenta, se producen en supuestos en los que objetivamente se ha seguido el iter procedimental establecido por la ley, pero la finalidad del sujeto que instaura el proceso (sujeto activo del fraude, defraudador) no coincide con la finalidad objetiva para la cual legalmente se ha instaurado el procedimiento (primer supuesto) o a través de un acto fraudulento o insidioso se obtiene un resultado que actuando derechamente no se hubiera obtenido o en caso de obtenerlo, hubiera requerido mayor esfuerzo procesal (segundo supuesto).

En el primer caso, se utiliza el procedimiento para lograr un resultado que no es admitido por las normas sustanciales: el defraudador usa aviesamente de las formas procesales para la satisfacción de un interés personal que no es protegido por la legislación. A guisa de ejemplo, el caso del padre legítimo que ha perdido la patria potestad sobre su hijo en el extranjero y pretende legitimarlo adoptivamente en nuestro país.

En el segundo supuesto, se utiliza el mecanismo del proceso con la finalidad que objetivamente estableció la ley, pero en todos o en algunos actos procesales se actúa insidiosamente, de forma de provocar un perjuicio a un tercero. Por ejemplo, el frecuente caso en que dolosamente el actor demanda a su contraparte a través de edictos cuando efectivamente conoce su domicilio, provocando así una situación de indefensión, que impide rebatir lo demandado por aquél[79].

E) La impugnación por fraude en el C.G.P.

El Código General del Proceso ha previsto -en el art. 114- la posibilidad de anular, aun después de finalizado el proceso, los actos procesales realizados mediante dolo, fraude o colusión.

La legitimación para solicitar la nulidad fue recibida en forma amplia por el precepto, desde que pueden solicitarla todos aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión ha causado perjuicio, hayan sido partes en el proceso o ajenos a él. No puede pedirla la parte que concurrió a causar la nulidad; vgr. no pueden alegarla los legitimantes para desembarazarse de las obligaciones que les impone el rol asumido como consecuencia de la legitimación.

La consecuencia de la declaración de nulidad es la reposición de las cosas al estado anterior a los actos viciados[80].

Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la nulidad se hubiere subsanado, conforme al art. 112, ya sea porque conocido el dolo, fraude o colusión, la parte lo ha consentido o no solicita la declaración de nulidad correspondiente.

Si el proceso se halla pendiente, la anulación de los actos procesales fraudulentos puede pedirse mediante la promoción de una demanda incidental (art. 115.3). En cambio, si el proceso ha finalizado y la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada la única vía recursiva para obtener la nulidad es el recurso de revisión (arts. 281 – 292 del C.G.P.), el que se instaura ante la Suprema Corte de Justicia (art. 286) en el plazo de un año desde que la sentencia impugnada quedó ejecutoriada, salvo que el recurrente hubiera conocido o debido conocer el acto impugnado en cuyo caso el plazo es de tres meses (art. 285 parágrafos 1 y 3).

Vencidos dichos plazos, la nulidad ocasionada por el fraude procesal queda convalidada y por ende, la sentencia que la dictó se torna inimpugnable.

Pero aún en tal supuesto, en base al principio *fraus omnia corrumpit*, cabe considerar admisible una acción independiente de nulidad por cosa juzgada fraudulenta, que al aplicarse respecto a una nulidad absoluta se torna imprescriptible.

78 GELSI BIDART, *op. cit.* Nº 12, págs. 111 - 112.

79 L.J.U, T.CVI, C.12.214, pág. 122. Se admite la acción de nulidad por fraude deducida por los padres legitimantes por subsiguiente matrimonio de una menor a quienes no se les dio noticia, como interesados, de la promoción de la legitimación, no pudiendo de ese modo ejercer el contralor de los presupuestos de la acción. En el caso, los promotores de la legitimación adoptiva alegaron hechos falsos, tales como el lugar de nacimiento de la menor y el desconocimiento del domicilio de la madre, lo cual motivo el emplazamiento por edictos de los padres biológicos de aquélla; hechos, éstos, que 'aparecen como medios fraudulentos intencionales, como maquinaciones tendientes a engañar a la Justicia'.
La sentencia de primera instancia acogió la solicitud de nulidad por fraude, lo cual fue confirmado por el Tribunal de Apelaciones de Familia, disponiendo éste la restitución de las cosas al estado anterior a la demanda, lo cual trajo como consecuencia:
1º) restitución de la filiación originaria de la menor, que era la de legitimada por subsiguiente matrimonio de sus padres biológicos;
2º) ratificación de la tenencia o guarda material por parte de los legitimantes, sin perjuicio del derecho de visitas de los padres biológicos.

80 V. nota anterior.

F) Reserva de la legitimación

Del contexto normativo de la ley matriz en la materia resulta que la intención del legislador fue mantener oculta la legitimación[81], de forma que ni el menor, ni los terceros tuvieran la posibilidad de advertir que los vínculos creados devienen de una ficción y no de la procreación. A ello propenden diversas previsiones legales relacionadas principalmente a:

1º) la forma de inscripción de la legitimación adoptiva que trae como consecuencia que de la partida de nacimiento del menor no resulte que aquella existió, puesto que la inscripción se realiza como la de un hijo legítimo tanto en el acta de estado civil respectiva como en la Libreta de Organización de la Familia (art. 3, inc. 2º de la ley);

2º) la caducidad que se produce de la partida originaria del menor, la cual impide su conocimiento por quienes pretendan obtenerla (art. 3º, inc. 4º, *in fine*);

3º) la reserva absoluta impuesta para la tramitación de la legitimación, que se instrumenta a través de sanciones penales y civiles (y administrativas, aún cuando expresamente no lo dice la ley) para los funcionarios intervinientes, la posibilidad del Juzgado de denegar la exhibición del expediente y la destrucción[82] de la ficha individual del menor en caso de que fuera un pupilo del Instituto Nacional del Menor (art. 6 de la ley matriz)[83].

Sin perjuicio de ello, pueden ocurrir situaciones en que sea menester el levantamiento de la reserva en la que se envuelve la legitimación adoptiva, ya sea por iniciativa de terceros (vgr. para impedir un matrimonio incestuoso) o del propio menor (por ejemplo, por la apetencia de conocer sus progenitores). Como sostuvo **PIAGGIO SOTO**, 'si bien el artículo 6º de la ley 10.674 dispone que 'la tramitación será reservada en absoluto' y establece sanciones penales para la violación del deber de reserva, un análisis del resto del artículo y de los demás preceptos conexos de dicha ley y del resto del orden jurídico llevan a la conclusión de que en realidad dicha reserva no es absoluta sino relativa y puede levantarse en ciertos supuestos en beneficio del legitimado o cuando inciden razones de orden público'[84].

En efecto, existen diversos argumentos para sustentar que en ciertos casos la reserva de la legitimación adoptiva pretendida por la ley debe ceder frente realidades personales o patrimoniales. A saber, principalmente:

a) en caso de que el legitimado pretenda contraer matrimonio violando los impedimentos previstos por los numerales 4º y 5º del art. 91 del C.C.U. (art. 3º, inc. 5º de la ley);

b) cuando el menor tenga derechos cuya titularidad se acredite mediante documentos públicos o privados, en cuyo caso el Juez dispondrá que el Actuario inserte una nota con el cambio de nombre del titular (art. 7);

c) en supuestos en que existan aperturas legales de sucesiones en la familia biológica del menor anteriores a la legitimación adoptiva y el legitimado deba intervenir en ellas en su calidad de heredero;

d) cuando existan reclamaciones judiciales anteriores a la legitimación, en que el menor actúe como actor; vgr. por daño moral por el fallecimiento de los padres biológicos, o en caso de reclamaciones contra el menor, basadas en actos o hechos anteriores a la legitimación, de las cuales deban responder sus progenitores (art. 1324 del C.C.U.) y no los legitimantes;

e) en caso de que el legitimado en ejercicio del derecho a conocer el origen biológico solicite que cese la reserva del procedimiento realizado (art. 72 de la Constitución nacional);

f) en todas aquellas hipótesis en que se inicia un procedimiento judicial tendiente a lograr la caída de la legitimidad de que disfruta el menor y sea preciso probar que ella no se asienta en la procreación, sino en la volición, habiéndose cumplido el trámite de legitimación adoptiva. Es lo que sucede, por ejem-

81 La reserva de la legitimación adoptiva opera en dos órbitas. En primer término, respecto a su propia existencia frente al menor, la que cesa simplemente por la comunicación de la legitimidad no biológica que posee. En segundo lugar, en relación a los antecedentes biológicos del legitimado. En estos casos, la reserva es susceptible de cesar cuando los legitimantes conozcan a los progenitores y noticien sus identidades al menor o, como se verá, mediante la decisión judicial que autorice la exhibición del expediente de legitimación. Sin embargo, en ciertas circunstancias el conocimiento de la identidad de los progenitores se torna imposible, vgr. si se trató de un menor expósito.

82 En realidad no hay destrucción de la ficha individual por parte del I.NA.ME, sino archivo con reserva de exhibición. Tal conducta aun cuando contraría el texto legal debe reputarse positiva, ya que dicha ficha puede ser de utilidad en caso de que sea menester averiguar quienes fueron los progenitores del menor en los casos en que procede el relevo de la reserva de los procedimientos.

83 En concordancia con ello, la ley Nº 16.699, de 25 de abril de 1995 estableció como una excepción al principio de publicidad establecido en el art. 7º del C.G.P. a los procesos referidos a legitimación adoptiva.

84 PIAGGIO SOTO, vista fiscal pub. en R.U.D.F. Nº 4, *op. cit.* Nº 17, págs. 25 y 26. En el caso, se trató de un legitimado oligofrénico que asumió inconductas reiteradas que culminaron con su procesamiento penal y al cual los psiquiatras aconsejaron que conociera a su familia biológica para intentar su recuperación, por lo que se solicitó la exhibición del expediente en el que se tramitó la legitimación. El órgano judicial, basándose en la vista referida, autorizó la consulta del mismo.

plo, si quien carece de vocación hereditaria por la presencia del legitimado pretende abatir la legitimidad de aquél, aduciendo la inexistencia de relación biológica con la madre, apoyándose en el art. 224 del C.C.U. [*supra* I, J)];

g) en el supuesto de que se haya logrado la legitimación adoptiva asumiendo conductas fraudulentas y los progenitores pretendan impugnarla[85].

Surge de lo expuesto, entonces, que la reserva establecida legalmente no es absoluta, ya que el Juzgado podrá autorizar la exhibición del expediente.

En el Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia, el art. 130.3 instituye la reserva parcial del procedimiento, en razón de que solo se prevé respecto a los terceros, pero no frente al legitimado, que tendrá derecho a acceder al expediente y a sus antecedentes cuando alcance la edad de doce años.

IV. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN ADOPTIVA

La legitimación adoptiva no se perfecciona simplemente con la ejecutoriedad del fallo judicial que la autoriza, sino que demanda –y es el momento en que principia a desplegar sus efectos- que el testimonio de la sentencia que admitió su procedencia se inscriba en el Registro de Estado Civil, mediante el labrado de una partida de nacimiento, en la cual el legitimado va a figurar como hijo legítimo inscripto fuera de término –según ordena el inc. 1º del art. 3º de la ley matiz-.

La figura en análisis, una vez perfeccionada, despliega efectos únicamente para el futuro, *ex tunc* [*supra* III, C)], dado que carece de efecto retroactivo. Por cierto, la inscripción de la legitimación tiene carácter constitutivo del estado civil de hijo legítimo y a partir de ella es que caducan los vínculos con su familia biológica (inc. 5º del art. 3º) y arrancan sus derechos y obligaciones en la familia legitimante (art. 4º).

Decretada la legitimación adoptiva e inscripta en el Registro de Estado Civil, posee efecto legitimante respecto a la persona del menor, por cuanto constituye el estado civil de hijo legítimo.

Es este el efecto fundamental del instituto y de él se derivan importantes consecuencias:

1º) los legitimantes tienen respecto a los legitimados los mismos derechos y obligaciones que los padres legítimos, desde que la ley los considera tales, con prescindencia de la existencia de un vínculo biológico;

2º) el legitimado se inserta plena e irrevocablemente (art. 3º, inc. final[86]) en la familia legitimante (adquiere un nuevo *status familiae*), por lo que pasa a ser nieto de los padres de los legitimantes, sobrino de los hermanos de éstos, etc. En virtud de ello, desaparecen los derechos y obligaciones que el menor pudiera tener en su familia biológica y surgen *ex novo* en la familia de los legitimantes (vgr. según las circunstancias, será acreedor o deudor de alimentos en su nueva familia);

3º) la legitimación arrastra a los descendientes del legitimado, si los hubiere, a la familia legitimante; por ende, entre otras relaciones parentales, los hijos del legitimado pasarán a ser nietos de los legitimantes, en virtud de lo cual será menester una nueva extensión de las correspondientes partidas de nacimiento y matrimonio[87];

4º) cesan todos los lazos de carácter personal entre el legitimado y su familia biológica, salvo el impedimento dirimente de parentesco previsto por el art. 91 ordinales 4º y 5º;

5º) no cesan, sin embargo, ciertos vínculos de carácter patrimonial engendrados antes de la legitimación; vgr. derechos hereditarios que el legitimado pudiera detentar en su familia biológica en sucesiones cuyas aperturas legales tuvieron lugar antes de la inscripción de la legitimación[88];

85 L.J.U, T. CIV, C. 11.928, pág. 87. Se logró una legitimación adoptiva con la presentación de un certificado negativo de inscripción cuando en realidad la menor se hallaba inscripta como hija natural.
El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno dispuso que se debe proporcionar información a los interesados a efectos de que éstos puedan identificar a los legitimantes a efectos de intentar la impugnación de la legitimación.

86 La norma aclara que la legitimación es irrevocable aun cuando posteriormente nazcan hijos legítimos. Dicha indicación resulta innecesaria, desde que la circunstancia de tener hijos legítimos no es óbice, en nuestro Derecho, para la procedencia del instituto.

87 Estimo que debe arribarse a esa conclusión a pesar de la ausencia de preceptos que atribuyan solución expresa a la cuestión. En efecto, si tal corolario no se recibe, se produce una de estas dos consecuencias: o bien se borra todo vínculo entre el legitimado y sus descendientes, los cuales se mantienen en la familia biológica de aquél, o bien, se retienen los vínculos entre el legitimado y quienes de él descienden, y la legitimación deja de ser reservada. VAZ FERREIRA parece asumir la posición contraria al sostener que 'los que caducan son los vínculos 'de filiación anterior': no todos los vínculos de familia. Aunque el texto no sea muy claro, entendemos que si el menor legitimado tiene hijos antes de la legitimación, su vínculo de parentesco con tales hijos no se rompe (como tampoco su vínculo matrimonial) ni desaparece la recíproca calidad de legitimario: al hablar de los vínculos de filiación anterior, la ley ha querido referirse a los que ligaban al legitimado con sus padres y a los que de tales vínculos derivaban', *op. cit.* Nº 25, pág. 31.

88 Cesan para el futuro, a vía de ejemplo, los deberes alimentarios de los que fuera sujeto pasivo la familia biológica del menor; en cambio, se mantiene, aun decretada la legitimación, la posibilidad de cobro respecto a las obligaciones alimenticias anteriores que no se hayan efectivizado en la oportunidad correspondiente.

6º) el legitimado adquiere la calidad de heredero forzoso en la sucesión de los legitimantes y reflectivamente pierde esa calidad en su familia biológica. **VAZ FERREIRA** afirma que tiene asegurada en la familia legitimante el carácter de legitimario de sus padres y por representación en la sucesión de los abuelos o ascendientes más remotos, y recíprocamente, los padres legitimantes y sus ascendientes pueden llegar a tener la calidad de herederos forzosos en la sucesión del legitimado[89];

7º) se modifica el apellido del legitimado (y de sus descendientes, si los hubiera), en razón de que adquiere el apellido de los legitimantes y pierde totalmente su apellido originario[90] [91].

[89] VAZ FERREIRA, *op. cit.* Nº 25, pág. 30. Agrega el autor que como la legitimación no tiene efecto retroactivo, sí durante el trámite fallece, por ejemplo, el padre legitimante, ello no impide la legitimación, porque la viuda puede efectuarla cuando la guarda o tenencia del menor hubiera comenzado durante el matrimonio, pero en tal caso, no teniendo el legitimado todavía tal calidad, no es heredero legitimario (ni heredero llamado a suceder por las reglas de la sucesión intestada). La legitimación se consuma en el momento en que, con el testimonio de la sentencia ejecutoriada que autoriza la legitimación, la parte solicitante efectúa la inscripción del menor en el Registro de Estado Civil, como hijo legítimo inscripto fuera de término (art. 3º); tal inscripción marca el momento preciso en que el legitimado adquiere la calidad de heredero forzoso (así como el derecho a heredar en la sucesión intestada) respecto a sus padres o ascendientes de origen, págs. 30 – 31.

[90] En general, también se admite por la jurisprudencia que se varíe el nombre de pila del menor por aquél con el cual es conocido en la familia legitimante; v. A.D.C.U, T. XVIII, ficha 627, pág. 109; T. XX, ficha 418, pág. 114.

[91] Sin perjuicio de ello, cabe admitir, sobre todo tratándose de legitimados de cierta edad, la posibilidad de que el legitimado opte -a través de la vía judicial- por no mutar la identificación por la cual es conocido en su vida de relación.
Sostener lo contrario, ameritaría desconocer el derecho a la individualidad del legitimado.

BIBLIOGRAFÍA

Índice alfabético de autores

(Se citan los autores consultados, aun cuando no aparezcan citados expresamente en el texto).

1. ALONSO DIEZ, Alberto, *Los conceptos jurídicos de abandono en materia de menores*, R.U.D.F. Nº 12, sec. Doct, págs. 95 – 121.

2. AREZO PIRIZ, Enrique, *Algunas reflexiones en torno a la ley 15.210*, Revista de Jurisprudencia y Doctrina. vol. 2. 1982. págs. 79 – 96.

3. ARLAS, José, *El proceso voluntario*, L.J.U, T. XXXV, sec. Doct, págs. 7 – 18.

4. BAGDASSARIAN, Dora, *La adopción simple y algunos de sus aspectos*, R.U.D.F. Nº 3, sec. Doct, págs. 70 – 80.

5. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de derecho de Familia*, Ed. Astrea, Bs. As, 1986.

6. CASAS, Asdrúbal, *Legitimación adoptiva*, L.J.U, T. XVIII, sec. Doct, págs. 41 - 51.

7. CESTAU, Saúl, *Derecho de Familia y Familia*, vol. II, FCU, 1979, especialmente págs. 187 - 221.

8. CHARNY Hugo, DE BENEDETTI, Wesley, *Voz 'Adopción'*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. I, págs. 496 – 518.

9. FERRANDO DE CALVO, Zulema, *La Legitimación adoptiva y el abandono*, A.D.C.U, T. X, sec. Doct, págs. 202 y ss.

10. GALARREGUI DIAZ, María Eloísa, *Titularidad de la patria potestad en nuestro Derecho Positivo*, L.J.U, T. XLIX, sec. Doct, págs. 15 - 31.

11. GATTI, Hugo, *Legitimación adoptiva*, en 'Estudios sobre Derecho de Familia', CED, 1964, págs. 245 - 290.

12. GELSI BIDART, Adolfo, *Noción de fraude procesal*, en R.D.J.A, T. 68, Nos. 4 y 5, págs. 99 - 112.

13. LE BALLE, Robert, *La legitimación adoptiva en el derecho comparado: franco-belga-uruguayo*, en Jornadas de Derecho Comparado, Publicación del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Mdeo, 1955.

14. MORAES DE REAL DE AZUA, Laraine, *La adopción simple y la legitimación adoptiva en el Derecho Comparado*, presentado en VI Jornada Notarial del Cono Sur, 1990, pub. por la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.

15. PARGA LISTA, Roberto, *Legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 4, Jurisprudencia anotada, págs. 15 - 24.

16. PARGA LISTA, Roberto, *La adopción simple no es obstáculo para la posterior legitimación adoptiva*. R.U.D.F. Nº 11, Jurisprudencia anotada, págs. 31 - 33.

17. PIAGGIO SOTO, Eduardo, *Vista fiscal*, pub. en R.U.D.F. Nº 4, págs. 25 - 26.

18. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 4, Jurisprudencia anotada, págs. 25 - 31.

19. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, R.U.D.F. Nº 8, sec. Doctrina, pág. 117 - 131.

20. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, L.J.U, T. LXI, sec. Doct, págs. 33 - 47.

21. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva*, Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho, vol. 3, Nº 7, año 1992, págs. 45 - 52.

22. RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Legitimación adoptiva y adopción*, F.C.U, 1981.

23. VARELA DE MOTTA, María Inés, *Reforma al régimen jurídico de la legitimación adoptiva (ley 16.108, de 4 de abril de 1990)*, en *Reformas al C.C.U*, F.C.U, 1991

24. VARELA DE MOTTA, María Inés, *Capacidad de la madre soltera menor de edad en el Derecho de Familia uruguayo*, R.U.D.F. Nº 10, sec. Doct, págs. 59 - 64.

25. VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. II, vol. II, F.C.U, 1993.

VALORACION DE LA MARCA

JOSÉ LUIS OLIVERA GARCÍA
Profesor de Finanzas de Empresa. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de la República
Profesor de Finanzas de Empresa en cursos de grado,
Universidad de Montevideo, y en Programas de Postgrado, IEEM
Coordinador de la carrera de Contador Público,
Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas. Universidad de Montevideo

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA MARCA Y EL CAPITAL INTELECTUAL. III. VALORES CONTABLES Y VALORES DE MERCADO. IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN. A) Métodos basados en el balance (valor patrimonial). B) Métodos basados en los rendimientos futuros. C) Métodos relativos o basados en múltiplos. D) Métodos mixtos o basados en el valor llave. E) Métodos basados en el descuento de flujos de fondos. V. APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS MÉTODOS A LA VALORACIÓN DE LA MARCA. A) Métodos que comparan el valor de mercado de las acciones de una empresa con su valor de libros. B) Métodos que consideran el valor de reposición de la marca .C) Métodos que comparan el valor de una empresa con marca y el valor de una sin marca. 1. Valor presente del mayor precio pagado por el producto con marca. 2. Valor presente del mayor valor debido al producto con marca.3. Valor presente del mayor valor debido al producto con marca menos gastos e inversiones diferenciales. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El tema de valoración de las marcas ha ocupado desde hace un tiempo el tratamiento en los ámbitos económico-financieros y se ha trasladado frecuentemente al área jurídica cuando se ha requerido realizar transacciones o dirimir controversias vinculadas a las marcas.

En el presente trabajo nuestra intención es presentar las distintas posiciones que se han desarrollado sobre el tema tanto en la teoría como en su aplicación práctica, tratando de determinar aproximaciones razonables a la valoración de las marcas que poseen las empresas.

Los estudios realizados hasta el presente señalan la dificultad de poder separar claramente el valor de la marca dentro de lo que se ha dado en llamar "el valor del capital intelectual" de la empresa.

No obstante, apoyados en la metodología empleada para la valoración de las empresas, se han desarrollado diversos enfoques que permiten estimar con mayor o menor grado de confiabilidad el valor de una marca.

Comenzaremos nuestro trabajo comentando los conceptos de marca y de capital intelectual, mostrando la interrelación que existe entre ellos y los efectos que esta situación genera en la valoración en forma independiente de ambos conceptos. Veremos en este sentido las limitaciones que presenta la contabilidad financiera tradicional para suministrarnos elementos que apoyen nuestro análisis.

Posteriormente, y dado que los criterios que se emplean para la valoración de las marcas provienen de la metodología utilizada en el área de finanzas para la valoración de empresas, presentaremos cuáles son los distintos métodos desarrollados, estableciendo los aspectos favorables y desfavorables de cada uno y destacando aquellos que parecen más adecuados para hallar el valor de la empresa.

Finalmente veremos en forma específica cuáles son los métodos que se pueden emplear para la valoración de las marcas, y cuáles son entre ellos los que gozan de mayor aceptación.

Pese al grado de avance que la teoría financiera ha tenido sobre este tema en los últimos tiempos conviene señalar que la mayoría de las aproximaciones desarrolladas siguen presentando algunas limitaciones que obligarán a profundizar de futuro los estudios en esta materia.

II. LA MARCA Y EL CAPITAL INTELECTUAL

"*Se entiende por marca todo signo con aptitud para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de los de otra.*" (Artículo 1° Ley 17.011).

La definición de marca establecida por la normativa legal es clara y concreta. Estaremos enfrentados a la presencia de una marca toda vez que existan signos asociados a nuestros productos o servicios que permitan diferenciarlos de los de nuestros competidores.

Desde una visión más cuantitativa, podemos pensar en la marca como un valor adicional de un producto respecto a los productos competidores, que se refleja en mayores volúmenes de venta o mejores márgenes que los que obtendría en el caso de carecer de marca.

Para el profesor David Aaker[1] el valor de una marca "*...constituye un grupo de fortalezas o activos como el reconocimiento de la marca, la lealtad de clientes, la calidad percibida y asociaciones ..... que se vinculan a la marca (su nombre y su símbolo) e incorporan (o disminuyen) valor al producto o servicio ofrecido*".

No obstante, en la actividad normal de las empresas es a veces difícil separar en términos económicos el valor de una marca de otros recursos intangibles que posee la empresa y que componen el denominado capital intelectual. Asimismo, tampoco es unánime la posición de los distintos autores respecto a los límites precisos entre los componentes de este capital intelectual.

Si nos guiamos por lo que proponen los autores L. Edvinsson y M. Malone[2], el concepto de capital intelectual se asocia al estudio de las raíces del valor de la empresa, es decir a una serie de factores dinámicos de naturaleza intangible que no surgen específicamente de la información financiera que brinda la contabilidad. Estos autores plantean que el capital intelectual se conforma por el capital humano y el capital estructural.

El capital humano lo definen como la combinación de conocimientos, habilidades, inventiva y capacidad que poseen los empleados individuales de la empresa para llevar a cabo sus tareas. Este capital es más volátil y no se puede negociar, ya que la empresa no es propietaria del mismo.

Por su parte, el otro componente del capital intelectual, el capital estructural, es definido como el conjunto de equipos, programas, bases de datos, estructura organizacional, patentes, marcas de fábrica y en general todo lo que forma parte de la capacidad organizacional de la empresa. Este capital incluye asimismo el llamado capital clientela, o sea las relaciones desarrolladas con los clientes. El capital estructural tiene características de mayor estabilidad, puede ser propiedad de la empresa y por tanto se puede negociar.

Según Edvinsson y Malone es función de la dirección de la empresa transformar el capital humano en capital estructural para agregar vigor en la organización.

Por consiguiente, podemos concluir que en toda empresa encontraremos además de los activos tangibles (cuentas a cobrar, stocks de mercaderías, edificios, maquinarias, etc.) una serie de activos intangibles que representan su capital intelectual. Una parte de estos activos intangibles corresponden a sus marcas.

En las siguientes secciones de este trabajo desarrollaremos los distintos planteos que se han realizado buscando asignarle valores a las marcas y otros activos intangibles. En la medida que los valores que se obtengan estén sustentados en criterios razonables y adecuados, los agentes económicos podrán disponer de una referencia clara para una eficiente asignación de sus recursos así como para fijar un precio en una negociación concreta.

III. VALORES CONTABLES Y VALORES DE MERCADO

Cuando iniciamos nuestra búsqueda de elementos para determinar el valor del capital intelectual, de sus distintos componentes y en particular de las marcas, nuestra primera referencia es la información contable de la empresa. Nuestra pregunta ante esta situación será ¿puede la contabilidad tradicional de la empresa suministrarnos los valores que necesitamos?

1 D. Aaker. Gestión del valor de la marca. Capitalizar el valor de la marca, Ediciones Díaz de Santos S.A., Madrid, 1994.

2 L. Edvinsson - M. Malone. El Capital Intelectual, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1999.

Para responder a esta interrogante debemos tener presentes los principios que rigen la elaboración de la información contable[3]. Entre ellos cabe mencionar:

- Principio de prudencia: que permite contabilizar únicamente los beneficios realizados en el ejercicio económico, en tanto los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales deben ser contabilizados tan pronto sean conocidos
- Principio de correlación de ingresos y gastos: que establece que el resultado de un ejercicio estará constituido por los ingresos de dicho período menos los gastos del mismo realizados para la obtención de aquéllos
- Principio del precio de adquisición: según el cual como norma general, todos los bienes y derechos se contabilizarán por su precio de adquisición o costo de producción. Las rectificaciones a este principio se autorizarán sólo por excepción.

Estos principios llevan a que la contabilidad se limite a registrar solamente las transacciones u operaciones que se han efectuado y a los valores que las mismas se han concretado, sin considerar cómo inciden estas acciones en el valor de la empresa. Esta situación lleva, en forma permanente, a una distorsión entre los valores contables de la empresa y sus valores de mercado. En especial, salvo contadas excepciones, la contabilidad no refleja los valores de los activos intangibles.

Dada la mecánica que aplica la contabilidad solamente hallaremos en los registros contables el valor de una marca, por citar un caso, si existió una transacción por la cual dicha marca fue adquirida. Además en el caso de que así fuera, el valor que presentará la marca será el de su precio de adquisición el cual no tiene por qué coincidir con lo que el mercado estaría dispuesto a pagar por ella en ese momento.

Todos estos factores han llevado a que la mayoría de los autores que abordan estos temas reconozcan que la contabilidad tradicional resulta inadecuada para reflejar la creación de valor en las empresas. En este sentido vale destacar la profundidad de los trabajos presentados a la última Conferencia Interamericana de Contabilidad celebrada el año pasado en nuestro país[4].

Ante la ausencia de soluciones contables, el problema se ha trasladado al área de Finanzas, la que ha procurado proveer de una metodología que nos permita calcular el valor que se le asigne a cada uno de los componentes del capital estructural y en particular a las marcas.

Los estudios teóricos y sus posteriores aplicaciones en el campo real han planteado distintos enfoques que se apoyan en los procedimientos que se emplean para valuar a las empresas. Por consiguiente, desarrollaremos a continuación los métodos de valoración de empresas comúnmente empleados, para pasar luego a analizar el tratamiento particular para valuar los activos intangibles.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN

El desarrollo de métodos aplicados al cálculo del valor de la empresa en su conjunto, así como de sus distintas divisiones, ha tenido su evolución en el tiempo comenzando por enfoques más simples y estáticos y evolucionando hacia desarrollos más dinámicos y complexivos.

Veremos a continuación de una manera resumida cuáles han sido las principales metodologías utilizadas para la valoración de empresas.

A) Métodos basados en el balance (valor patrimonial)

Estos métodos se apoyan en la información contable y establecen que el valor de la empresa corresponderá al que surge del valor de su patrimonio o recursos propios a partir de su balance.

Si adoptamos una aproximación contable del patrimonio, su valor surge del balance o estado de situación patrimonial que es uno de los estados financieros que resume y clasifica la información contable de la empresa. El balance muestra a una determinada fecha el valor contable del activo (bienes y derechos), del pasivo (obligaciones) y del patrimonio (recursos aportados por los propietarios), siendo este último la diferencia entre el activo y el pasivo.

[3] F. Pereira, E. Ballarín, J. M. Rosanas y J. C. Vázquez-Dodero. Contabilidad para dirección, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2000.

[4] Ver sobre este tema los trabajos presentados en la XXIV Conferencia Interamericana de Contabilidad, Uruguay, 2001 sobre el tema Capital Intelectual:

- C. Amaral, N. Mendiburu y B. Gili, «El Capital Intelectual. Análisis crítico en el marco de las nuevas necesidades de información para los usuarios de información financiera».
- R. Vázquez y c. Bongianino, «Los Intangibles y la Información Contable».
- M. Biondi, «Insuficiencia de la Teoría Contable Normativa ante la demanda de información de los mercados financieros. Los Recursos Humanos y el Capital Intelectual».

Su planteo sería el siguiente:

Patrimonio = Activo - Pasivo

Sin lugar a dudas la aplicación de este criterio como forma de valorar una empresa presenta la ventaja de su sencillez de cálculo, pero es normalmente criticado por ser una visión estática, de empresa en liquidación, que no considera la evolución futura de los negocios.

Otro aspecto que se cuestiona en la utilización de este valor contable, y que ya fuera mencionado anteriormente, es que al regirse la contabilidad por principios contables generalmente aceptados, entre los cuales el principio de prudencia es fundamental, los valores contables difieren en la mayoría de los casos de los valores de mercado.

Por consiguiente, el método de apoyarse en los valores contables no resulta muy idóneo para reflejar el real valor de una empresa.

Procurando evitar esta última limitación se ha propuesto utilizar **el valor contable del patrimonio ajustado a valores de mercado** para estimar el valor de la empresa. Esta metodología consiste en reformular el balance sustituyendo los valores contables de los activos y pasivos por el valor a que se comercializan (compran o venden) en el mercado.

Es un criterio que considera especialmente el valor de reposición de las distintas partidas en su mismo estado actual y no un valor de liquidación por cese de actividades.

La diferencia entre los activos y pasivos ajustados a valores de mercado es el valor del patrimonio ajustado a valores de mercado.

Este criterio, si bien corrige la limitación que presentan los valores contables en cuanto a su alejamiento de los precios de mercado, mantiene las otras observaciones antes mencionadas. Al ser un enfoque estático, no considera la generación de recursos que provendrá de la actividad futura de la empresa, lo cual incide sin duda en la apreciación de la misma. Dos empresas con idénticos valores de mercado de sus activos y pasivos, pero que comercialicen productos con distinto potencial de crecimiento de sus ventas y beneficios tendrán sin duda valores patrimoniales distintos. Pensemos tan sólo si un inversor pagaría el mismo precio por las acciones de estas dos empresas.

Por consiguiente las limitaciones anteriormente expuestas reducen la validez de estos métodos.

B) Métodos basados en los rendimientos futuros

Ante las críticas recibidas por los métodos que utilizan el valor patrimonial (contable o de mercado) para calcular el valor de una empresa, han surgido otros métodos cuyo enfoque se concentra en las proyecciones que se realicen de la generación futura de recursos.

Estos métodos trabajan con las proyecciones futuras de los beneficios o de los dividendos y las descuentan considerando el concepto de valor tiempo del dinero.

Supongamos por ejemplo que queremos aplicar el método de descuento de los dividendos y que nos encontramos ante una empresa que proyecta distribuir todos los años un dividendo de 1 millón de unidades monetarias. Estos dividendos son la parte de los beneficios que se entregan efectivamente al accionista y que constituyen según este criterio la forma de estimar el valor que tiene la empresa.

Como los dividendos se irán percibiendo en distintos momentos en el futuro, ellos tienen hoy un valor distinto para el accionista. Evidentemente, tendrán mayor valor aquellos dividendos que estén más próximos y menor valor los más lejanos.

La forma de calcular el valor presente de los dividendos es descontar los mismos a la tasa de rentabilidad que los accionistas exijan para esta inversión.

Continuando con nuestro ejemplo, si suponemos que la tasa de rentabilidad exigida por los accionistas es del 20% y que los dividendos se pagarán durante 10 años, podemos calcular el valor presente de los dividendos de la siguiente manera:

Valor presente del dividendo del año 1 = 1.000.000 / (1+0,20)	= 833.333
Valor presente del dividendo del año 2 = 1.000.000 / (1+0,20)2	= 694.444
.	
.	
Valor presente del dividendo del año 10 = 1.000.000 / (1+0,20)10	= 161.506

Valor presente de la suma de los dividendos de los 10 años	4.192.472

De acuerdo a este enfoque el valor de la empresa considerando un dividendo anual de un millón de unidades monetarias durante 10 años y que la tasa de rentabilidad exigida fuera del 20% es de 4.192.472

unidades monetarias. Estaría implícito en este razonamiento el concepto de que al cabo de los 10 años las acciones no tendrían ningún valor de mercado.

Si se entiende que los dividendos continuarán por un período más extenso que los 10 años, sin tener un horizonte final definido, es común aplicar la forma de cálculo de una renta perpetua donde el valor de la empresa para el accionista sería el dividendo constante dividido por la tasa de rentabilidad exigida.

De esta manera tendríamos:

Valor de la empresa = 1.000.000 / 0,20 = 5.000.000 unidades monetarias

El mismo tipo de cálculo se podría realizar sobre los beneficios, si se entendiera que son éstos los que inciden finalmente en la determinación del valor de la empresa.

Estos métodos basados en el descuento de los dividendos o de los beneficios aportan una visión dinámica, de empresa en marcha, y consideran que el aspecto que más le interesa a los accionistas es el futuro de la empresa. No obstante, ninguna de las alternativas consideradas (dividendos o beneficios) nos muestra la totalidad de recursos que generará la empresa a través del tiempo. Como veremos más adelante este tipo de métodos serán superados por los que manejan el descuento de los flujos de fondos.

C) Métodos relativos o basados en múltiplos

Estos métodos se aproximan al valor de la empresa mediante el empleo de relaciones que se han dado en empresas comparables o en transacciones comparables. Se determina el valor aplicando un coeficiente (múltiplo) sobre el valor de sus ventas, beneficios o flujos de caja.

En la aplicación de este método resulta fundamental que los múltiplos surjan de situaciones que sean realmente comparables con la que quiero analizar.

En nuestro país es costumbre utilizar por ejemplo la cifra de ventas multiplicada por un cierto coeficiente para valorar empresas que desarrollan actividades comerciales como las estaciones de servicio o farmacias. En otros países con mayor disponibilidad de información el uso de los métodos relativos es más amplio y frecuente, cubriendo otros tipos de actividades.

Según Ricardo Pascale[5] "*Es claro que estos valores referenciales surgidos por la tradición y la costumbre tienen presente, en forma consciente o no, la rentabilidad que se espera obtener de la inversión. El tiempo fue demostrando que esas formas prácticas de operar cumplían con los rendimientos esperados. En la medida en que no fue así, las relaciones han cambiado*".

D) Métodos mixtos o basados en el valor llave

El valor llave es, en general, el valor que tiene la empresa por encima de su valor contable o valor contable ajustado a valores de mercado.

El valor llave, denominado también fondo de comercio o goodwill pretende representar, según el profesor Pablo Fernández[6], "*el valor de los elementos inmateriales de la empresa, que muchas veces no aparece reflejado en el balance pero en cambio aporta una ventaja respecto a otras empresas del sector (calidad de la cartera de clientes, liderazgo sectorial, marcas, alianzas estratégicas, etc.) y es por tanto un valor a añadir al activo neto si se quiere efectuar una valoración correcta. El problema surge al tratar de calcular su valor, ya que no existe una unanimidad metodológica para su cálculo*".

Tal como lo expone el Prof. Fernández se han propuesto distintas formas de calcular el valor llave. En algunos casos se aplican criterios de tipo relativo, siendo el valor llave un porcentaje de la facturación o un número de veces la cifra de beneficio neto.

En otros casos el valor llave se obtiene hallando el valor presente de los "sobrebeneficios" que generará la empresa. Estos sobrebeneficios los definen E. Santandreu y P. Santandreu[7] como "*...la capacidad de la empresa de conseguir una tasa de rentabilidad superior que la considerada como normal o media en el mercado de valores o sector, teniendo en cuenta el factor riesgo...*".

Por consiguiente, estos métodos combinan el cálculo del patrimonio a partir del balance (método estático) con la estimación de un fondo de comercio o valor llave que toma en cuenta los beneficios que generará la actividad futura de la empresa.

5 R. Pascale, Decisiones Financieras, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1998.
6 P. Fernández, Valoración de Empresas, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1999.
7 E. Santandreu y P. Santandreu, Valoración, Venta y Adquisición de Empresas, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1998.

Estos métodos, de frecuente uso en nuestro medio, levantan parcialmente las críticas que suscitaban los enfoques basados en valores contables, aunque no en forma total ya que los mantienen incorporados en su cálculo.

Según veremos a continuación, los métodos que aplican descuento de los flujos de caja son técnicamente los más aceptados.

E) Métodos basados en el descuento de flujos de fondos

La determinación del valor se realiza según estos criterios a través de los flujos de fondos. Estos flujos surgen de la diferencia entre cobros y pagos que se proyectan para el futuro.

Según la mayoría de los autores, es innegable la utilidad de disponer de la cifra de resultados que surge de la contabilidad, pero hasta que esos beneficios no se transformen en dinero en efectivo no estarán contribuyendo a la creación de valor en la organización.[8]

Ni el balance ni el estado de resultados de una empresa pueden aportar la información necesaria para calcular el valor de la misma. Esto se debe por un lado a que si bien la contabilidad se guía por principios generalmente aceptados, está brindando una opinión sobre la situación económica y financiera de una empresa pero teñida de un cierto subjetivismo. Los criterios adoptados contablemente en cuanto a la vida útil de los bienes de activo fijo y su ritmo de depreciación, a la forma de costear las salidas de inventario de bienes de cambio (FIFO, LIFO, promedio), la forma de amortizar los gastos de puesta en marcha, etc. inciden en el mayor o menor beneficio que tendrá la empresa. En contraposición a esta visión surge la de los flujos de caja que no generan dos posibles interpretaciones sino que su valor debe ser único.

Adicionalmente, si se pretende hallar el valor de la empresa para los accionistas a partir de los recursos que quedan disponibles para ellos, el criterio técnicamente correcto es trabajar con los flujos de caja. No resulta adecuado basarse en los beneficios ya que no constituyen necesariamente recursos disponibles para los accionistas, ni con los dividendos que responden a decisiones sobre la disposición de los beneficios adoptadas por la asamblea de accionistas y representan sólo una parte de los fondos generados.

Por consiguiente, existe consenso a nivel de la teoría financiera en que la mejor forma de valuar los recursos propios será a partir del descuento de los flujos de fondos futuros disponibles para los accionistas, a una tasa adecuada que contemple el riesgo asociado a la entidad que se analiza. En algunos casos esta tasa se refiere como el costo de oportunidad, es decir aquella tasa que se deja de obtener en la mejor inversión alternativa de riesgo similar.[9]

La forma de calcular el flujo de fondos disponible para el accionista será la siguiente:

Beneficio neto
\+ Depreciaciones y amortizaciones
\- Inversiones en bienes de uso y capital de trabajo
\- Pagos de deuda
\+ Nueva deuda

Flujo de fondos disponible para el accionista

Las estimaciones de estos flujos de fondos se realizará por lo que se considere un período de tiempo razonable (por ejemplo 10 años) según las características de la empresa.

Al final del período de tiempo proyectado debemos estimar cuál será el valor de la empresa en ese momento. Una alternativa normalmente aplicada es considerar un valor de continuidad que puede surgir de tomar el flujo de fondos vigente a esa fecha y suponer que esa cifra se mantendrá constante a futuro. Financieramente esto constituye una renta perpetua y su valor surge de la siguiente expresión:

$$V_n = FF_n / k$$

Siendo:
V_n = Valor de la empresa (recursos propios) al final del año n
FF_n = Flujo de fondos vigente en el momento n
k = Tasa de rentabilidad exigida por el accionista

8 Ver T. Copeland, T. Koller y J. Murrin, Valuation, John Wiley & Sons, USA, 1998.
9 Op. Cit. R. Pascale.

El valor de los recursos propios o patrimonio se obtendrá descontando los flujos de fondos disponibles para los accionistas (incluido Vn) a la tasa de rentabilidad exigida por esos accionistas.

V. APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS MÉTODOS A LA VALORACIÓN DE LA MARCA

El tema de valoración de la marca se ve inmerso en los desarrollos planteados anteriormente vinculados a la valoración de empresas, no escapando por consiguiente a las discusiones que se generan en cuanto a la metodología más apropiada a aplicar.

En la actualidad innumerables estudios se han realizado generando un vasto material que busca aproximarse al tema desde distintos enfoques. Asimismo, distintas firmas como Interbrand y Houlihan Valuation Advisors elaboran en forma permanente informes sobre el valor de las marcas de empresas de los más variados sectores.

Si agrupamos la información disponible, podemos clasificar los principales métodos aplicados para la valoración de marcas de la siguiente manera:

- Los que comparan el valor de mercado con el valor de libros
- Los que consideran el valor de reposición de la marca
- Los que comparan el valor de una empresa con marca y el de una empresa sin marca

Nos dedicaremos a continuación a comentar algunos aspectos de estos distintos métodos.

A) Métodos que comparan el valor de mercado de las acciones de una empresa con su valor de libros

Estos métodos recurren a calcular la diferencia entre el valor de mercado y el valor de libros de las acciones como forma de hallar el valor de la marca de la empresa. Su aplicación resulta más sencilla en aquellos casos en que existen mercados de capitales que operan fluidamente y donde las acciones de la empresa cotizan de manera permanente.

En las situaciones en que no contamos con cotización bursátil de las acciones de la empresa que estamos analizando, se puede calcular el valor de mercado de las acciones mediante la aplicación de los llamados métodos relativos, que trasladan relaciones de empresas comparables a aquella que se está analizando. (Ver Sección 3.3). Las relaciones de uso más común son las que vinculan el valor de mercado de la empresa con las ventas o el valor de mercado de la empresa con los beneficios.

El empleo de estos métodos relativos tendrá connotaciones diferentes según el sector y las características de la empresa de que se trate.

De esta forma si aplicáramos por ejemplo la relación Valor de mercado/Beneficios y dispusiéramos de información de una empresa comparable cuyo valor de mercado es de 1.000 y sus beneficios son de 125, obtendríamos un coeficiente de 8 (1000/125). Este coeficiente de 8 multiplicado por el nivel de beneficios de la empresa que queremos analizar nos proporcionaría una estimación de su valor de mercado.

No obstante, aún suponiendo que pudiéramos llegar a calcular el valor de mercado de la empresa y hallar luego la diferencia entre este valor y el valor de libros, nos vemos enfrentados a dos limitaciones:

a) La primera limitación es que la diferencia antes expuesta nos estaría dando el valor del total del capital intelectual en la definición de Edvinsson y Malone o el valor del fondo de comercio según Pablo Fernández y no solamente el de uno de sus componentes como lo es la marca.

Tratando de solucionar esta dificultad se ha establecido una variante a este método considerando que el valor de la marca surge de la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y el valor contable, y deduciéndole posteriormente el valor de los demás componentes del capital intelectual que no se relacionen con la marca. No obstante, se traslada ahora el problema a poder calcular el valor que tienen los otros componentes del capital intelectual que no conforman la marca.

b) La segunda limitación que presenta este método se ubica en que estamos asumiendo que el valor dado por el mercado a la empresa es un valor razonable y adecuado. Esta hipótesis es posible que se cumpla cuando actuamos en mercados en los que el nivel de información que manejan los inversores permite una gestión eficiente por parte de ellos. Desafortunadamente la realidad nos demuestra que esta premisa muchas veces no se cumple.

Como vemos, los métodos que comparan el valor de mercado con el valor de libros para hallar el valor de la marca tienen una serie de limitaciones que relativizan sus resultados. Entre ellas quizás la más importan-

te es que habiendo llegado al valor del capital intelectual no nos brindan un procedimiento claro para distinguir luego cuál es el valor de la marca.

B) Métodos que consideran el valor de reposición de la marca

La perspectiva en estos enfoques es tratar de aislar los costos asociados al desarrollo de una marca.

Su análisis puede realizarse tanto desde una perspectiva histórica como con un enfoque proyectado.

En el caso de la perspectiva histórica se busca aislar los costos incurridos en el pasado por concepto de marketing y promoción para desarrollar la marca y posteriormente actualizarlos hallando su valor presente. La base de cálculo se apoya en los gastos ya incurridos cuyos valores son brindados por la información contable.

En el caso de manejarse con las proyecciones futuras de la empresa la metodología propone estimar qué gastos de marketing y promoción sería necesario realizar en los próximos años para desarrollar una marca de las características de la que se posee actualmente. Una vez identificados estos gastos, se hallaría su valor actual mediante el procedimiento de descuento obteniendo de esta manera el valor de la marca.

Ambos enfoques, el histórico y el proyectado presentan la limitación de que estamos calculando el valor de reposición de los gastos de creación y desarrollo de la marca, pero el resultado de este cálculo no necesariamente coincide con el valor de mercado de la marca. Es más, una marca que ha impulsado un buen nivel de ventas de un producto y que presenta un claro potencial de mantener importantes crecimientos futuros tiene sin lugar a dudas un valor superior a los gastos en que se incurrió para generarla.

La aplicación de este criterio tiene similitudes importantes con el método de valoración de empresas basado en el valor contable visto en 3.1 y está sujeto a las mismas críticas en cuanto a su visión estática y no incorporar los efectos futuros en los resultados.

C) Métodos que comparan el valor de una empresa con marca y el valor de una sin marca

Estos métodos buscan calcular el valor de la marca comparando dos empresas que venden un producto similar pero con distinto nivel de identificación entre sus clientes. Una de ellas posee una marca reconocida para su producto (la cual queremos valuar), mientras que la otra empresa vende un producto de tipo genérico o sin marca.

El procedimiento comienza por hallar el valor patrimonial de ambas empresas aplicando el método de descuento de flujo de fondos visto en la sección 3.5. Se deben por consiguiente estimar hacia el futuro los flujos de fondos disponibles para los accionistas de ambas empresas y descontarlos a la tasa de rendimiento requerida según el riesgo asociado a la empresa. Como resultado de estos cálculos podremos obtener una aproximación al valor presente del patrimonio de cada una de las empresas.

Llegados a esta etapa este método presenta distintas opciones para continuar los cálculos:

1. Valor presente del mayor precio pagado por el producto con marca

En esta opción el valor de la marca surge de realizar los siguientes pasos:

i) calcular la diferencia entre la relación del valor del patrimonio y ventas para ambos productos, y

ii) multiplicar esa diferencia por el nivel de ventas del producto con marca.

En i) al obtener la diferencia entre los coeficientes Valor de patrimonio/Ventas, se entiende que se ha podido aislar el premio en el precio que obtiene el producto con marca.

Los cálculos serían los siguientes:

Valor del patrimonio/Ventas	Empresa de Producto con marca
Menos: Valor del patrimonio/Ventas	Empresa de Producto sin marca
---	
Diferencia	
X Ventas del producto con marca	

Valor de la marca	

Por consiguiente esta opción considera que el efecto de la marca es poder comercializar un producto a mayor precio que otro de tipo genérico o sin marca. No existe entonces ninguna diferencia en los volúmenes físicos que se venden. Los efectos positivos de la marca se verán reflejados solamente en el mayor precio a que se pueda vender el producto.

Si bien este procedimiento es una aproximación al valor de la marca, se establecen algunas observaciones al mismo:

a) Pueden existir algunas dificultades en la estimación de los flujos de fondos futuros de ambas empresas ya que será necesario proyectar el ritmo de crecimiento de las ventas, el nivel de inversiones que realizarán, la evolución de su endeudamiento, etc., lo cual generalmente no es una tarea fácil. Si bien puedo disponer de la información necesaria en la empresa que analizo, no será tan sencillo acceder a la misma información de la empresa (sin marca) competidora.
b) Se mantiene el cuestionamiento de si el valor de la marca que hallamos no incluye además el valor de otros componentes del llamado capital intelectual que se reflejan en el valor obtenido para la empresa
c) No se toma en cuenta el mayor nivel de gastos en que se incurrió en la empresa que vende un producto con marca para poder desarrollar dicha marca
d) Se asume que el nivel de ventas en unidades físicas de la empresa que posee un producto con marca es igual que el de la otra empresa que vende un producto genérico, y que la diferencia está dada solamente en los precios

Tratando de levantar la observación establecida en d) se ha estudiado la opción que se expone a continuación.

2. *Valor presente del mayor valor debido al producto con marca*

Para esta opción, ya habiendo calculado el valor patrimonial de cada empresa se lo divide por la cifra de ventas en unidades monetarias de cada una y luego se lo multiplica por el nivel de ventas (también en unidades monetarias) ya sea del producto con marca o sin marca según el caso. El desarrollo de los cálculos es el siguiente:

(Valor del patrimonio/Ventas) x Ventas del Producto con marca	**Emp. con marca**
Menos:	
(Valor del patrimonio/Ventas) x Ventas del Producto sin marca	**Emp. sin marca**
Diferencia = Valor de la marca	

En este planteo se contempla que la empresa que explota una marca no sólo tiene diferencias en precio con la empresa sin marca, sino que además sus volúmenes de ventas pueden ser distintos.

Si bien se mantienen las restantes observaciones planteadas en 4.3.1, se entiende que teóricamente resulta más correcta esta formulación.

3. *Valor presente del mayor valor debido al producto con marca menos gastos e inversiones diferenciales*

Para evitar la observación planteada en la sección 4.3.1 literal c) se establece deducir al cálculo realizado precedentemente el valor presente de los gastos e inversiones diferenciales necesarios para el desarrollo de la marca. En este caso el valor de la marca surgiría de la siguiente forma:

	(Valor del patrimonio/Ventas) x Ventas del Producto con marca
Menos:	(Valor del patrimonio/Ventas) x Ventas del Producto sin marca
Menos:	Valor presente de los gastos e inversiones diferenciales para el desarrollo de la marca
	Diferencia = Valor de la marca

Desde un punto de vista conceptual este método resultaría más correcto, aunque de todas formas presenta sus dificultades en definir confiablemente los valores diferenciales que se incluirían en su cálculo.

VI. CONCLUSIONES

Entre las ideas finales que es importante tener presentes destacamos las siguientes:

- La existencia de activos intangibles y en particular de marcas es un hecho en la actualidad muy frecuente en las empresas e incide sustancialmente en la creación de valor. Estudios realizados para un gran número de empresas demuestran que el valor de los activos intangibles es muy superior al que presentan los activos tangibles, tomados éstos ya sea a valores contables o a valores de mercado.
- La información que suministra la contabilidad tradicional no resulta adecuada para determinar el valor de los activos intangibles. Los principios generalmente aceptados por la contabilidad implican

importantes limitaciones que llevan a que en la mayoría de los casos los activos intangibles no figuren en los registros contables.

- Los métodos desarrollados para la valoración en general de los activos intangibles (capital intelectual o valor llave) son objeto de variadas críticas. No obstante, entre todos los métodos analizados, aquéllos que aplican el descuento de los flujos de fondos proyectados son los que gozan de mayor aceptación.
- Una vez hallado el valor del capital intelectual existen, en muchas de las opciones manejadas, serias dificultades para diferenciar qué parte de este valor le corresponderá a la marca.
- Finalmente, el tema de valoración de la marca se encuentra todavía en un proceso de desarrollo y es objeto de estudios y ponencias en los más diversos ámbitos. Es de esperar que en los próximos años sigamos recibiendo nuevos aportes académicos, para ir avanzando en cuanto a la profundidad y el esclarecimiento de estos temas.

LA RELACIÓN JURÍDICA DE SEGURIDAD SOCIAL

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO
Profesor de Derecho Laboral, Universidad de la República
Profesor de Seguridad Social, Universidad de la República
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. SISTEMA JURÍDICO. II. CONCELTO DE RELACIÓN JURÍDICA. III. LA INCLUSIÓN COMO SITUACIÓN JURÍDICA. A) ¿La inclusión es ya una relación jurídica? B) La inclusión en el Derecho uruguayo. IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN. V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA. VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN. VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL. VIII. CONEXIÓN ENTRE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL.

Referirse a la Seguridad Social sin agregado alguno es propio de economistas, sociólogos y políticos. En cambio si nos referimos al Derecho de la Seguridad Social aludimos clara y exclusivamente a un enfoque jurídico de la materia. Para efectuarlo, el concepto de relación jurídica de seguridad social es un instrumento central y como tal, objeto primario de estudio.

Conviene subrayar la importancia de un enfoque jurídico de las obligaciones y derechos, y de encararlas de acuerdo a la técnica habitual en otros campos y con la terminología adecuada, cosa que no suele cuidarse por las normas legales en el Derecho de la Seguridad Social. Se trata pues de jurisdizar esta área pero no para introducir innecesarios obstáculos sino precisamente para lo contrario. El esfuerzo que se ponga en el rigor terminológico, será bien recompensado luego, porque el primer paso para resolver los problemas es plantearlos bien. Poniendo cuidado en el uso de los términos, se sabrán distinguir mejor los conceptos y habrá más claridad para encontrar las soluciones[1].

Para Almansa Pastor la relación jurídica de seguridad social "debe concebirse como relación principal y compleja entre el Estado y el sujeto protegido, que engloba e integra en su contenido otras relaciones simples, subordinadas e instrumentales de afiliación, cotización y prestaciones" [2].

[1] El término «juridicidad» de un conjunto de normas puede usarse para señalar que determinada área está reconocida por el ordenamiento jurídico como verdadera rama del Derecho. Américo PLA RODRÍGUEZ, (*La juridicidad del Derecho del trabajo* en rev. Derecho laboral, t. XXVII, n.136, p.677) considera que en relación al Derecho laboral resulta perogrullesco fundar que es derecho y sin embargo sale al paso de cierto descrédito que para algunos tiene, llamando la atención sobre la jerarquía que, del punto de vista jurídico, posee el Derecho laboral. Aquí no dudamos que el Derecho de la Seguridad Social forma parte del ordenamiento jurídico. Juridizar la Seguridad Social es simplemente considerarla desde una perspectiva jurídica. Darle juridicidad no significa aportar nada nuevo en su esencia pero sí en la perspectiva para encararlo buscando que el Derecho de la Seguridad Social sea técnicamente más preciso.
Juan P. CAJARVILLE PELUFO usa el término «juridicidad» para significar existencia jurídica y no como sinónimo de «legitimidad», sentido en que también es a veces utilizado (*Invalidez de los actos administrativos en la ley N. 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho,* Montevideo 1984, pág. 12). En el sentido mencionado, el acto administrativo adquiere juridicidad cuando, por contar con los distintos elementos que lo forman o constituyen, nace a la vida jurídica. Los elementos del acto administrativo se vinculan con su perfeccionamiento, su incorporación al orden jurídico.

[2] ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª. ed., Madrid 1991, pág. 117. Véase de manera especial el capítulo V.

I. SISTEMA JURÍDICO

Esa relación engloba e integra a otras accesorias y entre todas conforman un sistema. El concepto de sistema jurídico de seguridad social alude al conjunto de varias relaciones jurídicas conectadas entre sí y ordenadas por un determinado objetivo: la protección de necesidades sociales.

De manera especial enfoca la conexión de las tres siguientes:

- Relación jurídica de *Afiliación,*
- Relación jurídica de *cotización,*
- Relación jurídica de *prestación,* que es el núcleo del sistema y puede ser considerada la relación jurídica previsional.

La relación jurídica asistencial es una subespecie de la relación de prestación.

Pueden enumerarse además de las anteriores, otras relaciones que vinculan entidades y ya no sujetos individuales, como:

- Relación jurídica entre el Estado y la entidad o entidades gestoras del sistema, incluyendo en Uruguay no sólo el Banco de Previsión Social como ente autónomo con su recaudación propia pero que depende financieramente de los ingresos que le provienen de rentas generales. También de esta clase es la relación del Estado con otras entidades que intervienen en el sistema de seguridad social (cajas paraestatales, administradoras de fondos de ahorro previsional -AFAP-, etc...)
- Relación jurídica entre las diversas entidades: Banco de Previsión Social con AFAPs, AFAPs con empresas de seguros, Banco de Previsión Social con instituciones de asistencia médica colectiva, etc...

Podemos presentar lo anterior en forma de tabla que nos servirá además de guía para el resto del estudio.

		Sujetos	Objeto	Normas uruguayas
1	Relación jurídica de **prestación**	Beneficiarios y Entidad gestora	Prestación	Beneficios de pasividad y actividad
2	Relación jurídica de **afiliación** Distinta del alta Diferente de la inclusión (Ley 12.138 de 13.X.54: cuatro elementos)	Afiliado y afiliante Diferente de sujeto protegido	Acto administrativo de afiliación (Historia laboral)	Decreto 40/998 Ley 16.190 de
3	Relación jurídica de **cotización**	Sujeto pasivo y recaudador	CESS	Ley 16.713, título IX
	Relación jurídica asistencial	Los mismos que en la primera	No existe la conexión que la primera tiene con la segunda y tercera	
	Relación jurídica entre el Estado y las entidades de gestión			
	Vínculos jurídicos entre diferentes entidades que integran el sistema.			

Como se advierte, estamos frente a una estructura de naturaleza compleja pero que presta gran utilidad para enfocar jurídicamente la materia. Vamos a considerar de manera especial las tres primeras, que son el triángulo central del sistema. Las demás presentan también aspectos jurídicos relevantes que merecen un estudio particular y cuyas patologías podrían ser asimismo objeto de un contencioso de seguridad social específico.

En efecto, del análisis de las diversas situaciones así como de la combinación entre ellas, se ve la necesidad de una jurisdicción especializada para todas estas relaciones jurídicas, dejando de lado la distribución actual de la competencia fragmentada entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Tribuna-

les de Apelaciones en lo Civil y los juzgados letrados de primera instancia en lo civil y en lo contencioso administrativo en su caso[3].

II. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA

Para COUTURE la relación jurídica es "el vínculo que la norma de derecho establece entre el sujeto a quien concretamente se asigna el poder y el sujeto a quien se impone el deber" [4].

Por su parte afirma Giorgio DEL VECCHIO que la norma jurídica pone siempre en relación varias personas, de las cuales a una le corresponde una facultad, y la otra tiene una obligación correlativa. En esto consiste la relación jurídica, que puede definirse como *el vínculo entre varias personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada*[5]. De manera que, en el plano objetivo, es toda relación social disciplinada por el derecho y en el plano subjetivo, el vínculo entre dos o más individuos dotados de obligatoriedad.

Más modernas son las definiciones de Manuel ALBALADEJO[6] para quien "*relación jurídica es aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico*". Y agrega el autor español, que la relación tiene su origen en un hecho jurídico y engloba o puede englobar un conjunto, una trama de poderes, facultades, deberes, etc. que corresponden a las personas que en ella intervienen.

Es similar a la definición de Federico DE CASTRO, quien la considera como "*la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico*" [7].

Desde ya podemos apreciar que el principio ordenador es, en el caso de la relación jurídica de seguridad social, el principio de solidaridad, ya que es objetivo primordial del orden jurídico en este campo, procurar el apoyo recíproco entre los individuos.

No debe confundirse relación jurídica con negocio jurídico. Este último, que es acto jurídico bilateral, constituye una relación jurídica obligacional, pero es especie dentro de un género. Quedan otras posibles fuentes de relaciones jurídicas.

Respecto de la obligación y la relación jurídica cabe citar la definición de la primera que nos aportan tres autores argentinos[8] "*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación*".

Y agregan estos autores que "*La relación jurídica obligacional es una de las varias relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana (por ej. relaciones jurídicas reales, de familia, etc.)*". Se elige esa expresión y no de la situación jurídica porque denota adecuadamente la conexión de los sujetos activo y pasivo de la obligación.

"En la relación jurídica -con mucha nitidez, por lo menos, en la relación jurídica obligacional- se advierten, en situación bipolar, un *deber jurídico y un derecho subjetivo*. Aquél implica la sujeción a determinada conducta y éste la facultad o poder del sujeto activo"[9].

La relación jurídica tiene una estructura:

Personas o sujetos. Uno activo y otro pasivo. El primero cuenta con un derecho subjetivo. El segundo está vinculado por un deber jurídico.

Objeto o materia social sobre la que versa la relación.

Contenido: constituido por la masa de poderes, facultades, deberes, etc. que la relación encierra. Pueden ser de igualdad, preeminencia o subordinación.

III. LA INCLUSIÓN

Para ser precisos, en este campo es necesario distinguir los conceptos de inclusión (ámbito subjetivo), afiliación (acto de incorporación) y protección (sujetos protegidos).

3 GIGLIO, Wagner G., *Execucao das contribuicoes previdenciarias - Lei n. 10.035/2000* en rev. LTr, junio 2001, p. 647, se pronuncia en contra de que la justicia laboral sea competente en los juicios para obtener la recaudación de aportes.

4 *Vocabulario jurídico*, Depalma, 5ta. Reimpresión, 1993, pág. 515.

5 *Filosofía del derecho*, y LUIS RECASENS SICHES. *Estudios de Filosofía del Derecho*, t. I México 1946, p. 313 y ss y 387 y ss (en este último sitio reseña la posición de Kelsen al respecto).

6 *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, t. I, vol. II, 14a. Ed., Barcelona 1996, pág. 9.

7 *Derecho civil de España*, Parte general, I, 3ª.ed. Madrid 1955, pág. 616.

8 Atilio Aníbal ALTERINI, Oscar José AMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA: *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 2da. ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

9 ALTERINI y otros, cit. pág. 21.

Inclusión: es el efecto causado por una norma -generalmente legal- que declara cierta actividad dentro del sistema: quienes se desempeñan en ella están comprendidos en el régimen y por tanto obligados a afiliarse. Se produce de pleno derecho cuando se desempeña la actividad prevista por la norma dentro de ciertas condiciones y sin registración previa. Los incluidos serán generalmente los amparados, pero no siempre.

Afiliación: es el acto de inscribirse o registrarse dentro del sistema. El individuo o en su caso el empleador, está obligado a declararse tal y disponerse a generar una relación jurídica de seguridad social. Puede producirse de oficio[10].

Protección: es el estado en que se encuentran los que actualizaron su derecho a percibir las prestaciones. Los sujetos protegidos, o amparados, pueden ser terceros que no estén comprendidos en una relación jurídica de afiliación o cotización pero con los cuales exista sí, una relación jurídica de protección[11]. Esta nace de la conexión con un sujeto incluido. Donde se ve mejor la diferencia entre el concepto de incluido y el de protegido es en el campo de las prestaciones familiares. Otro ejemplo que muestra la diferencia es el beneficiario de pensión que resulta causada por un incluido en el sistema, con el cual aquel tiene lazos familiares. Y otro más todavía, es el de la renta servida al causahabiente de un fallecido por accidente de trabajo.

En este apartado veremos la inclusión, en el siguiente la afiliación y el restante cuando encaremos la relación jurídica prestacional o asistencial.

A) ¿La inclusión es ya una relación jurídica?

La ley identifica ciertas situaciones de hecho para otorgarles consecuencias jurídicas. De ese modo, en la norma que dispone la inclusión a la seguridad social hay una situación de vida preexistente, que el derecho toma como supuesto. El acaecimiento de la situación de hecho descrita, configura el supuesto de la inclusión. Quien realiza determinada actividad queda incluido en el sistema. El efecto de la inclusión, que se produce por llevar a cabo tal actividad, es el deber jurídico de afiliación.

Según se vio, inclusión en la seguridad social y afiliación a la misma, son dos cosas diversas. La doctrina española considera como relación jurídica sólo a la afiliación[12]. Sin embargo podríamos preguntarnos si la inclusión en el sistema no es ya en sí misma una relación jurídica. A favor de esta posición se puede advertir que se dan los diversos elementos de la relación:

Sujetos: persona incluida y entidad gestora del sistema;

Objeto: inserción en el sistema que le concederá protección, satisfacción de necesidades sociales;

Contenido: obligación impuesta a un particular de afiliarse (trabar una Relación de afiliación) y de cotizar (Relación jurídica contributiva).

Pero ¿existe ya un sujeto activo y un sujeto pasivo?. Si la respuesta es afirmativa también es cierto que habría ya una relación jurídica en el momento que el supuesto de hecho considerado por la ley se produzca.

Se puede afirmar en contra que hay un deber jurídico de afiliarse por el sujeto pasivo pero no hay un derecho subjetivo de nadie para hacerlo exigible. La entidad gestora no tiene un derecho subjetivo a que el incluido se afilie. Tiene una situación jurídica activa diversa, análoga a las demás en las que el Estado debe exigir que los particulares cumplan las obligaciones establecidas en forma imperativa[13].

Téngase en cuenta que las relaciones jurídicas originan derechos subjetivos a favor de las personas que en ellas intervienen. No es el caso aquí, donde hay un deber jurídico de particulares pero no hay un derecho subjetivo de alguien para hacerlo exigible.

La entidad gestora puede controlar que el obligado a afiliarse, porque su actividad está incluida, lo haga. Pero el que esté incluido o no, es resorte de la ley. No hay una relación jurídica porque no hay un sujeto activo, sólo un obligado por la ley a afiliarse en virtud de desempeñar una actividad con inclusión en el sistema de seguridad social.

La inclusión no es pues una relación jurídica, y debe ser considerada una situación jurídica propia del derecho público. Aquella persona que configura el hecho previsto por la ley para ser incluido, tiene en su momento el deber jurídico de afiliarse y cotizar.

El hecho que está en la base de la inclusión es por eso un hecho jurídico. En cambio, en la base de las demás relaciones jurídicas que conforman el sistema, -afiliación, cotización, prestación- hay actos jurídicos.

10 Cfr. De los Campos, Hugo, *Manual de Derecho Jubilatorio y Pensionario*, F.C.U. Montevideo 1990. pág. 19.

11 Al respecto v. Pla Rodriguez, Américo, *Personas protegidas, asegurados y beneficiarios*, en Estudios de la Seguridad Social, F.C.U., Montevideo 1999, pag. 341.

12 Cfr. Almansa Pastor, cit. pág. 260 y ss.

13 V. Luis Raul *Rossi Baetghen: Introducción al estudio de las situaciones jurídicas*, F.C.U, Montevideo 1998, pág. 33.

Así por ejemplo, la afiliación es un acto administrativo mediante el cual la entidad de seguridad social reconoce la condición de incluida en el sistema de seguridad social a la persona física que por primera vez realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo.

Sea como sea -situación jurídica o relación-, corresponde de todos modos tratar la inclusión antes que la relación jurídica de afiliación. Y ello porque ésta última depende de que aquella exista.

B) La inclusión en el Derecho uruguayo

En el régimen uruguayo la llamada ley de actividades lícitas establece la inclusión jubilatoria residual a la entonces Caja de Jubilaciones de Industria y Comercio, de toda aquella actividad que no estuviera comprendida antes en otro organismo.

Existió un proceso de inclusión progresiva que terminó con la mencionada ley que llevó el nº 12.138 del 13 de octubre de 1954. Esta norma incluyó en la Caja de Industria y Comercio, al resto de las actividades remuneradas que hasta esa fecha no habían sido incluidas por ley especial en ningún organismo jubilatorio. En 1957, con la ley n° 12.380 del 12 de febrero se agregan dos elementos: que se trate de tareas desempeñadas en forma habitual o profesional; y que constituya para el trabajador su principal medio de subsistencia.

De manera que se establecen cuatro elementos o características que debe reunir el trabajo:

- Licitud,
- Carácter remunerado,
- Profesionalidad,
- Medio principal de subsistencia.

Pero el proceso de sucesivas incorporaciones no llegó a un alcance general para todo trabajo. Se requiere la presencia simultánea de las cuatro características mencionadas.

La primera de ellas deviene de la aplicación del artículo 10 de la Constitución de la República, que indica que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe. Mientras que no exista prohibición legal de trabajar en algo, se trabajará en algo lícito.

La segunda, excluye el trabajo benévolo o familiar. Por trabajo benévolo se entiende en Derecho laboral aquella actividad prestada por motivaciones altruistas como pueden ser las religiosas, filantrópicas, sindicales, ideológicas, políticas, etc. En esos casos no existe una motivación onerosa a la hora de desarrollar una tarea. La persona se mueve por razones diversas a las habituales de quien presta un servicio con fin de obtener una retribución. No quiere decir que se excluya íntegramente toda ventaja económica, o toda posibilidad de que lo económico esté subyacente o implícito, o que se trate de actividades en donde no se maneje dinero, o medios económicos. Se pueden recibir donaciones de diferente especie pero eso nunca colocará a quien presta el servicio en una dependencia respecto del donante.

La tercera característica sirve para señalar que sólo está comprendido en el sistema público de seguridad social el trabajo profesional y habitual. Con esta exigencia la ley de actividades lícitas excluye a las relaciones no durables[14]. Eso deja al margen de los sujetos protegidos a los trabajadores eventuales.

Finalmente, por la cuarta característica se requiere que la actividad constituya el medio de subsistencia de la persona que la realiza. Cabe preguntarse si esta nota se refiere al mayor ingreso o a un ingreso esencial para subsistir. Podría tratarse de un funcionario que tiene su medio de vida en el ejercicio de la profesión pero que de tanto en tanto vende un cuadro con suceso, y obtiene una importante retribución; tendría dos profesiones lícitas pero solamente una de ellas es la principal.

* La inclusión se realiza por el ejercicio de un trabajo. La mayor parte de los incluidos y por tanto de quienes tienen obligación de afiliarse, son trabajadores dependientes o subordinados. Si quien desempeña la actividad no es subordinado tiene un régimen diferente.

Para señalar cuando estamos frente a un trabajador a efectos previsionales, la existencia en su vínculo de las notas de subordinación y ajenidad son criterios determinantes. En la legislación española hay una preferencia expresa en el uso del término "trabajadores por cuenta ajena", sobre "trabajadores subordinados".[15] Ello tiene origen en una ley de accidentes de trabajo. Pero en Seguridad Social no hay una definición expresa de trabajador: el concepto lo suministra el Derecho Laboral.

[14] Por otro lado no son contratos de trabajo en la posición de PLÁ RODRÍGUEZ que exige la durabilidad como un elemento típico, *Curso de Derecho Laboral*, tomo II, vol. I.

[15] ALMANSA, cit. pág. 134.

En virtud de estas normas sobre inclusión, queda al margen según quedó dicho, el *trabajo benévolo*, por ejemplo el de los religiosos[16]. Lo propio ocurre con el trabajo familiar, aunque para el cónyuge colaborador existen ciertas regulaciones específicas.

En el caso de los *profesionales universitarios* existe una inclusión específica por la ley 12.597 del 28 de noviembre de 1961. Tenerlo presente es indispensable antes de considerar si frente a un vínculo que importe prestación de servicios con ellos, estamos o no frente a un hecho generador que da lugar a una relación de cotización con otra. El análisis de la inclusión es lógicamente previo al examen de esta última. Si no queda encuadrada la actividad en una Caja, no podrá analizarse si estamos o no frente a un hecho generador y a materia gravada.

Por citar sólo otro de los ejemplos posibles, cabe mencionar a quienes se desempeñan en *zonas francas*. La ley 15.921 de 17 de diciembre de 1987, art. 20 inc. 2, admite que cuando el personal extranjero que trabaje en zona franca exprese por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de seguridad social vigente en la República, no tendrá obligación de realizar los aportes correspondientes.

El régimen vigente para trabajadores *extranjeros* fue recordado por el Banco de Previsión Social en un comunicado de prensa publicado en los diarios de la capital el 13.V.95[17]. Existen otras normas que configuran la situación jubilatoria según razones de nacionalidad incluyendo exigencias de índole migratoria y documental[18].

IV. RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACION

Consiste en una obligación del particular con la administración legalmente impuesta. En realidad son tres los *sujetos*: afiliante, afiliado y entidad gestora.

El *objeto* es el acto administrativo de afiliación.

El *contenido* son los derechos, intereses y deberes de tal afiliación

Consiste en una relación preliminar, e instrumental de la relación jurídica previsional[19]. Si bien lo es, se trata de la primera relación jurídica que se produce. Vincula al individuo con el sistema de Seguridad Social de un país concreto. Se trata de una obligación jurídica del individuo y/o del empresario (según el caso), que deriva del simple hecho de encontrarse inserto en la esfera de aplicación de las leyes de Seguridad Social de ese determinado país y que establece el deber de darse de alta y/o afiliarse y cotizar a ese sistema de protección social. Esta primera situación jurídica es la que ocasiona la pertenencia o entrada en la esfera de protección del sistema de Seguridad Social de los estados y sin la cual, la protección no se materializa si se produce algún riesgo.[20]

Según se ha visto antes, encarar la relación jurídica de afiliación no es lo mismo que tratar del *ámbito subjetivo* de aplicación del régimen, o de los *sujetos protegidos* por el mismo.

En el derecho uruguayo, el artículo 2 de la ley 16.190 de 20 de junio de 1991 puso a cargo de los empleadores la obligación de solicitar la afiliación de sus trabajadores dependientes que no registren incorporación previa,

16 V. al respecto De los Campos, cit., pág. 33.

17 Lo transcribimos aquí:

1- Los trabajadores extranjeros residentes en el país tienen el derecho y la obligación de afiliarse al sistema de Seguridad Social.
   1.1- La prohibición en cuanto a que las empresas no podrán tomar a su servicio extranjeros indocumentados, no libera a las mismas de las obligaciones tributarias que como contribuyentes y agentes de retención la ley les impone.
   1.2- El no cumplimiento de tales deberes así como las transgresiones y ocultamientos que puedan producirse determinarán la aplicación de las sanciones que el ordenamiento vigente establece.
2 El Banco de Previsión Social no está habilitado a dar trámite a ninguna solicitud o gestión de reconocimiento de servicios o de concesión de las prestaciones a su cargo sin que se acredite previamente la obtención de la Cédula de Identidad.
   2.1- Sin perjuicio de lo expuesto, se recibirán y tramitarán las denuncias que los trabajadores extranjeros indocumentados puedan presentar, no obstante lo cual el Banco no podrá proceder al pago de las sumas o porcentajes sobre las multas que en definitiva pueden corresponder mientras no se obtenga la regularización de su residencia.
3 Quedan exceptuados de lo precedentemente establecido:
   a- Los representantes diplomáticos y consulares debidamente acreditados ante el Gobierno de la República, los representantes y los funcionarios de los organismos internacionales, y los familiares de unos y otros cuando sean extranjeros
   b- Los trabajadores que al amparo de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por la República se acojan al régimen de traslado temporario, quienes continuarán vinculados a los regímenes de Seguridad Social de sus respectivos países por un período determinado.
   c- El personal extranjero que trabaje en zonas francas cuando expresen por escrito su deseo de no beneficiarse del sistema de Seguridad Social vigente en la República.

18 Decretos 28.II.947, y 441/001 del 13 de noviembre de 2001. Puede mencionarse también el art. 5 del decreto 392/980. En relación a la cédula de identidad la ley 14.768 del 23 de marzo de 1978, de manera especial su artículo 20, que la exige para dar curso a jubilaciones.

19 Persiani, cit. p. 72.

20 Cfr. Sagardoy & abogados: *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona 2002, pág.60.

así como comunicar el alta o la baja para los casos de los trabajadores que registren afiliación al sistema, dentro de los plazos que fije la reglamentación.

El decreto 40/998 de 11 de febrero de 1998 dictó las normas reglamentarias para la afiliación, altas y bajas de los trabajadores dependientes. En su Resultando I expresa que "la afiliación es el acto por el que se establece el vínculo jurídico entre el trabajador y el Banco de Previsión Social que cubre las contingencias sociales amparadas por el sistema; el alta es el acto por el cual dicha institución toma conocimiento que el trabajador desempeña una actividad incluida en el amparo; y la baja es el correspondiente cese de esa actividad".

V. RELACIÓN JURÍDICA DE COTIZACIÓN O RELACIÓN CONTRIBUTIVA

Constituye la base de lo que puede llamarse el Derecho tributario de la seguridad social.[21]

Vincula a *sujetos* pasivos del tributo y entidades perceptoras. Estas no necesariamente serán las gestoras del sistema, ya que podrían ser recaudadoras de tributos en general.

El *objeto* es la contribución especial de seguridad social. En España se habla de cuota y en otros países se usa también el término cotización para esta prestación en dinero. Su naturaleza jurídica, como una especie dentro del género de los tributos, no está en discusión en Uruguay.[22]

Hay un **hecho generador** del tributo que es el desempeño de determinada actividad, cuya inclusión en el sistema, ha sido declarada por ley. Generalmente se trata de trabajo dependiente, aunque no en forma exclusiva.

A partir de la realización de esa actividad por alguna persona, surge la obligación tributaria apoyada en determinada **materia imponible**, que suele ser el salario percibido -aunque no siempre lo es-, sobre el cual se aplica una alícuota o porcentaje de aportación.

El sujeto pasivo, o en su caso el agente de retención, debe inscribirse en la entidad perceptora[23]. No se debe confundir este registro con la afiliación del individuo. Se trata aquí de inscribir a la empresa o en su caso, al cotizante, que puede no ser empresa.

* Debe subrayarse que el hecho generador es el desarrollo de una actividad laboral. Hay que cuidar pues de distinguir "trabajo" como hecho generador, de "salario" como materia imponible. Ocurre que ese hecho generador puede tener según algunos, ciertas condiciones para perfeccionarse. ¿Se trata del "trabajo" a secas, o del "trabajo remunerado"?

El artículo 148 de la ley 16.713 recoge la segunda alternativa cuando establece bajo el nomen juris Principio de actividad, el concepto de hecho generador, y afirma que "*las contribuciones especiales de seguridad social destinadas al Banco de Previsión Social, se generarán por el desarrollo de actividad personal remunerada de cualquier naturaleza, comprendida en el ámbito de afiliación del citado Banco*".

Se ha discutido entre nosotros acerca de si el salario como materia imponible será el devengado o el percibido.[24] Si se adopta el criterio de lo percibido, se está señalado una condición necesaria para perfeccionar el hecho generador: la existencia de una actividad laboral que haya traído consigo el pago del salario correspondiente.

Se sigue por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo el criterio de lo realmente percibido como materia imponible, no de lo devengado. Así lo expresó en ocasión de un asunto donde la entidad previsional exigió el pago de aportes por aguinaldo de un funcionario de alta jerarquía que no lo percibía efectivamente.[25] Si así fuera, la conexión con el Derecho laboral, tan importante a la hora de organizar el sistema, se quiebra puesto que, así como en el contrato de trabajo, habiendo actividad se genera directamente el crédito por salarios impagos y además, su no pago dará lugar en el momento del cobro, a reajustes e intereses, así en cambio, en la relación jurídica de cotización, la obligación de aportar aparecería en la medida que se produzca el pago efectivo de las partidas que constituyen materia gravada.

21 V. Ramón VALDES COSTA, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, p. 295 y ss. analiza el concepto de relación jurídica tributaria, prefiriendo ese término al de obligación, y señalando que tiene su fuente exclusiva en la ley, la que debe establecer todos los elementos necesarios para determinar la existencia y cuantía de aquella.

22 En España en cambio se suele encarar como prestaciones patrimoniales de carácter público y no se les proyecta directamente la disciplina general para los tributos; conf. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en SAGARDOY, ob. cit. p. 227.

23 V. al respecto Informativo Seguridad Social de Cade, n 194, de 31.VII.97.

24 V. Santiago PEREIRA CAMPOS: *Exigibilidad de la obligación tributaria en las Contribuciones Especiales de Seguridad Social: consolidación del criterio de «lo percibido»* (Resolución del BPS nº 30-2/99) en Revista Tributaria, t. XXVII, núm. 156, p. 307, mayo-junio 2000. En una postura claramente diferente, algunos autores -que además revisten como técnicos del BPS- sostienen que el criterio de la entidad previsional no ha variado: Héctor OLMOS CLÉRICO *Aportes se exigen según el «criterio de lo devengado»*, en rev. Aportes, setiembre 2000, n. 3 pág. 4 y Antonio GRZETICH *La financiación de la seguridad social*, Montevideo 2000, pág. 38 y ss

25 Sentencia n. 545/95.

El Banco de Previsión Social siguió sosteniendo el criterio de lo devengado, aunque en la Resolución del Directorio 30-2/99 de 8.IX.99, se adoptó el criterio de lo percibido cuando se discute la forma de cálculo del beneficio. Eso ocurre por ejemplo en ocasión en las horas extras en días de descanso, si el incremento es de 250 o 350 % el monto de las mismas o en el caso del salario vacacional y el aguinaldo[26]. En la actualidad el Banco de Previsión Social sostiene un criterio intermedio entre lo devengado y lo percibido: el de la exigibilidad. Son exigibles las contribuciones cuando es exigible la partida laboral por el trabajador.

* La primera realización de la tutela previsional contemplaba exclusivamente al trabajador subordinado y como su fundamento era encontrado en el riesgo profesional, el pago de las contribuciones estaba a cargo de los empleadores de los sujetos protegidos.[27] Así nace la contribución patronal.

La contribución del Estado a la financiación, que en Uruguay hoy deriva de un texto constitucional expreso, resulta primariamente de la necesidad de auxiliar a los entes respectivos y va concretándose en una manifestación de la solidaridad nacional respecto de los sujetos con necesidades.

En los modelos no contributivos o modelos presupuestarios la carga recae sobre los recursos del Estado, sean éstos los recursos generales o procedentes de impuestos especiales a estos efectos. En cambio, un sistema contributivo requiere que al abrirse el derecho expectante de las prestaciones se abra también la obligación inmediata de cotizar y contribuir económicamente al sistema. Estos modelos contributivos están básicamente financiados con cuotas de los asegurados y sus empresarios.[28]

VI. RELACIÓN JURÍDICA DE PRESTACIÓN

Puede ser considerada la verdadera relación previsional porque a través de ella se cumple el objetivo del sistema: la satisfacción de necesidades sociales. Sobre la misma se incardinan el resto de las relaciones jurídicas. Se le podría llamar también relación jurídica de protección o lisa y llanamente, previsional, como hace Persiani. Para Almansa Pastor va en camino de ser la única y confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social.

Los *sujetos* de esta relación jurídica de prestación, son los beneficiarios y las entidades gestoras.

El *objeto* lo constituyen las prestaciones o beneficios.

El *contenido* está integrado por la obligación de la entidad gestora de conceder la prestación y por el derecho del beneficiario a recibirla.

Encarar esta relación jurídica en forma exhaustiva, de lo que no se trata aquí, importa hacer el análisis de cada uno de los beneficios previstos para los sujetos protegidos, tanto sean prestaciones de actividad como de pasividad[29].

A pesar de constituir la razón de ser del sistema y su núcleo, la relación jurídica previsional no puede ser estudiada sin tener en cuenta las demás relaciones que forman parte del sistema y sin considerar los nexos que vinculan a todas.

El objeto de esta relación jurídica es la prestación de seguridad social, o prestación previsional, en su caso. La entidad gestora tiene obligación de suministrarla y el beneficiario tiene el derecho a recibirla y por tanto a exigirla. La naturaleza jurídica de la prestación previsional no puede ser vista como la contraprestación de un contrato sinalagmático, lo cual podría pensarse en una relación de seguro social. Persiani señala que tampoco debe buscarse en el salario, ni en la reparación de un daño. Según el autor italiano debe concebirse como una prestación administrativa reconocida a los particulares, servida por el Estado o un ente público en ejecución de una obligación específica para la tutela, no tanto del interés del beneficiario singular, cuanto del interés público general.[30]

La relación jurídica de protección se inicia una vez que se ha materializado alguna de las contingencias protegidas. Mientras ello no ocurra la situación jurídica del sujeto protegido es una situación de expectativa.[31] Sin embargo existe, antes del surgimiento del derecho a la prestación previsional, una tutela legal de dicha

26 De paso conviene tener presente que la IGTSS ratificó recientemente su antigua posición y dijo que era un 250 % sobre la hora de día hábil y no sobre la hora ya doble del día de descanso o feriado.

27 PERSIANI, cit. pág.49

28 GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, en SAGARDOY, cit, pág. 61.

29 Los diversos aportes del libro colectivo PLA RODRÍGUEZ, Américo y otros, *La Seguridad Social en el Uruguay* F.C.U. 2da. ed., Montevideo 1991, dan buena cuenta del punto.

30 PERSIANI, Mateo, *Diritto della previdenza sociale*, Padova 1983, p.83. Véase los capítulos II, III y IV que interesan para un enfoque jurídico de esta índole.

31 ALMANSA PASTOR, ob. cit. pág. 129, distingue al sujeto protegido del beneficiario, afirmando que el primero es todo aquel que tenga un derecho potencial o un derecho actual, o un derecho potencial a algunas prestaciones y actual a otras. El término beneficiario alude en cambio sólo a quien actualizó ese derecho genérico a la prestación.

posición, cuando se trata de una prestación de base contributiva. En Uruguay, la confección y el cuidado del Registro de la Historia Laboral, es un ejemplo de esa protección.[32] Otras manifestaciones están ligadas a la vigilancia que respecto de la cotización puede efectuar el sujeto protegido o amparado. Este tiene derecho a denunciar que no se efectuó la aportación correspondiente en su cuenta personal, lo cual puede comprobar porque no aparece en la historia laboral, y al hacerlo genera derecho al 50 % de la multa[33].

VII. RELACIÓN JURÍDICA ASISTENCIAL

La relación jurídica asistencial es propia de sistemas no contributivos. Se da cuando la relación jurídica de prestación no se apoya en, o mejor, no está conectada con, una relación jurídica de cotización subyacente.

En un sistema asistencial el pago de las prestaciones en dinero se realiza con cargo a las rentas generales de manera que la legislación reguladora de la relación de protección tendrá un marcado carácter territorialista. Pero si el sistema es contributivo o de seguro, la prestación dependerá de las cotizaciones abonadas y la legislación podrá tener un carácter personalista. En el primer caso será requisito imprescindible para tener derecho a la prestación, el "domicilio" o "residencia habitual" en dicho Estado, mientras que el segundo requerirá que se encuentre al corriente del pago de las cuotas.[34]

Cuando la relación principal es la relación jurídica asistencial, se llegaría a un punto al cual la Seguridad Social siempre aspiró de alguna forma. Significa recoger el principio de solidaridad en estado puro: un estado en el cual se otorgan las llamadas prestaciones no contributivas. En este nivel, la relación jurídica de seguridad social se simplifica en una sola relación de protección, ya que la no contributividad hace desaparecer la relación de cotización y se puede llegar incluso a que la universalización subjetiva haga innecesario el control administrativo de la afiliación.

"Así, pues, la estructura de la relación jurídica asistencial comprenderá:

- Como *sujetos*, el Estado y su entidad gestora instrumental de una parte y el sujeto protegido de otra.
- Como *objeto*, el estado de necesidad real y efectiva, tipificado legalmente.
- Como *contenido*, la protección de la necesidad mediante prestaciones asistenciales.
- Como *principio jurídico*, la solidaridad genérica de toda la colectividad, en cuanto financiadas las prestaciones por los presupuestos generales del Estado."

Dice Almansa[35] que "cuando el ordenamiento establece un sistema de seguridad social asistencial, desaparecidas las obligaciones de afiliación y cotización, la relación jurídica de protección tiende a elevarse y a confundirse con la propia relación jurídica de seguridad social, desapareciendo en su papel anterior de relación subordinada e instrumental".

Y agrega que "concebida como una relación jurídica principal y compleja, la de seguridad social, y otras subordinadas e instrumentales, entre éstas no existe reciprocidad ni sinalagmaticidad, genética ni funcional, porque cada una tiene sujetos propios, a veces coincidentes, pero con posiciones jurídicas subjetivas distintas; cada una de ellas tiene su propio objeto diverso, y cada una presenta un contenido obligacional distinto e independiente. No obstante, todas ellas se encuentran conectadas entre sí por el mismo principio fundamental inspirador y por la situación de instrumentalidad con respecto a la relación principal de seguridad social, que las cohesiona, aunque sin interdependencia".

VIII. CONEXIÓN ENTRE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Entre la relación jurídica contributiva y la relación jurídica de prestación no hay un vínculo sinalagmático estricto pero:

a) Existe una **correspondencia** entre materia gravada y asignación computable; lo que llevó aportes es lo que se tiene en cuenta para calcular la prestación (se trata del llamado Principio de Congruencia entre el monto de la cotización y el monto del beneficio, que está previsto en los arts. 11 y 146, inc. 1, de la ley n. 16.713)

[32] Ley n. 16.190, de 20 de junio de 1991, art. 7 y ley n. 16.713, de 3 de setiembre de 1995, arts. 86 a 91.

[33] Ley 16.244. de 30.III.92. art. 10 y decreto reglamentario 337/992 de 17.VII.92. V. Ponencia de Juan Fancisco DIESTE: *Consecuencias económicas derivadas de la extinción del vínculo laboral (Técnicas normativas para combatir al trabajo clandestino)* para Jornadas Rioplatenses de Derecho Laboral, mayo de 2.001. Se ha podido apreciar que existe un considerable número de denuncias por este tema, pero en la práctica no es fácil el cobro de lo estipulado.

[34] GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, Beatriz y GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, cit, pág. 61

[35] ob.cit. p. 118

b) El aporte obrero puede ser visto como **una forma de pagar hoy el servicio** de mañana y también puede ser visto como un ahorro para constituir un capital que sea rentable en el futuro. .

c) En relación al aporte personal del dependiente conviene tener presente también que si en cierto modo podría compararse con un impuesto a la renta, sobre todo cuando hay topes máximos de las prestaciones[36] , la naturaleza jurídica correcta es la de un tipo de tributo específico: la **contribución especial** de seguridad social, y esta tiene por definición una conexión con un posible retorno en el futuro.

Téngase en cuenta que cierto carácter sinalagmático o cierta bilateralidad, se puede entrever también cuando se advierte que si el responsable de verter las cotizaciones no las vertió, el sujeto protegido no cobra los beneficios en el Banco de Previsión Social. En el campo jubilatorio no está prevista como en otros países,[37] la **automaticidad** de las prestaciones. Si es así, el beneficio se genera en el mismo momento que se configura la casual, sin averiguar si se efectuaron los aportes respectivos por los años de servicios que se reconocen. En Uruguay ello ocurre así en el régimen de accidentes de trabajo donde sí se pagan las prestaciones previstas. El régimen vigente prevé una relación directa entre el beneficiario y el ente asegurador que es el Banco de Seguros del Estado. Si bien la Relación jurídica de prestación no tiene total autonomía respecto de la Relación jurídica de cotización entre el ente y el empleador, el trabajador asegurado puede acudir directamente al Banco de Seguros y no sólo recibir asistencia médica sino también prestaciones en dinero. Será un beneficiario por el cual no se hicieron las cotizaciones previas. El hecho de que la Relación jurídica de prestación está conectada y depende de la Relación jurídica de cotización, se deduce de la posible acción del Banco de Seguros contra el empleador omiso en su deber de contratar el seguro.[38] En el caso de las prestaciones de pasividad, de todos modos, la prescripción decenal de los aportes opera quebrando el vínculo entre cotización y beneficio, ya que los períodos no cubiertos por las contribuciones -porque fueron prescritos-, deberían considerarse para el cálculo de las prestaciones.[39]

La ausencia de relación automática entre cotización y prestación tiene un fundamento en el carácter no contractual del sistema, que deriva de su configuración constitucional como función estatal y de naturaleza pública.[40] El Tribunal Constitucional español propugna la consideración plural de las relaciones jurídicas de Seguridad Social que diferencia la relación jurídica de cotización y de protección, respondiendo cada una a reglas propias y, en consecuencia aceptando la falta de reciprocidad o equivalencia entre ellas[41].

36 En el nuevo régimen previsional uruguayo, al estar topeado el monto por el cual se hacen aportes obligatorios (aproximadamente todo aquello que exceda de $ 15.000 de 1996 -2.500 dólares de la época-), no es posible trasladar esa idea de cierta naturaleza de impuesto a la renta por que queda exenta buena parte en el caso de altos ingresos.

37 v.g. PERSIANI cit. p. 35

38 La naturaleza jurídica del seguro de accidentes ha quedado con esta modificación, más cerca de un seguro social que de una contratación mercantil. La prestación directa servida de este modo por el Banco de Seguros se acerca a una prestación de seguridad social no contributiva, propia de una Relación jurídica asistencial. De todos modos, el monto de la prestación directa en dinero, está topeado por una salario mínimo nacional. Está dispuesto en el art. 8 de la ley 16.704 que dice así:

El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que correspondan.

39 PERSIANI cit. pág. 36.

40 Cfr. SÁNCHEZ URÁN, Yolanda, en Sagardoy, cit. pág. 227.

41 El autor desea expresar si agradecimiento especial a los Dres. Hugo de los Campos y Santiago Pereira Campos que han leído un trabajo preliminar y cuyas observaciones en buena parte han enriquecido diversas partes de este artículo.

ESPACIO DE CENTRO, CONSTITUCIÓN Y LIBERTADES

JAIME RODRÍGUEZ ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña
Director del Instituto Nacional de Administración Pública de España
Presidente de la Asociación Española de Ciencias Administrativas

La libertad ha sido y es en Occidente -y podría quizás decirse hoy que en el mundo entero- uno de los valores clave que ha guiado la vida política a lo largo de todos los tiempos, pero de forma particularmente intensa y consciente en los dos últimos siglos. Es más, hay autores que han considerado que la historia universal no es más que una historia de la lucha de los individuos y los pueblos por la consecución de su libertad.

Las fuerzas políticas que se perfilan cada vez con mayor nitidez, a raíz del triunfo y asentamiento de las ideas ilustradas, han hecho la contribución más eficaz en ese esfuerzo. Y se puede afirmar que en el frontispicio de todas ellas estaba siempre de algún modo el ideal de libertad.

Las ideologías, nacidas al socaire precisamente de las ideas ilustradas, y como configuradoras directas de un programa de acción política, cuentan todas entre sus finalidades con la consecución no ya de márgenes más amplios de libertad sino de una libertad absoluta para el hombre.

El liberalismo afirma que la libertad es sólo libertad del individuo y que no puede ser de otra manera, ya que el ámbito propio de la libertad está en la conciencia y en la voluntad del individuo. Por lo tanto toda pretensión de conseguir libertades colectivas o la búsqueda de una libertad abstracta, social, desligada de la realidad concreta, singular, desligada del individuo, que es el hombre realmente existente, es una entelequia. La libertad no es más que las libertades de cada uno, individualmente.

La aplicación de los criterios liberales a la vida social, en la búsqueda de la absoluta libertad del individuo, fue ocasión para los horrores de la explotación del capitalismo inicial, de los que son representación aquellas estampas inglesas del siglo XIX, en las que la miseria hace presa en los poblados y extensos suburbios de las grandes capitales industriales. En buena parte, en aquella evidencia está la explicación de universales reacciones contra los abusos del capital, que lleva a paulatinas correcciones de los criterios políticos liberales, y también al nacimiento de nuevos modos de entender la vida política y social, particularmente del socialismo.

La libertad para el socialismo consiste en la liberación de una opresión, de una alienación. No hay ni puede haber nadie libre mientras exista una estructura opresiva, y la estructura opresiva fuente y origen de todas las demás es la propiedad privada, por ello la tarea revolucionaria consiste en abolirla. La conquista de la libertad social preconizada por el socialismo se hizo a costa de las libertades reales, los derechos y las vidas de las personas y desde el poder despótico y tiránico de Lenin y Stalin y de la gerontocracia que los sucedió.

El espanto ante la tragedia de la experiencia comunista llevó a rectificaciones bien tempranas en las mismas filas del socialismo, produciéndose ya a principios de siglo, en Alemania, la abdicación de algunos de los principios fundamentales del pensamiento marxista-leninista, para intentar salvar, desde los principios socialistas las libertades que el régimen democrático liberal había traído.

Frente al exarcebado individualismo que promueve el liberalismo, a cuyo amparo se establecen explotaciones inhumanas de los trabajadores que dividen irremediablemente el cuerpo social; y frente a la uniformización colectivista propiciada por el comunismo, que arrasa la identidad de los pueblos, surge el nacionalsocialismo y el fascismo, para los que la libertad no es un bien individual ni universal, sino nacional. Para el fascismo el sujeto histórico único es la nación, y la única libertad posible y concebible es la libertad de la nación construida sobre el pedestal de su grandeza y su poder.

La conciencia clara de las brutalidades del nacismo y la derrota bélica del fascismo barrieron del mapa político, de modo inmediato en los países derrotados, y con más o menos celeridad en los países que no participaron en la contienda, los esquemas ideológicos sobre los que se habían establecido aquellos regímenes de opresión. De tal suerte que ya sólo se pudo llamar fascista -en un notorio abuso político de la expresión- a los comportamientos más o menos autoritarios o a las exaltaciones de carácter nacionalista.

Por último, el derrumbamiento del muro comunista hizo ver a las claras, a quienes aún no lo habían percibido, el yermo económico y social al que Rusia y los países satélites habían sido reducidos con la aplicación de la política soviética.

¿Significa esto que las ideologías han muerto?. No necesariamente, pero sí que parece claro que en la conciencia de los ciudadanos de los países democráticos ha calado bien hondo la experiencia histórica que las ideologías cerradas han proporcionado: la explotación capitalista, originada en el descarnado pragmatismo e individualismo; la devastación del nacismo y el fascismo, producto de un feroz nacionalismo; la opresión inmisericorde del comunismo.

La asimilación de esta experiencia histórica se está traduciendo en el rechazo de las ideologías en cuanto saberes de salvación. Los desequilibrios sociales, económicos de otro tiempo pueden contribuir a la explicación del triunfo de las ideologías totalitarias, en las que las grandes masas de desposeídos buscaban una esperanza y una redención de su situación miserable, en el ilusorio paraíso que les prometían. No fue preciso llegar al final de los tiempos para corroborar lo justo de sus apreciaciones. Un siglo ha bastado. Por eso, en unas sociedades más equilibradas y más saneadas, los ciudadanos no quieren paraísos prometidos o esperanzas quiméricas. No quieren arriesgar en un juego dantesco lo que ya tienen. Aspiran, ni más ni menos, que a mejorarlo, y a corregir las desviaciones y las lagunas que se producen en el sistema de producción y de reparto social de la riqueza. No es precisa la destrucción del sistema, lo que se requiere es su constante adaptación y reforma, de modo que se procuren estructuras más justas, equitativas y solidarias.

Es bien conocida la cita de F. SHAW sobre la libertad: libertad implica responsabilidad: por eso le tienen tanto miedo la mayoría de los hombres. No es, ni mucho menos, un gran descubrimiento senalar que una de las principales características que definen el mapa ideológico y político de fin de siglo es el miedo a la libertad. Y, por contra, un calculado y deliberado apego al poder y al dinero combinado con la militancia en el partido de lo políticamente correcto. Eso sí, lo importante es perderse en el anonimato, sobre todo si se trata de discutir o hablar sobre los grandes temas que vertebran la existencia humana.

Tampoco es ningún misterio, me parece, afirmar que no pocos prefieren aliarse con un mediocre conformismo y llevar una vida plana que evite cualquier sobresalto procedente de la muy noble, y necesaria, actividad de pensar. ¿Porqué será?. ¿Porqué complicarse?. Es "mejor" que otros se arriesguen.

A veces uno se pregunta, por ejemplo, cómo es posible la continua insistencia en la preservación de los derechos humanos y, simultáneamente, aumente la pobreza y el número de atentados a esos derechos inalienables. O, por poner otro supuesto bien perturbador, hoy todos protestamos contra los fanatismos, los fundamentalismos o los exclusivismos. Muy bien. Solo faltaría. Pero, ¿cuántos se mueven de verdad para hacer algo?. Y ya no digamos del cinismo moral que ha llevado a sacralizar lo "políticamente correcto".

Llegados a este punto, otra pregunta. El partido de los que militan en "lo políticamente correcto", me preguntaba hace bien poco una estudiante, ¿no será el equipo de los inconformistas, de los que se definen por un reverencial miedo a la libertad, y al pluralismo o al pensamiento abierto, compatible o dinámico?. La pregunta se las trae. Confieso que no sé responderla aunque intuyo por dónde puede ir una posible solución. Antes, un buen consejo, la proximidad o cercanía a la gente joven, intelectualmente rebelde y con ganas de cambiar las cosas, es una de las mejores armas para intentar hacer algo positivo.

Sí, ¿no habías pensado querido lector, que también puede existir una dictadura de lo políticamente correcto?. Piénsalo porque si se trata de trabajar a favor de la libertad, quizás sea pertinente levantarse de una vez contra la tiranía de ese pensamiento único y uniformizador que tanto gusta de atentar contra la libre expresión.

Thomas PAVEL, profesor en Princeton advertía recientemente que la "political correctress" trae su causa de un colectivismo particularista heredado de la pasión por la igualdad, en detrimento de la libertad individual. Otra característica de este poderoso fenómeno es la imposición de la discriminación positiva y la tendencia al fundamentalismo. Sí, de ese fanatismo del que escribió HOLMES que "la mente del fanático es como la pupila de los ojos; cuando más luz recibe, más se contrae". ¿Por qué?. Porque el fundamentalista o fanático ve con tanta claridad lo que le parece lo único posible que no se explica para qué sirve la libertad.

A algunos de ustedes, esta descripción del fundamentalismo les recordará aquello de LENIN de "libertad, ¿para qué?". Pues libertad, para trabajar, para convivir y, sobre todo, para poder elegir con criterio. Libertad para opinar, para expresar las convicciones sin ser discriminado. Libertad, siempre libertad, aunque no nos gusten o convenzan las posiciones de los otros.

En un contexto de fuerte fundamentalismo, se manipula y orienta la opinión de una manera tan sutil y sibilina que lo que son profundas actitudes morales son súbitamente condenadas al mundo de lo ultraconservador cuando, a veces y no pocas, responden a un sentir hasta mayoritario. Por eso, ¿porqué esa condena de conservadurismo tan frecuente, por ejemplo a los que defienden el derecho a la vida desde el momento de su concepción?. ¿A qué obedece esa sorprendente policía del pensamiento que excomulga a quien no piense así?.

En fin, no se trata de tolerar la libertad, se trata de hacerla posible. De lo contrario, estaríamos atentando contra esa tolerancia que fundamentalmente consiste en reconocer en los demás la misma libertad de que uno dispone. Para terminar, siempre es reconfortante la vuelta a los clásicos. TIBERIO escribió "en una ciudad libre conviene que la mente y la lengua sean libres". ¿De verdad esto es una realidad en nuestro tiempo?.

Desde la Constitución de 1978 disfrutamos en España de un marco de libertades como nunca en nuestra historia se ha contemplado. Y sin embargo no podemos dejar de constatar el sentir que late permanentemente en el corazón del hombre, una aspiración a una más amplia y cumplida libertad, aunque sólo fuese un poco más. Pero ese mismo sentir en determinadas épocas y en algunas capas de la población. incluso a veces en amplísimas capas de la población, se llega a sentir como una necesidad colectiva y urgente, singularmente, como no podía ser de otra manera, entre la gente joven.

Nuestro sistema democrático satisface esa aspiración de libertad política, pero no podemos dejar de interrogarnos y de procurar horizontes en los que gocemos de más libertad. ¿Es esto posible? Casi con seguridad que sí. Afirmar que hemos llegado a tal grado de libertad que no se hace posible progreso alguno, que no cabe una ampliación del ámbito de nuestras libertades, significaría haber sentenciado el fin de la historia, el punto final del progreso humano, el estancamiento y la esclerotización del ser humano. Pero está claro que hay mucho por hacer y que la capacidad creativa de los hombres se nos manifiesta como insondable.

Hoy, en concreto, en nuestra circunstancia histórica, la globalización, las nuevas tecnologías y la integración económica y política están configurando un mundo nuevo, que parece, será más abierto, más comunicativo, más dinámico. Eso en sí mismo abre espacios de actuación que desbordan las estrechas barreras estatales en las que las concepciones nacionales de la modernidad nos tenían constreñido. Estamos, entonces, ante un nuevo espacio de libertad. O mejor, habría que decir ante un nuevo espacio que nosotros debemos hacer libre. Una concepción groseramente economicista nos haría considerar de manera mecánica que un nuevo espacio de acción económica significa sin más un nuevo espacio de libertad. No es necesariamente así, como sabemos. Los nuevos espacios significan nuevas oportunidades, oportunidades también para la libertad, para ser más libres, pero tenemos que conseguir ser todos más libres, todos. Esa es una conquista que tenemos que hacer también entre todos, incorporando los nuevos espacios a nuestro personal ámbito vital, existencial, al ámbito de nuestras vivencias concretas, de modo que se enriquezcan nuestras experiencias, nuestras relaciones personales, nuestras amistades, nuestros referentes culturales, etc., etc., no sólo el ámbito de negocios de los emprendedores económicos.

En el proceso de nuestra incorporación a la Unión Europea, por ejemplo, los hitos de integración económica son más que notables y vienen culminando en nuestra inclusión entre los denominados países del euro. Qué duda cabe de que esta integración -a la que no es ajena casi ninguna de las fuerzas de nuestro arco político-, con todas las dificultades e incluso errores que se hayan producido en su realización, supone una oportunidad histórica difícilmente mejorable para impulsar las condiciones de vida de los españoles. En eso estamos. Pero Europa, como se ha repetido hasta la saciedad, no puede ser sólo un club de comerciantes, Europa se debe convertir auténticamente en nuestro espacio vivencial, en el espacio vivencial de los españoles. Empezando por nuestros jóvenes.

¿Se acaban las posibilidades de ampliar los horizontes de nuestras libertades? No, ciertamente. Ampliar las libertades significa también hacer más efectiva y real la participación. Se me viene ahora a la cabeza la necesidad de llevar a término el Pacto Local. Me alegro de escuchar que algunos políticos están incluyendo en su programa la transferencia de competencias en materia de educación y sanidad a los ayuntamientos. Hace falta revitalizar y fortalecer la vida política en los ayuntamientos, y completar el desarrollo del Pacto Constitucional, en lo tocante a este punto es un reto que la maduración de nuestras libertades tiene pendiente.

Pero aunque en el campo de la acción política podrían aún señalarse acciones aconsejables, que entran dentro de la lógica del desarrollo institucional en que estamos inmersos, es en el ámbito social donde tal vez con mayor urgencia debemos formular nuevos caminos para la consecución de una mayor libertad real de los ciudadanos. Y para que esa mayor libertad real se produzca o se pueda alcanzar es necesario el desarrollo de una sociedad más solidaria, que procure con inventiva y creatividad mejores niveles económicos y culturales para sectores de la población que tienen graves dificultades, sean propias o estructurales, para salir de los umbrales de la pobreza.

No es fácil, pero es urgente. No valen de nada los viejos expedientes de subsidios, de puestos artificiales de trabajo, de intervenciones directas del Estado, que, como la experiencia demuestra sobradamente, conducen sólo al descoyuntamiento de los mecanismos económicos, y al consecuente empobrecimiento general, de aquellos que, son los más necesitados, los más pasivos, los menos emprendedores, en definitiva los que más lo sufren.

Pero por muchas dificultades que pueda haber, por mucha desorientación que suframos, es urgente. En primer lugar que no obviemos el problema, que seamos capaces de convivir con él, en el sentido de que no

cerremos ni volvamos nunca los ojos de esa realidad lacerante. Pero por otro lado no podemos caer en la tentación fácil, demagógica, de pensar que eso se arregla con expedientes intervencionistas. La experiencia está gritándonos que no es así. Ampliar el ámbito de nuestras libertades, nuevos horizontes -pero no simples ensoñaciones-, eso necesitamos con urgencia.

Una concepción puramente individualista de la libertad, que suele acompañar algunas posiciones liberales doctrinarias, entiende la libertad como una capacidad para el uso y disfrute exclusivamente individual. La libertad, según estas interpretaciones, es sólo libertad para mí, me interesa la libertad de los demás en tanto en cuanto se erige como una garantía de la mía propia; en última instancia concibo la libertad de los otros como una limitación de la mía, porque donde empieza aquella termina esta.

En la lectura contraria, desde las posiciones socialistas -y también, por cierto, desde las nacionalistas-, se entiende la libertad sólo en un sentido colectivo, la libertad de una clase universal o la libertad nacional, de modo que las libertades individuales aparecen sometidas, o condicionadas por los intereses superiores que el Estado debe administrar.

Esta contraposición clásica entre libertad e igualdad ha estado presente en la secular discordia simbolizada en el enfrentamiento político entre derechas e izquierdas. Sin embargo, los límites de esas mismas definiciones quedan patentes cuando el socialismo moderado se presenta a sí mismo -legítimamente- como defensor de las libertades individuales, y la derecha democrática reivindica -con no menos legitimidad- sus reales e históricas aportaciones a la integración social. Norberto BOBBIO, en su sentido alegato sobre la vigencia actual de la izquierda, defiende básicamente esta apreciación.

La respuesta que el centro político da a esta nueva etapa considero que es esta: el ejercicio y la promoción de la libertad solidaria. O somos capaces de conjugar adecuadamente estos dos vectores fundamentales de la vida social y política o posiblemente los sistemas democráticos habrán culminado su carrera histórica. No se trata de ningún descubrimiento, se trata de la constatación de un hecho. Nadie en su sano juicio puede discutir hoy la necesidad de los emprendedores, de un sector empresarial dinámico, innovador, imaginativo, eficiente. Ni se puede pasar por alto la necesidad de priorizar la atención de los menos favorecidos, entre ellos los pensionistas y los parados, y de contar con la presencia de los agentes sociales, muy particularmente de los sindicatos. en el planeamiento y aplicación de la política nacional o supranacional.

Aquella conjugación a que aludimos de libertad y solidaridad es además obligada. Apunta GIDDENS, respecto a la Tercera Vía, que no se trata sino de una teorización sobre la práctica real de los gobiernos en los países democráticos. El centro al que me refiero lo es también en cierto modo. Pero va quizás más allá, en cuanto tiene un fundamento antropológico más claro en la centralidad de la persona, de la gente, de cada ciudadano individual, como eje de la acción política, y una dimensión ética más real, en cuanto la solidaridad y, por tanto, la integración y el equilibrio social no se consideran posibles -en un régimen auténticamente democrático- sin el asenso de todos los sectores sociales.

Una política de solidaridad libre y socialmente asumida, no impuesta desde los mecanismos del Estado, sólo es posible desde los fundamentos culturales de una sociedad realmente libre y solidaria, no desde la imposición de un programa. O la acción de gobierno se conjuga con el sentir y la iniciativa social, o carecerá de efectos o , lo que es peor, se aplicará impositivamente, con consecuencias potencialmente devastadores sobre el tejido social y productivo. Pretender una acción solidaria desde un sentir mayoritario que no represente de hecho el sentir general, de todos los sectores componentes de la ciudadanía, es imposible. Ahí no hay solidaridad, porque no hay libertad.

Pero igualmente una libertad que no tome en cuenta la dimensión social de la persona, además de tratarse de una libertad achicada, es falsa, porque lo real es que la libertad la queremos para los nuestros. Todo dependerá de nuestra generosidad y de nuestra apertura de espíritu para ampliar el horizonte del "nosotros". En una película relativamente reciente que constituía un alegato contra la pena de muerte, me llamó la atención la frase puesta en boca de un funcionario de prisiones: "Mientras quede alguien en la cárcel no me consideraré enteramente libre". Aunque cabe pensar -en otro sentido- que mi libertad sólo está asegurada cuando permanecen en la cárcel quienes atentan contra nuestras libertades, se expresa ahí una consideración muy de fondo sobre la constitución de la sociedad.

La reflexión a que me invita aquella expresión es que la libertad de los demás -y no me refiero ya a la de los reclusos- no es sólo garantía de la mía, sino que me hace realmente más libre, y tengo la posibilidad de hacer más libres a los demás cuando desde mi propia libertad busco la cooperación con ellos. Es un imperativo ético y político la creación de las condiciones sociales y culturales que hagan posible el ejercicio de una libertad auténtica por parte de cada ciudadano. Aquí atisbo una conexión de fondo de la política con la ética pública -si podemos hablar así- que trascendería el marco de un simple código de comportamientos. Creo que también en esto la idea de centro supera a la Tercera Vía. Aún más; como ha señalado DHARENDORF, otra de las deficiencias más notables de la propuesta de GIDDENS es la carencia de una referencia importante a la

libertad, apenas mencionada en los escritos del mismo GIDDENS o de BLAIR sobre este tema. Para el centro, pienso que queda claro con lo dicho-, la libertad es una de sus claves.

Pero libertad solidaria, insisto. Porque la libertad es el marco adecuado, necesario, para que se produzca la apertura a los demás afirmada en la solidaridad. Y así la libertad de los demás ya no se entiende primariamente como un límite de la mía -aunque lo sea, considerada negativamente- sino que la libertad de los demás posibilita, mediante el acuerdo, el diálogo, el entendimiento, una ampliación sin límites de mi propia libertad. Estamos a la postre, dando una respuesta a la permanente cuestión: libertad, ¿para qué? Afirmar la libertad solidaria es señalar uno de los objetivos que queremos darle a la libertad.

En este sentido el centro representa una opción ética, la invitación a construir libremente entre todos una sociedad más libre y tolerante, y libremente asumir entre todos la construcción de una sociedad más solidaria. Dicho de otra manera, en términos más llanos, no son excluyentes el beneficio individual y el público, es más, el uno sin el otro, en algún sentido, serán un abuso.

Siempre es mejor un ejercicio éticamente erróneo de la libertad que su progresiva desaparición a manos de estos nuevos invasores de nuestro tiempo que sutilmente la van desnaturalizando hasta, en último caso, reducirla a las estrechas paredes de la intimidad personal, pero, eso sí, sin repercusión exterior porque del mundo exterior ya se encarga la cúpula que decide, sin responder ante nadie, lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto.

A veces, porque infunde temor en la tecnoestructura el riesgo a la libertad de los ciudadanos, las decisiones relevantes se remiten a niveles abstractos y anímicos, y se ciega la fuente última de la producción de sentido vital, de manera que, ya lo he insinuado antes, la propia distinción entre lo éticamente acertado y lo éticamente erróneo -entre lo humano y lo no humano- se esfuma. Es decir, se impide el riesgo de la espontaneidad cívica por la seguridad de su control permanente y estable, es decir, por la necesidad del fracaso social.

En este ambiente, se desconfía de la capacidad y facultades de la gente corriente y moliente para descubrir y adherirse, en su caso, a la verdad. ¿Cómo van a llegar a la verdad esas pobres criaturas sin educación ni formación, se escucha en las profundidades de ese tecnosistema que jamás permite que se hable en su presencia de educación y sentido crítico de la vida?. En este contexto, no se puede tolerar la competencia moral de los ciudadanos porque en el fondo se considera que el curso de su racionalidad práctica es defectuoso. Se llega incluso a justificar la intervención en nombre de los ciudadanos, en que éstos tienen su racionalidad enferma a causa de "limitaciones" étnicas o religiosas, a causa de intereses egoístas o de emociones aceptables pero no universalizables.

Por eso, repito, no es baladí insistir en la necesidad de la vitalidad real que se esconde en la libertad concertada de los ciudadanos. Quizás en los próximos tiempos se tenga mayor autoconciencia de esta venturosa realidad que, como señaló hace mucho tiempo BURKE, constituye el fundamento del poder en las democracias.

En la historia de un país hay hitos históricos que contribuyen a conformar los rasgos de la ciudadanía política de sus habitantes. Olvidarlos, desvirtuar su sentido, o convertirlos en un tópico inerte, afecta de manera inmediata a nuestra propia identidad de ciudadanos. Por eso no es ocioso, sino un saludable ejercicio político, que recordemos la centralidad que entre nosotros ocupa el 6 de diciembre de 1978. Ese día, se abrió para España, para todos los españoles, un esperanzador panorama de libertad, de justicia, de igualdad y de pluralismo político. Recordar esta fecha es reconsiderar el valor de estos preciados bienes, lamentar su ausencia en tantos años de nuestra historia, rememorar el esfuerzo de su consecución y reafirmar nuestro compromiso de preservarlos y enriquecerlos. Ahora, desde las coordenadas que definen el espacio del centro, me parece que se puede entender mejor el sentido y la operatividad de ese gran hito de nuestra historia que es la Constitución de 1978.

La Constitución es producto del constituyente, y no podemos por menos de ponderar la prudencia y el sentido de Estado del que en 1978 redactó nuestra norma suprema, por encima de discrepancias ideológicas y de divergencias políticas. Pero la Constitución surge, sobre todo, de la propia sociedad para organizar los poderes del Estado. Es la propia sociedad quien tiene un sentido de la organización de la vida de la comunidad, y una valoración tácita de los bienes que deben ser protegidos y de las prioridades que deben ser asumidas. El acierto del constituyente consiste en percibir esas valoraciones y en sistematizar su contenido. El éxito de nuestro proceso constitucional fue en realidad un cúmulo de aciertos en el que todos participaron.

Como ya se indicaba en el artículo 16 de la declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, "toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución". De algún modo están aquí implícitos los que considero los dos fines fundamentales de la política, la libertad de los ciudadanos -expresada en este caso en la garantía de sus derechos- y la participación, expresada aquí -limitadamente- como participación en el poder político.

Precisamente, las bases del concepto liberal y moderno de constitución se fundamentan en el reconocimiento y garantía de la libertad del ciudadano frente al poder político a través de una serie de principios y técnicas, destacando el respeto a los derechos fundamentales y la consagración de la división de poderes.

Al tratar de la Constitución de 1978, parece conveniente rememorar nuestra historia constitucional y destacar algunas de las características que han marcado nuestra "senda constitucional" y que nos han conducido hasta la Constitución que celebramos.

En primer lugar, hay que llamar la atención sobre la importancia de determinados textos constitucionales, como pueden ser el de la Constitución de Cádiz, auténtica Constitución del primer liberalismo europeo, y el de nuestra Segunda República, cuya influencia en el constitucionalismo europeo, posterior a la Segunda Guerra Mundial, es evidente.

En segundo término, debe tenerse presente la implantación en determinados momentos de nuestra historia constitucional, de un sistema parlamentario, no muy diferente del existente en otros países de nuestro ámbito cultural.

En tercer lugar, no debe olvidarse la construcción teórica de algunas aportaciones doctrinales, genuinamente españolas, como es el caso de la constitución interna (a través de las obras de autores como JOVELLANOS, DONOSO y CÁNOVAS DEL CASTILLO).

Y finalmente hay que llamar la atención sobre el fundamental hecho de la idea de consenso, que cristalizó, en terminología de la época, en la creación de una "legalidad común", cuyo exponente más significativo fue la Constitución de 1837 y que impide, como se ha puesto de relieve, proclamar que exista una ley del péndulo en nuestra historia constitucional.

Este espíritu de consenso se puso particularmente de manifiesto en la elaboración de nuestro Acuerdo Constitucional. Muchos de nosotros podemos recordar con admiración la capacidad política, la altura de miras y la generosidad que presidió todo el proceso de elaboración de nuestra constitución de 1978. Una vez más se cumplió la máxima de DAHLMANN: "En todas las empresas humanas, si existe un acuerdo respecto a su fin, la posibilidad de realizarlas es cosa secundaria...". Hoy, gracias al tesón y al esfuerzo de aquellos españoles que hicieron posible la Constitución de 1978, la consolidación de las libertades y el compromiso con los derechos humanos son un inequívoca realidad entre nosotros.

Porque ¿cuál es la herencia entregada en aquel momento constituyente, cual es el legado constitucional? Un amplio espacio de acuerdo, de consenso, de superación de posiciones encontradas, de búsqueda de soluciones, de tolerancia, de apertura a la realidad, de capacidad real para el diálogo que, hoy como ayer, siguen fundamentando nuestra convivencia democrática.

Este espíritu al que me refiero -de pacto, de acuerdo, de diálogo, de búsqueda de soluciones a los problemas reales- aparece cuando de verdad se piensa en los problemas de la gente, cuando detrás de las decisiones que hayan de adoptarse aparecen las necesidades, los anhelos y las aspiraciones legítimas de los ciudadanos. Por eso, cuando las personas son la referencia para la solución de los problemas, entonces se dan las condiciones que hicieron posible la Constitución de 1978: la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento compatible y reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia y la capacidad de conciliar y de escuchar a los demás. Y, lo que es más importante, la generosidad para superar las posiciones divergentes y la disposición para comenzar a trabajar juntos por la justicia, la libertad y la seguridad desde un marco de respeto a todas las ideas. Cuando se trabaja teniendo presente la magnitud de la empresa y desde la tolerancia cobra especial relieve el proverbio portugués que reza "el valor crea vencedores, la concordia crea invencibles". Es anecdótico lo que voy a decir, pero la misma razón puede encontrarse en aquella cantinela -"el pueblo unido jamás será vencido"- tan repetida en el período constitucional. Podremos disentir en no pocas de las cuestiones que nos afectan a diario. Pero habremos de permanecer unidos en la absoluta prioridad de los valores que nuestra Constitución proclama.

A estos valores quisiera referirme ahora, ya para terminar, porque creo que esa es la sustancia constitucional que nos interesa. Donde reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución, es en ese conjunto de valores o de pautas, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, que dan sentido a todo el texto constitucional y que deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo, es decir, se trata de las directrices que deben guiar nuestra vida política, no sólo la de los partidos, la de todos los españoles, nuestra vida cívica.

En el preámbulo constitucional se señalan en primer lugar la justicia, la libertad y a seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciudadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter que me atrevo a calificar de absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democráticos, se derrumbarán si no fueren respetados. En la preeminencia de la

libertad se está expresando la dignidad del hombre, constructor de su propia existencia personal solidaria -digo solidaria porque creo que no es posible concebir la existencia personal de otra manera-. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo pasado -una tradición cargada de profundo significado-, es el principio de legalidad. La ley es la expresión de la voluntad popular. La soberanía nacional se manifiesta a través de la ley. El principio de legalidad no significa otra cosa que respeto a la ley, respeto al proceso de su emanación democrática, y sometimiento a la ley, respeto a su mandato, que es el del pueblo.

En virtud del principio de legalidad el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en virtud de habilitaciones legales. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos -así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna- a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

No podía ser de otra manera si la justicia, la libertad y la paz son los principios supremos que deben impregnar y orientar nuestro ordenamiento jurídico y político. Respetar la ley, la ley democrática, emanada del pueblo y establecida para hacer realidad aquellos grandes principios, es respetar la dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de sus existencias personales, y su condición social.

El Estado de Derecho, el principio de legalidad, el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, deben, pues, enmarcarse en el contexto de otros principios superiores que le dan sentido, que le proporcionan su adecuado alcance constitucional. No hacerlo así supondría caer en una interpretación mecánica y ordenancista del sistema jurídico y político, privando a la ley de su capacidad promotora de la dignidad del ciudadano. Y una ley que en su aplicación no respeta y promueve efectivamente la condición humana -en todas sus dimensiones- de cada ciudadano, o es inútil o es injusta. No es democrática.

En el tercer inciso del preámbulo de la Constitución se plantea la cuestión de los derechos humanos y el reconocimiento de la identidad política y cultural de los pueblos de España, al señalar la necesidad de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones".

Este principio general expresado en el preámbulo se ve traducido, en el artículo 2 de Constitución, en el reconocimiento de la identidad política de los pueblos de España, al garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, así como la solidaridad entre todas ellas, lo que se ha concretado, tras veinte años de desarrollo constitucional, en un modelo de Estado que goza de una razonable consolidación y estabilidad, como lo prueba la cantidad y calidad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Y desde luego que, para muchos de nosotros, este respaldo jurídico-político a la realidad plural de España es uno de los principales aciertos de nuestra Constitución y un motor para nuestro progreso cultural y político.

Sin embargo no dejan de producirse, en torno a esta cuestión, recelos mutuos entre ciertos sectores, de una parte los de quienes aspiran a la independencia o a una autonomía extrema que de hecho rompe el marco constitucional, y de otra los de quienes consideran que el marco autonómico y la promoción de la pluralidad los españoles rompe la unidad de España. Ante estas tensiones es necesario apelar al consenso como metodología para el desarrollo constitucional, particularmente en este punto -en lo referente al Título VIII- porque nos encontramos ante una cuestión que afecta esencialmente a la misma concepción del Estado. No se trata de elaborar un nuevo consenso, sino de establecer nuevos consensos sobre la base del consenso constitucional. Y la Constitución ha querido que el derecho al autogobierno se reconozca a la vez que la solidaridad entre todas las autonomías. Es cierto que las Comunidades Autónomas, en cuanto que identidades colectivas con una personalidad propia manifiestan sus legítimas particularidades y singularidades. Los usos políticos han denominado a estas particularidades "hechos diferenciales", denominación adecuada precisamente en la medida en que existen elementos comunes.

Pues bien, la existencia de esas diferencias o singularidades -como se quieran llamar- promueve un enriquecimiento constante y dinámico de ese conjunto que se llama España, vertebrado como un Estado autonómico, y en el que la potenciación y desarrollo de las distintas partes, mejora el conjunto.

En este sentido, me parece atinada la explicación sobre España como la del conjunto y las partes, que hacía ORTEGA Y GASSET, no sólo por sus evidentes connotaciones históricas sino porque supone la llamada a otros criterios constitucionales como pueden ser la solidaridad y la cooperación. En este marco, España constituye un magnífico espacio de solidaridad y convivencia siempre desde la plena aceptación de las diferentes identidades que la integran, en un ejercicio activo de compromiso en el respeto a las diferencias. Por eso, la cooperación al bien de todos y común, parece el mejor bien posible para cada uno.

Ahora bien, si es preciso moderar los excesos diferencialistas, debe recordarse al mismo tiempo que donde hay unidad uniformante no hay cooperación, todo lo más habrá operatividadd o capacidad operativa. La cooperación implica, necesita la diversidad, la pluralidad, la aportación diversa de los que cooperan y tienen un objetivo común. Además, no se trata de una solidaridad mercantilista, sino de una solidaridad en la que cada identidad se esfuerza para la mejora propia, la de los demás y la del conjunto, en la medida y la forma en que esto sea posible. Por eso hablamos de autonomía y de integración, en un equilibrio que conviene encontrar entre todos, para cada momento. En este sentido, la Constitución se nos aparece como un instrumento jurídico y político adecuado para la consecución de tan fecundo equilibrio, que tenemos que saber alcanzar y desarrollar inteligente y respetuosamente los unos con los otros.

"Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida". Se trata de otro objetivo o mandato constitucional que de nuevo nos ofrece una perspectiva de equilibrio e integración, porque plantea que la calidad de vida también se refiere, además de al elemento económico, como no, al aspecto cultural, ya que no podemos olvidar que la dimensión cultural es un ingrediente básico del "libre desarrollo de la personalidad" a que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Es más, como señalara CARDUCCI, "la grandeza duradera y la fuerza fecunda de las naciones estriban en el desarrollo independiente de las ideas humanas y la cultura". La libertad y la capacidad participativa de los ciudadanos está ligada ineludiblemente a su emancipación económica y a su independencia de criterio.

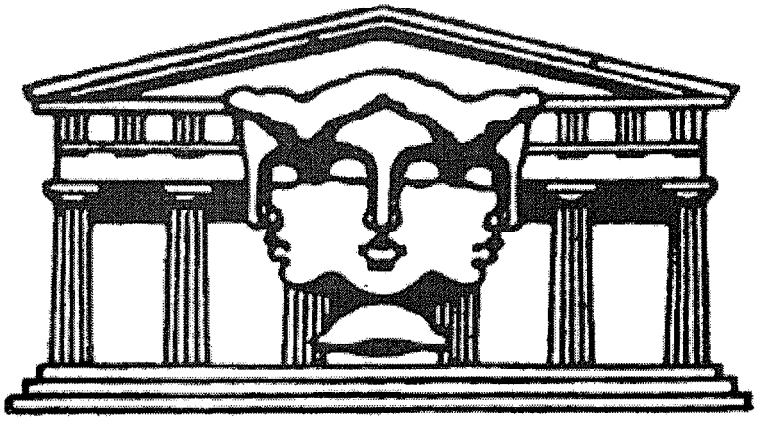
"Establecer una sociedad democrática avanzada". Puede..., no, resulta interesante reflexionar sobre la calidad de la democracia. Porque como escribió GUIZOT "el poder de la palabra democracia es tal que ningún gobierno o partido se atreve a existir o cree que pueda existir sin inscribirla en su bandera". En efecto, la democracia liberal es, como señala ORTEGA el tipo superior de vida pública hasta ahora conocida.

Sin embargo, sabemos que la democracia no es un fin en sí misma. No puede ser un fin en sí misma porque está pensada como un instrumento de servicio a la gente, como una forma de facilitar la participación de la gente en la toma de decisiones. Es más, la concepción mercantilista o schumpeteriana de la democracia, y en general las versiones procedimentales excesivamente ritualizadas, son un evidente peligro que ronda este tiempo en que vivimos. No sólo porque se asocian fácilmente a planteamientos cerrados y opacos, sino porque desnaturalizan la esencia y la frescura de una forma de entender la vida y la convivencia basada en la libertad. Como es generalmente admitido, el método democrático -entendido como mecanismo de representación de voluntades e intereses y como instrumento para lograr decisiones vinculantes- es, antes de nada, un instrumento de aplicación y realización de valores y principios.

La democracia se ha convertido, no sin esfuerzo, en un paradigma universal e indiscutido. La democracia es, en suma, nuestro camino; sólo en ella se reconoce hoy nuestro destino. Por eso, es básico seguir impulsando los valores constitucionales y las cualidades democráticas. Porque la democracia -no se puede olvidar- es, en palabras de FRIEDRICH, más un estilo de vida que una forma de gobierno. En efecto, se trata de un estilo que rezuma preocupación por la gente, capacidad de aprender, tolerancia, sensibilidad social, perspectiva crítica, optimismo, visión positiva y, por encima de todo, un compromiso constructivo y abierto con la dignidad de la persona.

El viento de la historia ha cambiado de dirección y sopla en un único sentido: hacia la democracia, sentenció con su habitual perspicacia el profesor Giovanni SARTORI. Por eso nos conviene a todos avanzar y orientar permanentemente la nave colectiva en esa dirección y, siempre que sea necesario, corregir el rumbo.

Y, finalmente, "colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra". Esta apremiante llamada de la Constitución a colaborar y cooperar para que la paz sea una realidad en todas las naciones y pueblos de la Tierra, encuentra hoy un especial eco en el corazón de la gente joven, puedo atestiguarlo. Tal vez se esté perfilando aquí un nuevo horizonte que defina espacios políticos más amplios y comprometidos. Tal vez la plenitud de nuestra ciudadanía española nos está exigiendo, con la voz de la Constitución, un compromiso más efectivo y más universal con el Desarrollo y la Cooperación internacionales, quizás comenzando con pasos decididos y novedosos en la promoción de la paz entre los países de nuestro entorno geográfico y cultural.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Gavernet, Haroldo- «Nuestro tiempo, derecho y valores».*

- *De Cores, Carlos - «Ley de Prenda sin desplazamiento».*

NUESTRO TIEMPO, DERECHO Y VALORES PERMANENTES*

DR. HAROLDO GAVERNET
Profesor de Derecho Romano, Universidad de La Plata,
Profesor de Derecho Romano, Universidad de Montevideo

Con esta intervención, agradeciendo el honor que se confiriera al designárseme para efectuarla, me propongo agotar la paciencia de ustedes, para darles la oportunidad de ejercitar dicha virtud, de modo casi heroico, poniendo de manifiesto su temple que ya fuera seguramente probado a lo largo de las clases y exigencias de los cursos respectivos.

I

Al concluir los estudios de las maestrías, no pretendo más que compartir con Ustedes, como una suerte de pensamientos en voz alta, una serie de reflexiones, producto de la experiencia de más de treinta años de ejercicio de funciones judiciales y de docencia.

Es que en definitiva, cualesquiera sean los aspectos del Derecho de que nos ocupemos, el hacerlo sólo tendrá sentido si sirve a la práctica concreta de encontrar una mejor y más efectiva respuesta de Justicia en los particulares casos sometidos a nuestro entendimiento profesional.

Ya señalaba R. von Ihering que *"Sólo la voluntad puede dar al derecho lo que constituye su esencia: la realidad. Por eminentes que sean las cualidades de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho."*[1]

Las modernas teorías y aplicaciones suelen entender la idea jurídica y las distintas instituciones fundamentales del derecho de un modo abstracto; dejándose llevar, con frecuencia, por una inercia enervante, enredándose en una maraña de sofismas huecos que toman apariencia de donde pueden.

Unas veces de las ciencias naturales, otras de estadísticas constituidas en pseudo ciencias, alguna vez de mal interpretados positivismos o experimentalismos.

Así nos hablan de lo posible, lo oportuno, lo útil, lo histórico, lo tecnológico.

Parecería que ocurre por el olvido de que el derecho no puede ser ajeno a la vida de un pueblo.

Cuando no se nos lo presenta como realidad inmediata que llena toda la vida y debe ganarse en una permanente porfía contra la injusticia, corremos el riesgo de ir de abstracción en abstracción, de teoría en teoría, sin satisfacer la necesidad de Justicia que está inscripta en el alma de cada hombre.

Si solamente entendiésemos el Derecho como algo que se encuentra en los expedientes e instrumentos, sin advertir su condición de indispensable para la felicidad que cabe alcanzar en esta vida, como una necesidad para el desarrollo individual y colectivo, sin reconocerlo como algo propio que va y viene con nosotros; que está en las transacciones y contratos, en el hablar a veces docto y elegante, otras soberbio y petulante de los letrados, en las arengas de las audiencias, en la solemnidad de los notarios, en los insistentes reclamos de quienes buscan solución a sus litigios, en la continua aspiración de todos de ser atendidos en lo que estimamos legítimas aspiraciones de defensa de nuestra vida, intereses, honor familia; si no tenemos la sensibilidad para advertirlo será imposible pretender una sociedad más justa y humana.

II

Y ello cobra particular trascendencia en estos tiempos difíciles y contradictorios que nos toca transitar, que como ya señalara S. S. Paulo VI, casi nos obligan a la santidad.

No podríamos obviar la incidencia de las patentes dificultades y carencias por la que atraviesa hoy nuestra sacrificada sociedad y en que se desenvuelve nuestra vida, el conocimiento de la impronta e influencia que tales problemáticas imprimen a las conductas humanas. Ello significaría justamente estar dando res-

* Este texto recoge la Clase Magistral dictada en la Ceremonia de Colación de grado de los Programas Master en Derecho el 12 de abril de 2002.

1 R. Von Ihering: "Espíritu del Derecho Romano"

puesta abstracta, que nada dice a las aspiraciones, situaciones y padecimientos de quienes acudan a nosotros por nuestras incumbencias profesionales.

Tal vez frente a los comprometidos momentos por que atraviesa nuestra actividad profesional, que a todos nos compromete, es conveniente pensar sobre nuestras responsabilidades y advertir con la mayor claridad cual es la índole y el alcance de nuestros menesteres.

III

Vivimos el fenómeno de un mundo interconectado, particularmente por los mercados internacionales y la influencia de los medios de comunicación, que llegan a crear realidades ficticias y condicionan la vida de los hombres y los pueblos, y pretenden dictar normas de vida, valores y costumbres generalizados. Tal la característica de estos tiempos, en los inicios del nuevo milenio.

Esta tendencia a uniformizar en el mundo un producto cultural, nos insertan en la realidad de un nuevo imperialismo que pretende modelar a todos los pueblos según los parámetros de una "subcultura", que pone en riesgo las ricas diversidades culturales; cuando, sin embargo, las distinciones más significativas entre los pueblos siguen siendo justamente de esta índole, sin por ello desconocer la influencia e incidencia de factores políticos y económicos.

La permanente pregunta sobre ¿quiénes somos? sigue, hoy más que nunca, inquietando a los individuos y naciones, tornándose acuciante la necesidad de respuesta por el aludido fenómeno globalizador, cuando da la impresión que los valores propios de un tipo económico van apropiándose del mundo y uniformando a las sociedades según el modelo señalado.

Como ya señalaba Su Santidad el Papa Pío XII[2] *"...en los últimos siglos se ha intentado llevar a cabo una disgregación intelectual, moral y social; que busca la naturaleza sin la gracia, la razón sin la fe, la autoridad sin la libertad o la libertad sin la autoridad"*.

Así se produce el fenómeno de la edificación de un mundo sobre estructuras que traen a la Humanidad, una economía, un derecho, una sociedad, una política sin trascendencia; que acaban por gravitar funestamente en la familia, en la educación, en la administración de justicia, en la actividad legislativa, en la inteligencia entre los pueblos, incluso allí donde se determina la paz o la guerra.

Y vemos entonces el notorio impacto que han producido sobre las familias y las personas, los cambios, mudanzas y transformaciones sociales, característicos de estos tiempos postmodernos.

La interacción de tales aconteceres, sumados a las difíciles situaciones de vida, el empobrecimiento y subdesarrollo de los pueblos, la pública e impúdica exhibición de conductas irregulares y antiéticas revestidas de falso sinceramiento, los desordenes y promiscuidad en las costumbres, se traducen en ataques que cotidianamente debe enfrentar la familia y la comunidad.

A ello se agrega la acentuación del hedonismo y erotismo que resulta de la propaganda sofocante que promociona una sociedad consumista, la deficiente distribución de bienes y oportunidades y la desproporción entre ingresos y necesidades primarias, con su grave incidencia en la pretensión de constituir con dignidad una familia y proporcionar al individuo las posibilidades de su realización personal.

La gravedad de la situación se remarca al advertir que el hombre parece arrogarse funciones cuasi divinas, pretendiendo incluso modificar la naturaleza de las cosas.

Frente a ello el redescubrimiento de la propia identidad cultural aparece como medio para enfrentar los desafíos que el descripto estado de situación plantea.

La permanente recurrencia a la religión, la genealogía, la lengua, los valores, la historia, las costumbres, las instituciones y el Derecho, permiten reafirmar y definir quienes somos, quienes no somos e incluso contra quien estamos;[3] y de allí gestar el desafío de generar un reemplazo de esta realidad, o al menos su adecuación de modo que permita el respeto de las identidades, el desarrollo de los marginados y el acceso a los beneficios y apetencias inherentes a la condición humana.

IV

Seguramente, en algún instante, tal vez al inicio de nuestras carreras universitarias, soñamos sueños de gloria. Nos inflamamos pensando un mundo por venir, más justo, más libre, más humano. Y creímos que, podríamos participar, cual parteros, en el alumbramiento de un mundo nuevo, de una tierra nueva de cielos luminosos.

Y aunque no lo parezca, en el tránsito los tiempos, podemos descubrir que estamos viviendo esos sueños, que las utopías son posibles, al menos en lo profundo de nuestros corazones.

Es posible que no se nos haga patente la Justicia, y sin embargo, a poco que nuestra mirada se detenga, que nuestra sensibilidad se agudice, podremos

2 S.S. Pío XII: 12-X-1952

3 Huntington, Samuel P.: "El choque de civilizaciones", Piados, Bs. As., 1977.-

descubrir, en el cotidiano quehacer de los hombres a aquellos que todos los días, sobreponiéndose a sus frustraciones, dolores y miserias, a los defectos que la condición humana nos impone, se conducen con justicia incluso en generoso olvido de sus más legítimas aspiraciones y derechos.

Pocas veces he vislumbrado la Justicia en los años de mi vida profesional. muchas he tenido la profunda alegría y la gracia de conocer a hombres actuando con justicia.

Por ello los invito a seguir soñando; a pensar que la batalla decisiva ya ha sido ganada de una vez y para siempre en una Cruz, que la redención del Hombre esta lograda por una fuerza que nos supera y nos sostiene. Podrá en este combate haber avances y retrocesos, pero la Victoria esta segura.

Y entre tanto, mientras discurre nuestra vida, que sean nuestras profesiones, su ejercicio, el lugar desde donde podamos revitalizar los ideales.

V

Por la impronta de estos días es, posiblemente, la búsqueda de la libertad el cometido que más motiva e inquieta.

Al decir de Pierre Grimal, nadie duda que sea ésta una palabra de las más oscuras que existan, a la vez que al propio tiempo uno de los vocablos más conmovedores y más peligrosos que se conocen. Es que la libertad *"que se concibe comúnmente como una fuente de espontaneidad y vida, como la manifestación misma de la vida, se revela en la experiencia como algo inseparable de la muerte"*[4]

Nunca la vida es espontaneidad pura, siempre están los limites que impone nuestro cuerpo, los debidos a la resistencia de las cosas, a la presencia de los otros a lo largo de las edades. Toda la vida es una constante lucha, de modo que *"sólo hay libertad absoluta en una soledad absoluta y, finalmente, en la muerte"*.[5]

Desde antiguo el hombre ha buscado, querido y sufrido por ella, y ha descubierto la necesidad de conciliar las libertades espontáneas y la posibilidad de disponer del espíritu y del cuerpo a voluntad.

Es que no puede olvidarse que la libertad también exige obediencia, siempre que ella sea razonada, querida, importando sumisión a lo que nos supera y sobrepasa.

Aceptemos entonces las responsabilidades que la libertad nos exige, sin caer en desvaríos, y buscándola con ahínco, primero en la mansa aceptación de nuestras debilidades, para luego proyectar esa ansia de todo ser humano a la sociedad.

VI

Señores, si hoy están Ustedes aquí graduándose, es como producto de sus esfuerzos, del de sus familias y de su inteligencia.

Sin embargo, no será sólo por la inteligencia que habrán de destacarse. El sentido de Justicia, que permite apreciar los hechos y develar de que lado esta la razón, es herramienta poderosa a la hora de decidir como magistrados, de responder como letrados.

Que no se estanque el deseo de servir a la Justicia, que no se pierda el sentido de Equidad, pues podría ocurrir al corazón como a las aguas, que termine por corromperse.

Es deber de quienes ya hemos transitado largos años de ejercicio profesional, y hemos tenido la suerte de perfeccionar nuestros conocimientos, como ocurre ahora a ustedes, no olvidar la obligación de compartir esas experiencias, particularmente con los más jóvenes. La indulgencia ante las dudas y falencias de los más noveles es obligación de gratitud hacia nuestros maestros y ennoblece cuando generosamente podamos transmitir lo aprendido.

Cuando la aridez de los fracasos, las consecuencias de los errores cometidos, la soberbia de los poderosos, la necedad de los ineptos puedan caer sobre nosotros, que sea la templanza y el recuerdo de estos días la que caliente el espíritu y nos limpie la mirada para ver detrás de los sinsabores un mundo que aunque no lo parezca se desenvuelve como debe.

Y podamos así decir con el poeta *"Que más nos puedes dar en otra vida, si tan bello es el mundo Señor cuando se mira, con tu mirada en la mirada nuestra"*

VII

Graduados, que tras el horizonte que inauguran al recibir sus diplomas, encuentren verdes prados, de aguas cristalinas y cielos límpidos.

Que en sus profesiones y en la vida se conduzcan de tal manera que pueda traducirse en un canto de alegría y esperanza; cuyos ecos lleguen a sus padres y maestros, pintando en sus rostros una sonrisa satisfecha, que ilumine el ocaso, a medida que el día, nuestro día vaya declinando.

Que Dios los guíe. Buena suerte, hermanos.-

[4] Grimal, Pierre: "Los extravíos de la libertad", Gedisa, Barcelona (España), 2da. ed., 1998.-
[5] ídem. anterior

LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO*

CARLOS DE CORES
Profesor de Derecho Privado II y III, Universidad de la República
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay
Profesor de Derecho de las Obligaciones, de Derecho de la Responsabilidad
y Derecho de los Contratos I, Universidad de Montevideo

I.

El Dr. Sigman es uno de los redactores del Art. 9 del Código de Comercio Uniforme, el cual sería el equivalente de nuestra ley de Prenda sin Desplazamiento y puede aportarnos bastante de sus conocimientos a los efectos de mejorar el estudio de nuestra ley.

Ahora bien: qué tiene que ver nuestra ley de prenda sin desplazamiento con el Art. 9 del Código de Comercio Uniforme?. La razón por la cual hemos hecho este énfasis en el Art. 9 es que del estudio de antecedentes parlamentarios, de la historia fidedigna de la nueva ley de prenda sin desplazamiento surge que el Art. 9 es una fuente importante de esa ley.

Es muy importante tener en cuenta los antecedentes para poder desentrañar mejor el sentido de esta ley, que se caracteriza por ser muy concisa, muy resumida y que presenta problemas de interpretación, a tal punto que la doctrina así también lo considera, particularmente el Esc. Curbelo, Director del Registro de Prenda que elaboró una obra sobre la nueva ley y la Esc. Wonsiak que participó en algunas conferencias en la sede de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Todos coinciden en que es el Art. 3ero. el que presenta mayores dificultades, y es el que trata de los objetos prendables o sea qué bienes pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento.

En las actas de la Sesión de la Cámara de Senadores de fecha 17 de agosto de 1999 surge la manifestación del Senador Nahum Bergstein, que comienza diciendo que en 1994 el Banco Central del Uruguay conjuntamente con el Banco Mundial, hicieron un seminario sobre las garantía de los préstamos, destinado a potenciales inversores nacionales y extranjeros. Uno de los aspectos fundamentales que considera un inversor es el de los instrumentos jurídicos que puede eventualmente requerir el funcionamiento del sistema judicial y en especial el sistema de garantías. Entre éstos está el de la prenda que en Uruguay – indica Bergstein - por distintas razones no ha tenido la difusión que posee en otros países como un instrumento que fomenta el crédito y que beneficia a la pequeña y mediana industria.

Nuestro país tenía una vieja legislación en materia de prenda sin desplazamiento, basada en tres grandes leyes o si se quiere en una gran ley que es la ley del 18 que estableció el marco jurídico de este instituto y después dos leyes posteriores, la del 28 y la del 57 que aplicaron el esquema conceptual creado en 1918 a nuevos objetos es decir amplió el ámbito de aplicación del mecanismo jurídico conocido hasta ese entonces y que era aplicable solamente a la prenda rural, en primer lugar a la prenda industrial y finalmente a vehículos automotores y a otras máquinas y aparatos que se venden en el comercio. Ese sistema había quedado obsoleto y en consecuencia existía un vacío legal en el Uruguay que no permitía la adecuada utilización de este instrumento, de la prenda sin desplazamiento a los niveles de eficiencia que el mismo estaba teniendo en el extranjero.

Ese fue entonces el objeto del seminario del año 1994 y que tuvo como ponentes a los señores: Heywood Fleisig, Nuria de la Peña y Ronald Cumming, técnicos vinculados al Banco Mundial que explicaron cómo era ese sistema de garantía en EE.UU. y Canadá.

El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo fue aprobado, aunque – en mi concepto - con algún desconocimiento de las bases conceptuales que implicaba esta reforma. Hubo una idea de reformar el viejo

* Este texto recoge lo expuesto por el Profesor Carlos de Cores en el Seminario Garantías Mobiliarias-Ley de Prendas, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo los días 29 y 30 de abril de 2002.

sistema, pero no una conciencia muy acabada de en qué sentido se estaba reformando, y eso es lo que conduce a una redacción que en definitiva es un poco confusa, confusión que con el aporte del Dr. Sigman esperamos que se vayan superando.

La importancia de tener un sistema adecuado de garantías no es sólo teórica sino práctica, ya que un sistema jurídico en donde éste funcione bien, hace al crédito más accesible y esto no es meramente una frase; significa puntos de diferencia en la tasa de interés. En Uruguay estamos viviendo una dramática dificultad de crédito; siempre hubo poca oferta de crédito en relación a la demanda, pero para prestar un acreedor necesita seguridades y en la medida que haya un buen sistema jurídico que se las brinde, el acreedor va a estar más proclive a prestar y a prestar a una tasa más baja que si no las tiene. En consecuencia esto es, como decía Nuria de la Peña un tema jurídico con repercusiones económicas, de ahí su fase práctica.

¿Cuáles son las principales notas de ese informe que comentábamos anteriormente?

La creación de un "Generic Universal Security Interest that may attatch to all property", que traducido significaría la creación de un derecho real de garantía, algo como lo que es el derecho real menor de garantía para nosotros, con la diferencia de que se considera en este otro caso genérico. Esto es algo difícil de entender para nosotros ya que en los derechos latinos se concibe al derecho real menor como inmediatamente vinculado a una cosa. Según el 472 del Código Civil, derecho real es aquel que se tiene en una cosa o contra una cosa. De ahí su característica de inmediatez. Entonces el tema es cómo podemos plantearnos la idea de un derecho real genérico y universal, y vemos que ese es un problema conceptual, por tanto no podemos legislar sin tener un adecuado discernimiento.

Es decir; una cosa es un derecho en que el derecho de garantía puede referirse a cualquier tipo de bienes, y otro un derecho que – como nuestro anterior sistema - se basa en la restricción de los objetos prendables y tiene su propia racionalidad, así como también la tiene el sistema americano, o el alemán.

La idea de nuestro sistema anterior era que los objetos prendables sin desplazamiento eran específicos, y esto era necesario por la misma racionalidad de la prenda, ya que su efecto era la creación de un derecho real sobre determinados bienes o como más se aceptaba que era un "vínculo de indisponibilidad"; en consecuencia cuando un bien se encontraba prendado sin desplazamiento, el deudor no tenía la disponibilidad. El sistema protegía aún más la intangibilidad de esa prenda que el propio derecho real de garantía que regulaba el código civil, que lo que hace es mantener un derecho oponible a todos.

Lo que se lograba mediante nuestro anterior sistema era cortar la posibilidad de hacer tradición de la cosa. De acuerdo con nuestro sistema romano de circulación jurídica de los bienes, se requiere dos negocios: el título hábil y el modo que es un negocio dispositivo (tradición) y se necesita la unión de los dos elementos y el segundo elemento requería cierta publicidad. Entonces si había un vínculo de indisponibilidad y se intentaba disponer a favor de un tercero, ese tercero no iba a recibir nada, ya que estaba recibiendo algo de un sujeto que no estaba legitimado para trasmitirle el dominio. De ahí es que este elemento de nuestra anterior prenda sin desplazamiento se imponía fuertemente a los terceros ya que el tercero se veía afectado por la existencia de este vínculo prendario. Por eso se necesitaba un mecanismo de información sobre qué bienes estaban afectados por este tipo de prenda y la forma de informarse era el Registro. Esta situación era posible porque la cantidad de bienes que podían estar prendados era una cantidad acotada, solamente ciertos bienes podían ser objeto de esta prenda, por tanto si yo adquiría algún bien de los definidos en esas categorías, tenía la carga de ir al Registro, para saber si estaba prendado o no.

Y justamente aquí la pregunta es cómo podemos tener esa certeza si se puede prendar cualquier cosa. Éste es entonces un elemento fundamental que no quedó bien resuelto en la ley, ya que aquí, con la ley se abre la posibilidad de prendar todo tipo de bienes, pero no se regulan las distintas circunstancias o matices que se pueden dar de conflictos que surjan de las relaciones entre el acreedor garantizado y los terceros que reciben ese bien por la vía del comercio jurídico.

La segunda característica que tiene que tener la prenda según este informe del Banco Mundial es la posibilidad de prendar el inventario y las cuentas por cobrar ("inventory and accounts receivable"). Muchos comerciantes e industriales tienen mercaderías en stock y a su vez tienen mercaderías a cobrar, documentadas a veces en títulos valores y a veces no, eso forma una masa de dinero importante que en cualquier parte del mundo puede servir como asiento para una garantía mobiliaria, y nuestras antiguas leyes de prenda no daban la posibilidad concreta y segura de prendar ese tipo de bienes. Básicamente el problema era que el inventario es algo que se renueva, es un conjunto de mercaderías (el fondo de comercio al que se refería la ley francesa al prever la prenda del mismo, así como la ley argentina de 1946 también lo permitía) y nuestro derecho no tenía una ley que permitiera la prenda de mercaderías flotantes con seguridad ya que no había un concepto general que permitiera la subsistencia del gravamen prendatario sobre mercadería que iba cambiando, porque al ser la prenda un derecho real requería la identificación de una cosa concreta sobre la cual recayese el mismo y si esa cosa era enajenada o cambiada por otra esta nueva cosa no era objeto de prenda. Este razonamiento que

teníamos nosotros era formalmente muy adecuado pero comercialmente inconveniente porque el sentido que tiene una garantía no radica en la cosa en sí misma sino en el valor de la cosa, eso es lo que le importa al acreedor, es decir el valor con el que eventualmente puede resarcirse por el incumplimiento de la deuda garantizada.

Esa era nuestra concepción y hay casos como por ejemplo uno de prenda del ganado. Se prendaron vaquillonas de dos años y su ejecución se inició a los 4 años de realizada la prenda; se embargaron animales de dos años, que era lo que indicaba la prenda, pero se argumentó que los animales específicamente prendados tendrían que tener, en el momento del embargo, 6 años, ya que era imposible que tuvieran dos años si eran los mismos animales prendados hacía cuatro años.

Se trataba por tanto de tener un sistema que permitiera que la garantía pudiera flotar y que pueda continuar siendo vigente.

Se planteaba entonces un conflicto entre el acreedor prendario y el tercero y teóricamente ganaba el acreedor prendario porque era muy fuerte esa garantía.

Por ejemplo en el *derecho alemán* esa situación no se da ya que parte de la base de la existencia de una autorización, mediante la cual el acreedor autoriza al deudor a disponer, es a su vez una actuación fiduciaria y por tanto los terceros acreedores adquieren libre de gravámenes.

Es fundamental tener clara este concepto para poder comprender el sistema que se nos ha querido plantear como modelo. En muchos casos la prenda va a estar perfeccionada pero en la forma en que está organizado el sistema, no tiene rei-persecutoriedad contra terceros. Ello parece bastante lógico porque si yo tomo en prenda las mercaderías que hay en una casa de comercio y esa casa de comercio lo que tiene son camisas, es ilógico que luego pretendamos desposeer a los compradores de sus camisas porque estaban prendadas.

Entonces la pregunta es a qué se reduce el derecho del acreedor prendario en un contexto del tipo americano o el del Proyecto de Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA, y la respuesta en mi concepto es que se reduce al otro gran efecto que tiene el derecho real de garantía en nuestro medio que es la preferencia en el concurso, porque si el deudor cae en una figura concursal, ese acreedor va a poder cobrar con preferencia, utilizando un derecho exclusivo sobre ese bien en prelación a todos los demás acreedores.

Hay que distinguir dos conceptos que van paralelos: la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento que en nuestra ley están muy confundidos y sin embargo, tienen connotaciones bien diferentes. La primera es como cualquier hipoteca que tiene el doble efecto, el de la rei-persecutoriedad en el desplazamiento porque el acreedor puede ejecutarlo en manos de quien esté y la preferencia en el concurso.

Pero una prenda sin desplazamiento que se realiza sobre un bien no identificable registralmente que no tiene una forma de identificarse, que los terceros puedan fácilmente conocer, justamente en este caso, no puede implicar para los terceros la carga de la posibilidad de un gravamen que no tienen la posibilidad práctica de ir a consultar a ver si existe o no existe.

La reserva de dominio y la transferencia fiduciaria (en derecho alemán) admiten una extensión vertical y una horizontal. La primera no es otra cosa que la subrogación real que opera en nuestro medio, es decir se traslada el gravamen correspondiente a los bienes originalmente prendados. Y la horizontal es la extensión al producido de ese bien; es decir que cuando el deudor enajena el bien en el curso ordinario de sus negocios de acuerdo a la autorización fiduciaria que le dio su acreedor, el producido de esa venta ya sean créditos, vales, dinero en efectivo o "vouchers" de tarjetas de crédito, en la medida en que el acreedor pueda probar que hay una derivación de esos créditos, bienes monetarios o financieros con el bien originalmente prendado, se considera que también están prendados. Esto también se da en el derecho anglosajón. Pero siguiendo con el esquema alemán, vemos que se admite la utilización de la reserva de dominio y de la reserva fiduciaria en garantía sobre una base "ómnibus", y es que yo puedo vender con garantía de dominio y me reservo el dominio en garantía del saldo de la venta de ese bien; pero también puedo utilizarlo en garantía de otras deudas que tiene el cliente para conmigo si yo soy proveedor de él y yo le vendo usualmente algunas cosas; si le vendo un bien con reserva de dominio y me cumple la obligación de saldo de precio correspondiente a ese bien pero no me cumple con otra obligación correspondiente a otro bien, yo puedo utilizar aquel bien como garantía de la deuda correspondiente a otra obligación, o sea utilizo la reserva de dominio con una mayor flexibilidad que permite más comodidad para el acreedor y del mismo modo la transferencia fiduciaria en garantía.

También se regula en el derecho alemán con gran precisión, diferente situación a la de nuestra ley que es muy concisa y poco clara y naturalmente no se puede basar una ley en dos o tres artículos, que son los que regulan el tema desde el punto de vista civil, ya que hay otros artículos que enumeran delitos de tipo penal y una gran parte destinada al aspecto procedimental mientras que la parte sustancial de derecho civil, prácticamente sobre dos o tres artículos. Por ejemplo en el sistema alemán se permite la prenda de materia prima que se puede afectar con un derecho de garantía, pero esa materia prima (por ejemplo madera) va a transformarse en un producto

elaborado (por ejemplo mesas) y si aplicamos nuestra vieja concepción la prenda desaparecería; en realidad se mantiene la garantía en las mesas, pero desde el punto de vista del valor, que es lo que realmente importa, tiene un valor agregado respecto de la materia prima (madera) y eso no puede estar prendado. Entonces en el valor de la manufactura (mesas) va a haber un 50% prendado y un 50% que no lo está. A su vez todo esto presenta particularidades que están perfectamente reguladas en el código de comercio alemán y lo importante es que el acreedor tiene una garantía.

Debemos recordar que vivimos en un momento en que hay que reconocer la influencia que tiene este sistema de garantía, que es muy eficiente y que se está imponiendo a pasos agigantados en el comercio internacional, debido a que sus creadores (alemanes y/o anglosajones) son potencias mundiales, pero además hay que reconocer que es un producto jurídico excelente, muy trabajado, muy eficiente que permite la utilización logrando un justo equilibrio de intereses de deudor y acreedor y como todo lo bueno se ha ido imponiendo en los sistemas de corte latino (España, Italia, Francia), con algunos inconvenientes, es cierto; por ejemplo en Italia recién en el año 98 se admite por la Corte de Casación en forma inequívoca la prenda rotativa, se discutía gasta ese momento si era posible una prenda rotativa. En Francia también hay cierta resistencia de los jueces de admitir esa idea. Pero hay una realidad que es que el comercio internacional exige medios de garantía más flexibles, ya que la prenda tradicional no puede funcionar porque el comercio necesita una inyección de financiamiento y el financiamiento necesita nuevas garantías, es este en definitiva el contexto idóneo para que se desarrollen estas nuevas garantías que se incorporan a través de estos procesos legislativos.

Acerca de si se da una contradicción en el criterio interpretativo que puede tener el registrador sobre lo que es "concretamente identificable" y lo que puede entender un juez en forma posterior, el único argumento que tenemos nosotros son las palabras "concretamente identificable", nosotros le damos la adaptación en el sentido de que hay una base legal que establece márgenes, como una identificación mínima.

En la ley Registral se le exige al registrador una calificación del acto previo y debe tener los requisitos que la ley manda para admitir el registro. El registro es un órgano que tiene responsabilidades y debe calificar el acto conforme a derecho, por tanto el registrador tiene la potestad, conforme a esa ley registral, de entender de buena fe por ejemplo que un bien no es concretamente identificable, entonces rechaza la inscripción, y el acreedor plantea un contencioso registral o sea discute con el registro en una esfera procesal registral que eso que hizo es inadecuado...

De todas formas por lo general se da la inscripción , sin dudas que puede darse lugar a un contencioso, pero generalmente queda como provisorio y pedimos que se aclaren los datos identificatorios, pero repetimos que esa situación casi no se da en los hechos.

II.

El Art. 29 de la ley de Registros establece el Registro Nacional de Prenda sin desplazamiento y dice que se ordenará sobre la base de la previa matriculación del deudor o dador prendario, según corresponda, y la concentración en un solo elemento registral de las operaciones que realice con la garantía de sus bienes muebles.

Es decir, esto para mí define que la identificación del objeto es accesoria, secundaria. El tema de que sea concretamente identificable o no (más allá de que podríamos interpretar el art. 3 en el sentido de que los bienes en él referidos no son tan concretamente identificables), más allá de eso creo que esta norma ve por el buen camino, en el sentido de que lo que importa es identificar al deudor y de alguna forma sería el sistema de la bandera roja que decía el profesor, porque, ¿ qué voy a saber yo?, voy a saber que Juan Pérez tiene una prenda escrita de algo, que estará muy bien descrito o muy poco descrito, pero que en definitiva me va a mover a mi a ir averiguar " a ver Sr. Usted quiere que le preste, bueno justifíqueme un poquito que es esto que aparece en el registro que Ud. tiene una prenda" es decir, muchos bienes, pocos bienes.

No voy a ingresar en el tema de si se pueden prendar todos los bienes del deudor porque ahí ya es un problema que quizás nuestras culturas cambian bastante, me refiero a la cultura latina en general y a la cultura anglosajona que digamos tienen una visión distinta en este punto como en otros tantos puntos de Derecho y que tenemos una formación diferente, pero en este punto de vista, creo que acá hay una norma que puede ayudar, y que en definitiva responde a esa nueva visión, porque es coherente con pensar que en definitiva lo que se busca con la nueva ley es ampliar la posibilidad de que el deudor haga operaciones con sus bienes muebles aunque no estén totalmente identificados. ¿ Y con qué finalidad?, (lo conversábamos afuera) no con la finalidad de lograr la reipersecutoriedad del efecto (es decir, si un tercero compra o adquiere ese bien que no es fácilmente identificable, y que no tiene forma de averiguar la prenda, bueno, quizás lo compre libre de gravámenes) pero sí de lograr protección en una hipótesis de proceso concursal, de quiebra, de liquidación judicial, o de concordato, en el cual, va a haber una situación de igualdad de todos los acreedores pero yo voy a tener una preferencia. El acreedor aquél que había registrado una prenda sobre determina-

dos bienes, va a tener una preferencia, una prioridad, y eso le confiere al instrumento, una utilidad, o sea que a ese acreedor no es que le va a quedar en nada esa prenda que inscribió.

Última cosa que quiero mencionar: un minuto voy a hablar de la prenda de créditos. Me parece que es algo interesante que está funcionando y me dijeron hoy que el registro estaba admitiendo la prenda de Derechos de promitente comprador, lo cual me parece que es algo que se discutió y no se supo bien en su momento, creo que es un avance muy importante.

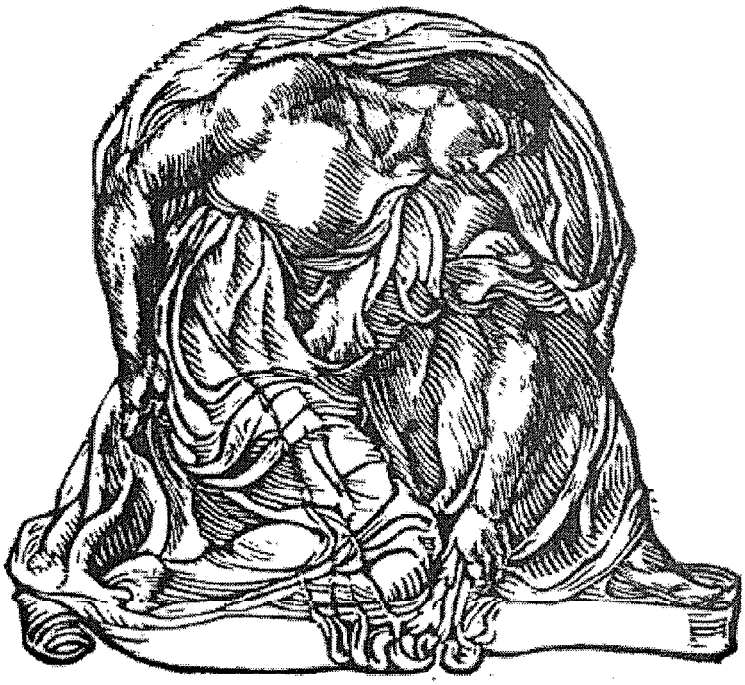
Pero en definitiva, ¿cómo interpretamos esta referencia del Art. 3 a que se pueden prendar créditos? ¿en mi opinión es necesario interpretar y conectar esta ley, con la Ley de Factoring (Ley nº 17.202), que regula el tema de la cesión global de los créditos, que en el texto de la ley está tomado como cesión lisa y llana, o cesión pura y simple, pero también creo que surge del texto de la ley que incluye las cesiones en garantía porque dice que se puede hacer por adelantos de dinero en efectivo, entonces en definitiva, si se ceden créditos por un adelanto de dinero, eso significa que está en garantía de ese crédito, de ese adelanto. Esas normas, de la Ley de Factoring, prevén que hay dos situaciones; una de ellas es la factorización de los créditos, que tiene unas ciertas reglas: para que los créditos se transfieran al cesionario hay que cumplir determinados requisitos que están en la ley, " pero", dice, " en la medida en que no se notifique al deudor cedido, a al deudor de la "account", el deudor le va a pagar bien al original acreedor", porque evidentemente esa algo que está en la naturaleza de las cosas, en la lógica y el deudor se va a liberar pagándole al acreedor original porque no recibió ningún aviso, eso es una constante en todos los modelos de ley de factoring y cesión de cuentas por cobrar, lo tiene la UNCITRAL, lo tiene la ley modelo de la OEA, de la CIDIP- VI, digamos que está en todos lados porque es una cosa elemental. Consecuencia: cuando por ejemplo un banco toma una prenda de créditos sin desplazamiento, "todos lo créditos derivados de la venta de tal tipo de artículos que se realicen durante el año tal, de la casa de comercio tal", si inscribe esa venta en el Registro, ello no impide que ese deudor de la compra del artículo tal o cual le pague directamente al acreedor original, es decir, al comercio deudor del banco, y ese pago es liberatorio, el banco no va a poder reclamarle a ese deudor concreto que le pague a él.

Entonces. ¿qué es lo que tiene el banco? El banco tiene un instrumento que le permite en caso de incumplimiento, o en caso de quiebra o concordato, reclamar para sí un derecho prioritario sobre esa cartera de deudores procediendo en ese caso si por ejemplo a notificarlos a todos, para que le paguen al banco, pero sobre la base de un derecho precedentemente constituido que no puede ser cuestionado por la masa y que excluye cualquier otro reclamo sobre dichos créditos.

Estas son, telegráficamente, cosas sobre el objeto de la prenda.

...

Finalmente, un breve comentario de despedida nada más. Efectivamente este último tema daba para mucho más: el aspecto procesal, el tema procedimental es otro de los temas en lo cuales quizás la ley de prenda no ha cumplido con la expectativa del objetivo original. Los otros días una abogada del banco donde trabajo, de forma totalmente espontánea, me mandó un informe referido a un deudor concreto que había constituido una prenda sobre un vehículo automotor, señalando (palabras textuales) que como a partir de la nueva ley la ejecución era más difícil no había habido resultados. Es decir, daba como una cosa natural que esta ley lo que había hecho, era dificultar la ejecución en lugar de facilitarla; eso referido al tema específico de ciertas garantías que hay que presentar para poder pedir la ejecución, ni siquiera se puede iniciar la ejecución directamente, sino que hay que presentar una garantía de que no va haber un abuso de esa ejecución. En definitiva, le agradezco al profesor Sigman, y espero que en otra oportunidad podamos disfrutar de su conocimiento en este tipo de temas y muchas gracias a todos Uds.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia Nº 181 del Tribunal de apelaciones en lo Civil de 5º turno, del 12 de setiembre de 2001.*

- ***Labandera, Pablo,*** *«Teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero».*

SENTENCIA Nº 185 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2001 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5º TURNO

MINISTRO REDACTOR: DR. LESLIE VAN ROMPAEY

Montevideo, 21 de agosto de 1995.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos Autos caratulados: "FISCO Y OTRO C/XX, Imputación de infracción aduanera": Ficha Nº XX, a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia Nº 20 del 3.5.00 dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de ADUANA de Primer Turno;

RESULTANDO:

1) *Dicho fallo, que relaciona con precisión las resultancias de autos, hizo lugar a la demanda acusación, condenando al Despachante de Aduanas XX, como responsable de la infracción aduanera de diferencia, imponiéndole un recargo igual al monto de los tributos en que se habría perjudicado al Fisco por la infracción.-*

2) *Fundando la apelación (fs. 296 – 299), expresó en síntesis el demandado que estamos ante un despachante de Aduana que es un profesional del comercio exterior, que podrá haber incurri-*

LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO ADUANERO

I. INTROITO

La excelente sentencia que se comenta, analiza una serie de temas vinculados al Derecho Aduanero que son de enorme trascendencia práctica y – por sobre todo – de continua controversia tanto a nivel judicial como administrativo.

Así, el fallo que se examina, se pronuncia entre otros temas, sobre la vigencia y validez de los certificados de origen y su relación con la clasificación arancelaria; la oportuna integración de la Junta de Aranceles para el caso de que la misma sea llamada a pronunciarse, el valor jurídico de sus dictámenes; y el espinoso punto de la responsabilidad objetiva en materia aduanera.

Pero, en lo que al presente trabajo refiere, la sentencia comentada recoge y aplica en materia de Derecho Aduanero, la "Teoría de los Actos Propios", fijando de ese modo, una inédita postura jurisdiccional respecto del actuar de la Administración Aduanera en el control a posteriori que habitualmente practica.

Por último, siendo éste un estudio de alcances acotados, portador de una finalidad sustancialmente práctica, habremos de limitarnos a esbozar estas breves ideas sobre el tópico, remitiendo el análisis de fondo de varios temas, a las excelentes obras especializadas que han profundizado sobre el mismo.

II. PAUTAS CONCEPTUALES SOBRE LA *"TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS"*. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO FUNDAMENTO CONCEPTUAL DE LA TEORÍA.

La *"Teoría sobre la Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior"* o *"Teoría de los Actos Propios"*, es una construcción jurídica, con antecedentes en el Derecho Romano y en Institutos de similares consecuencias en el *Common Law*, que otorga trascendencia a una serie de actos u

do en un error de interpretación de la norma (clasificación arancelaria), pero que en ningún momento se le podrá tachar de haber actuado de mala fe, asesoró a una empresa con fundamentos y con razón, aún cuando no sean compartidos.-

La empresa importadora venía importando sin problemas desde el año 1996 el producto que ha dado lugar a esta denuncia, y luego de casi dos años, cuando ya habían pasado más de 30 permisos por las manos de la División Análisis, la profesional actuante resuelve observar los mismos, pretendiendo cobrar una infracción por mercaderías que ya han sido comercializadas en el país.-

La infracción aduanera de diferencia se produce en el momento de la verificación, "al hacerse las verificaciones del caso", art. 246 de la Ley Nº 13.318.-

No estamos ante un caso de verificación provisoria, sino que los resultados de análisis coincidieron con la declaración aduanera y se encuentran firmados por los propios verificadores actuantes.-

No procede la infracción aduanera de diferencia en forma posterior a la verificación.-

El dictamen de la Junta de Aranceles obliga al juez en cuanto a la clasificación arancelaria, pero no respecto de la configuración o no de la infracción aduanera, competencia exclusiva del Poder Judicial.

---

omisiones que – por la forma de su manifestación o por su apariencia – han dado justo motivo a que otros sujetos adapten a ellos su propia situación. [1]

Es por ello que la teoría mencionada, vuelve relevante la primera conducta; sea para evitar el cambio; sea para que ese cambio resulte inoponible respecto de quien se adecuó a la primera conducta; sea para indemnizarlo si el cambio de la situación es imprescindible porque obedece al interés colectivo.

La Teoría de los Actos Propios entiende que así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir en forma válida contra sus propios actos, pues si bien es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de otra persona, surge una relación jurídica que no puede ser destruida por actos posteriores. [2]

En tal sentido, la conducta de cualquier sujeto de derecho se torna inoponible, cuando es contradictoria con otra anterior, jurídicamente válida y eficaz, y emanada del mismo sujeto. [3]

Y el fundamento de su aplicación a los casos concretos, se encuentra en el ***principio de buena fe***, manifestado tanto en su aspecto objetivo (deber de actuar con corrección de acuerdo a un *standard* de normalidad); como subjetivo (la correlativa buena fe – confianza de quien presupone dicha corrección y regularidad). [4]

El principio general de buena fe, que opera, tal como se ha señalado precedentemente, no sólo en el ámbito del ejercicio de derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación del ciudadano medio, puede esperarse de otra persona.

Es por ello que la buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. [5] Significa que, éste otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales. [6]

Por tanto, del principio general de la buena fe, se extraen sin esfuerzo, institutos que buscan corregir distorsiones claras, donde se demuestra que resultaría inconveniente aplicar la solución legal tradicional, sin más.

Así, se han desgajado del citado principio ideas como el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, la doctrina de la apariencia, y **la doctrina de los actos propios**, entre otros. [7]

1 BERRO, F. *La Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios).* Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, págs. 91/92. Montevideo. 1989.
2 *Diccionario de Derecho Privado,* Tomo I, pág. 181. Editorial Labor. 1961.
3 VIVES, L. M. *"La Doctrina de los Actos Propios"*, en *Revista La Ley,* T. 1987 – B, Sección Doctrina, págs. 946/958. Buenos Aires. 1987.
4 BERRO, F. En *Ob.cit. op. cit.*
5 DÍEZ – PICAZO, R. prólogo a la traducción española de la obra de WIEACKER, *El Principio general de la buena fe,* pág. 12. Madrid. 1977.
6 LACRUZ, E. *Manual de Derecho Civil,* págs. 135 y ssgg. Barcelona. 1979; y en análogo sentido, PUIG BRUTAU, J. "La Doctrina de los Actos Propios", en *Estudios de Derecho Comparado,* págs. 102/103. Barcelona. 1951 y en *Introducción al Derecho Civil,* págs. 387 y ssgg. Barcelona. 1981.
7 LÓPEZ MESA, M. *La Doctrina de los Actos Propios,* pág.29. Depalma. Buenos Aires. 1997.

Además, los dos integrantes de la actividad privada no estuvieron presentes, lo que configura nulidad absoluta.-

La Directiva Nº 13/97 de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, no se encuentra vigente en nuestro país.-

No existieron maniobras de ningún tipo para violar las disposiciones legales. Al solicitar los despachos que se denuncian presentó todos los documentos en forma correcta, dando toda la información necesaria y sometiendo la mercadería a análisis, cuyos resultados coincidieron totalmente con sus declaraciones y las mercaderías fueron verificadas en forma.-

Estamos ante un clarísimo caso de distintos criterios de clasificación arancelaria, y no fueron los únicos en interpretarlas de dicha forma.-

Como sostiene Ariosto González, "la norma cierra toda reclamación sólo en los casos en que el sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera ha cumplido con todas sus obligaciones y ha proveído a la Aduana de todos los antecedentes para que ésta pueda resolver en forma.- En tal caso, sería razonable sostener que el particular no es responsable por los errores de la Administración".-

El artículo 287 no descarta la relevancia del elemento subjetivo de la infracción, sino que incrimina la infracción aduanera en todos los grados de culpabilidad; esto es, el principio

---

Es justamente uno de ellos, la Teoría (o doctrina) de los Actos Propios o *"venire contra factum proprium, non valet"* [8], derivación de aquél, el que nos ocupa en el análisis de la sentencia ya mencionada.

A dichos efectos, tanto Doctrina como Jurisprudencia nacional [9] han considerado en forma reiterada que la teoría antedicha, constituye una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe, y, como tal, integra nuestro derecho positivo [10], resolviéndose que, resultan inadmisibles las alegaciones que importan ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces. [11]

La teoría analizada incorpora y representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético – social en el orden jurídico [12], y, concretamente, el valor confianza. [13]

Ello porque, se presupone que, si las partes intervinieron en el nacimiento del acto, y actuaron lealmente, es indudable que su intención era que el acto produjera sus efectos, sin apartarse de sus posturas iniciales. [14]

Asimismo, cabe remarcar con firmeza conceptual que, esta teoría, por su propia razón de ser, no se encuentra acotada en cuanto a su invocación o aplicación, a las relaciones entre particulares, sino que puede (y debe) hacerse extensiva al ámbito del Derecho Público.

En tal sentido, específicamente, nos recuerda el Dr. BERRO que: *"Sobre todo en el Derecho Público...la teoría encontrará respaldo en los principios lógicos que impiden la contradicción dentro del sistema y en los principios positivos que permiten solucionarla consagrando la eficacia de los actos temporalmente vigentes, la presunción de legitimidad de los actos de Derecho Público y la protección de la confianza en la apariencia. En fin: la seguridad jurídica".* [15]

Lo contrario sería liberar al Estado de las obligaciones de moralidad y coherencia, lo cual implicaría vulnerar el sistema republicano de gobierno, volviendo a etapas superadas del Derecho. [16]

[8] En tal sentido, la moderna doctrina italiana, considera a la buena fe, a dichos efectos, como el principal instrumento o *"regla de la discrecionalidad privada"*. Así, *vide in extenso*: LUCA NANNI, *La buona fede contrattuale*, págs. 336 y ssgg. CEDAM. Padova. 1988 y ADOLFO DI MAJO, *Obligazioni in generale*. pág. 295 y ssgg. Giuffrè. Milano. 1995.

[9] A simple título de ejemplo: BERRO, F. *La Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1989 - GELSI BIDART, A. "Acerca de la Teoría del Acto Propio", en *Revista Jurídica Estudiantil, Mayo de 1988, Nº V – Año III*, Sección Doctrina, XYZ Editores. Montevideo. 1988) - PIZZA DE LUNA. "La Doctrina de los Actos Propios y su aplicación en las Legislaciones Modernas, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, págs. 555/565.

[10] Es por ello que, invariablemente se ha considerado que este principio, arraigado en las normas constitucionales, de cuño *jus naturalista* (artículos 7, 72 y 332 de la *Carta*) posee idéntico sustrato ideológico que el de buena fe del que conforma una expresión concreta.

[11] A simple título de ejemplo, pueden citarse: *ADCU, T. XXIII*, c. 52, c. 54; *ADCU, T. XXV*, c. 96; *Revista LJU*, c. 12.470 y c. 12.629; Sentencia Nº 50 de 26 de abril de 2000 del TAC de 2º Turno; Sentencia Nº 134 de 24 de agosto de 1999 del TAC de 3er. Turno; Sentencia Nº 143 de 30 de agosto de 1999 del TAC de 3er. Turno; Sentencia Nº 29 de 10 de marzo de 1999 del TAC de 5º Turno y Sentencia Nº 166 de 24 de agosto de 2001 del TAC de 5º Turno; entre otras.

[12] DÍEZ PICAZO, R. *La doctrina de los actos propios*, pág. 139. Barcelona. 1963 - LARENZ, *Derecho de las Obligaciones*, traducción española, I, pág. 143. Madrid. 1958.

[13] DROMÍ, R. *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 475. Buenos Aires. 1973.

[14] BETTI, F. *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 377; al que sigue DE LOS MOZOS, *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, págs. 140 y 183/185, Ed. Bosch. Barcelona. 1965.

[15] BERRO, F. En *Ob.cit. op. cit.*

[16] LOPEZ MESA, M. En *Ob.cit. op. cit.*

rector en materia aduanera es que las infracciones se castigan a simple título de culpa.- El elemento subjetivo por ende, sigue siendo relevante, ya que el sujeto pasivo podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra haber actuado con toda la diligencia que en materia de agentes de comercio exterior es evaluada con exigencia extrema.-

3) Evacuando el traslado conferido (fs. 302-304), el Ministerio Fiscal abogó por la confirmación del fallo en recurso; concedida la apelación, y elevados los autos al Tribunal; previo pasaje a estudio, se convocó a las partes a la audiencia de fs. 327, a la que no comparecieron, existiendo Discordia Total, se integró la Sala con el Dr. Hipólito Rodríguez Caorsi.-

En la audiencia de fs. 334 se logró la unanimidad, superándose la Discordia inicial, decidiéndose la prórroga para el día de la fecha para el dictado de la sentencia con sus fundamentos (art. 343.7 del CGP).-

CONSIDERANDO:

1) Estima el Tribunal, que los agravios articulados en sustento de la apelación son sustancialmente de recibo, por lo que se revocará la sentencia en recurso, denegándose la actuación de la pretensión sancionatoria fiscal.-

En rigor, el acogimiento de la demanda acusación, sustentada por razones de índole formal, implica dar cobertura legitimante a una modificación radical y tardía de la

---

Por tanto, no existe razón alguna para excluir al Estado de la aplicabilidad de la teoría de los actos propios [17], ya que sería excluirlo de la obligación de respetar un principio básico del Derecho y de la moral como lo es el de la buena fe, de la cual el *non venire contra factum proprium* constituye una aplicación concreta.

Lo inverso, tal como se anotaba precedentemente, implicaría una dispensa inaceptable de la malicia, y una franquicia para cometer inequidades, cuya base sería solo la presunción de utilidad pública del obrar administrativo, la que no siempre se verifica en los hechos. [18]

Pero eso sí – cabe hacer una salvedad conceptual al respecto – **para que la Administración no pueda volver sobre sus propios actos, es preciso que éstos hayan originado no una mera expectativa de derecho, sino un auténtico derecho**; puesto que los derechos adquiridos no nacen hasta que son presupuesto o requisito para ello.

Por tanto, si bien no puede hablarse en la especie de una "*costumbre administrativa*" ni de un "*precedente (o práctica) administrativo*" [19], sobre los cuales existen diferentes posiciones doctrinarias en relación a su valor como fuente de derecho [20]; toda vez que la discrecionalidad habilita a aplicar la norma en varios sentidos distintos, solamente la discriminación singular y sorpresiva a un administrado aplicándole otra interpretación diversa a la usual, va contra los principios constitucionales de igualdad ante la ley [21], de buena fe, de protección de la confianza del tercero y de interdicción de la arbitrariedad propia. [22]

Y ello porque, la Administración no puede ir contra sus propios actos [23]; lo cual, huelga decirlo, no le impide variar de postura. Pero siempre que se produzca este cambio de criterio, el mismo no podrá tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado [24] (contribuyente).

III. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA *"TEORÍA"* ANALIZADA.

Pues bien, la Teoría de los Actos Propios constituye por tanto, una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior

---

[17] A tales efectos, *vide*, entre otras: *Sentencia Nº 106 de 30 de agosto de 1996*, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno; y *sentencia Nº 29 de 10 de marzo de 1999*, del mismo Tribunal.

[18] MAIRAL, H. *La Doctrina de los propios actos y la Administración pública*. Depalma. Bs. As. 1994.

[19] CASSAGNE, J.C. *Derecho Administrativo*, Tomo I, 6ta. Edición, págs. 156/157. Buenos Aires. 1998, quien afirma que el precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye una fuente de Derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el Derecho Administrativo; por lo cual, un cambio de criterio en dicho sentido, atenta contra la seguridad jurídica y la observancia del principio de igualdad ante la Ley, y constituye una arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública.

[20] *Vide in extenso*: GUISANDE, A. "El valor del precedente administrativo", en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Sección Jurisprudencia Comentada, págs. 311/317.

[21] COSCUELLA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 3ra. Edición., pág. 129. Ed. CIVITAS. 2000.

[22] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T-R. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (8va. Edición Rev. Y Aum.), pág. 68. Ed. CIVITAS. 2000.

[23] BOQUERA OLIVER, J. *Derecho Administrativo*. 4ta. Edición, pág. 149. Ed. CIVITAS. 2000.

[24] GARRIDO FALLA. F. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Tomo I, pág. 326. Ed. TECNOS. Madrid. 1989.

postura o conducta asumida por la Administración al autorizar reiteradamente permisos de importación similares al que motivara la presente denuncia aduanera, y conspira contra el valor superior justicia que debe guiar prioritariamente la actividad jurisdiccional.-

2) Entiéndase que la infracción aduanera de diferencia, en mérito a lo establecido por el art. 246 de la Ley 13.318, sólo puede consumarse cuando se comprueba, al hacerse las verificaciones, que si se hubiesen seguido las declaraciones, datos o indicaciones del solicitante, el Fisco se habría perjudicado en la percepción de la renta.-

En el caso, la imputada infracción fue descubierta cuando la mercadería ya había ingresado al consumo, cumplida la operación aduanera de importación, en base a la verificación documentaria a posteriori.-

La pretensión fiscal postula la revisión de las declaraciones aduaneras, controladas y aprobadas reiteradamente por la Administración, en función de un cambio de criterio de la Aduana en punto a la clasificación arancelaria de una mercadería (aceite comestible), en materia que resulta, por añadidura de clara opinabilidad.-

3) Los principios de responsabilidad objetiva propios de este proceso no pueden llevarse a extremos de un rigorismo tal que llegan a concluir en un verdadero despropósito.-

---

efectuado por el mismo sujeto [25], en el marco de una misma relación jurídica, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación. [26]

Ahora, de un análisis comparado de la Doctrina más recibida que ha estudiado la "*Teoría*" mencionada [27], pueden extraerse como **presupuestos de aplicación de la *Teoría de los Actos Propios***, los siguientes:

i. Que se haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una conducta anterior, relevante y eficaz;
ii. Que posteriormente la misma persona (física o jurídica; privada o pública), intente ejercitar una facultad o un derecho subjetivo, creando una situación litigiosa y formulando en ella determinada pretensión;
iii. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista incompatibilidad que atenten contra la buena fe;
iv. Que la conducta contradictoria afecte a quien actuó basado en la primera, y por último;
v. Que exista perfecta identidad entre los sujetos vinculados por ambas conductas.

IV. VERIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS REQUERIDOS POR LA *"TEORÍA"* ESTUDIADA, RESPECTO DEL CASO RESEÑADO.

Sin perjuicio de lo que se expresara en el capítulo correspondiente del presente trabajo, analizaremos ahora como, en la sentencia que se comenta, se dan todos los presupuestos requeridos por la Doctrina y Jurisprudencia más recibidas, a los efectos de invocar la aplicación de la "*Teoría de los Actos Propios*" respecto del accionar de la Administración Aduanera en relación a la indebida y extemporánea exigencia citada.

Ahora bien, tal como se anotara precedentemente, se analizarán ahora, uno a uno los elementos correspondientes de la *Teoría* mencionada, para confirmar que se cumplan.

Ellos son:

i) Que se haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una conducta anterior, relevante y eficaz:

Tal situación se verifica toda vez que, ante un acto jurídicamente relevante – por ejemplo – de la Administración Aduanera (*vgr.*: la oportuna aquiescencia respecto de la solicitud y/o la conducta del contribuyente), se produce ulteriormente, un cambio de postura respecto de una decisión anterior.

[25] ORDOQUI CASTILLA, G. "Relevancia jurídica del comportamiento de las partes con posterioridad al contrato", en *ANALES DEL FORO, Tomo I, 1991 – 1992,* págs. 23/28. Ed. Depalma. 1992.
[26] BORDA, A. *La teoría de los actos propios,* pág. 72. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1987.
[27] Entre otros, *vide*: DÍEZ PICASSO, R. *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Editorial Bosch, Barcelona, 1963; MOISSET DE ESPANES, L. *Teoría de los actos propios y renuncia tácita.* Editorial La Ley, Buenos Aires, 1984; ALTERINI y LOPEZ CABANA. *La doctrina de los propios actos en el Código Civil.* Depalma. 1987.

En el caso, se consolidó una verdadera corriente de importación y comercialización en plaza del aceite comestible, desde años atrás, cursándose 30 denuncias aportándose datos reales sin el propósito de inducir en error a la Administración, sin verificarse maniobra alguna, al punto que es un cambio de criterio administrativo, y no la aplicación de pautas legales de inteligencia inequívoca, el que sustenta la imputación de la infracción aduanera de diferencia en el caso.-

Si existió un error ab initio, en la primera denuncia, ello pudo y debió ser controlado por la Administración, impidiendo que las sucesivas denuncias, entre las cuales la presente, se siguieron tramitando.- La Administración no puede válidamente trasladar los propios errores en la ejecución del servicio de control y fiscalización al agente de comercio exterior que en todo momento actuó de buena fe aportando datos reales y sujetándose a una clasificación arancelaria reiteradamente compartida por la Aduana.-

4) La jurisprudencia ha adoptado un criterio de benignidad o flexibilidad para rechazar excesos en una concepción rígida del represivo aduanero, evitando excesos en la interpretación mecánica y objetiva de las normas que tipifican hechos infraccionales aduaneros (Trib. 6°, LJU c. 12.731, admitiendo incluso que la duda favorece al acusado y la invocación de causas de justificación (Trib. 1°, LJU c. 11.510), y aún la buena fe, en el sentido de entender que se está actuando conforme a derecho (Trib. 4°, LJU c. 10.350)

¿ Por qué ?. Porque como ya se dijera anteriormente, la buena fe *sensu strictu*, opera como un *standard jurídico* de conducta que impone a las partes la actuación conforme a una conducta leal, honesta, correcta, escrupulosa, un comportamiento activo de cooperación, fiel a la palabra empleada, destinada a satisfacer los intereses de los demás sujetos con los cuales se entró en determinada vinculación. [28]

Y si bien es verdad que dicho concepto es un "*concepto jurídico indeterminado*", [29] que opera únicamente como un marco consagrado por el Legislador a los efectos de que cada juzgador y en cada caso concreto, determine, complete o colme de contenido; no es menos cierto que, su "*indeterminación*" no es tal, que no permita su aplicación. Y más aún, cuando de la Administración (esto es, el Estado), se trata.

Por ello, toda la Doctrina que ha analizado el tema, es conteste en exigir entre los presupuestos o requisitos de la aplicación de la teoría mencionada, la existencia de una conducta previa y relevante [30], susceptible o apta de generar en (el administrado/contribuyente) el estado de confianza que el Derecho tutela, aptitud ésta que debe ser apreciada conforme a criterios de razonabilidad que inspiran a todo el ordenamiento jurídico. [31]

Así, en materia específicamente aduanera ha dicho el *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno* [32], en un caso conceptualmente similar: "*Si el Estado funcionó mal, la culpa es suya (Resolución Nº 2815/74 del Juzgado Letrado de Aduana de Segundo Turno), no siendo posible requerir, a posteriori, que se pruebe específicamente el origen de cada pieza, siendo comprensibles las dificultades que invoca el denunciado*"; y continúa afirmando el Tribunal, en la misma línea argumentativa que, "*por sobre todo, que ha sido esta situación tolerada por la Administración, pues* **se desprende la inexistencia de infracción por desvanecimiento, ya que no es posible sancionar una conducta que se ha permitido** *(Conf. Sent. Nº 9/85 de este Tribunal). Porque, en materia aduanera, a los efectos de evitar los excesos de una concepción rígida, se ha aplicado el criterio de benignidad (sent. Nº 299/77 y 236/80 de este Tribunal, y discordia del Doctor Marabotto, en la sentencia Nº 250/84 de la Suprema Corte de Justicia). Porque si bien en el art. 287 de la ley Nº 13.318 se consagra el principio de la responsabilidad objetiva, pueden admitirse causas de justificación (Conf. Fernández Lalanne – Derecho Aduanero, tomo 11, pág. 863) en determinadas situaciones, como también el principio de benignidad recogido por la jurisprudencia argentina (Conf. Fernández Lalanne – Procedimientos Penales Aduaneros, pág. 263) y por la jurisprudencia nacional (conf. Sent. Nº 35/85 de este Tribunal)*".

ii) Que posteriormente la misma persona intente ejercitar una facultad o un derecho subjetivo, creando una situación litigiosa y formulando en ella determinada pretensión:

En este caso, deberá existir, además, una conducta posterior, contradictoria con la primera.

Es más, la contradicción referida se deberá evidenciar en todos los ámbitos respectivos (objetivo, subjetivo, y temporal).

Y ello porque, dicho proceder, aparece en principio lesionando el deber de coherencia que debe regir la actuación jurídica del sujeto emisor de dicho acto, esto es, en la especie, de la Administración Aduanera; con lo cual se afecta la seguridad depositada en la permanencia del actuar de la misma.

[28] GAMARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, 1ra. Edición, pág. 246. 1977.
[29] Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, recogida en la *Revista La Justicia Uruguaya*, caso Nº 11.815.
[30] BERGSTEIN, J. *La Extinción del Contrato de Distribución*, pág. 37. FCU. 1996
[31] PUIG BRUTAU, J. "La Doctrina de los Actos Propios", en *Estudios de Derecho Comparado*, pág. 103. Barcelona. 1951.
[32] Publicada en la Revista *La Justicia Uruguaya*, con el número de caso 11.510.

y considerando como una pauta valorativa universal de la conducta humana que alcanzaría también el proceso aduanero (citas tomadas de sent. N° 118 del 27.7.2000 del Trib. 3°).-

5) Precisamente, en el caso se verifica un caso claro de aplicación de la doctrina del acto propio (con venire contra factum proprium), concreción del principio general de la buena fe, de raigambre constitucional, de jerarquía supralegal (arts. 7, 72 y 332 de la Carta), que es invocable en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, erigiéndose en un obstáculo de la actuación de una pretensión deducida por una persona pública que entra en contradicción o resulta incoherente con la conducta o comportamiento llevado a cabo por {esta en sus relaciones con el particular, generando la confianza en la legitimidad de su actividad y en la continuidad de la postura permisiva al respecto del ente público.

En tal sentido, decidió el Tribunal Superior de Neuquen, República Argentina, que más allá de la ventaja procesal o patrimonial que el desconocimiento acarrea, al sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerados en el derecho privado, y a la inversa, la repercusión moralizadora de un Estado que posterga un beneficio inmediato para el ejemplo de su conducta consistente y confiable (citado por López Mesa, La doctrina de los actos propios... p.-95).-
*Por tales fundamentos, el Tribunal, **FALLA:***

Eso sí, dicho cambio o mutación conceptual deberá ser verdaderamente relevante. No puede considerarse aplicable la teoría invocada, cuando lo que existe es un cambio de interpretación de la normativa o una interpretación que se considera más adecuada a los textos vigentes.

Así, la teoría mencionada tiene como límite un *"standard de razonabilidad"*, de modo tal que su sostén no podría darse – tampoco – en una exigencia *arbitraria*, entendiendo por tal, aquella que no tiende a satisfacer los intereses o los fines del sistema jurídico. [33]

Es por eso que a nuestro entender, en el caso analizado; cuando la Administración Aduanera – después de haber aceptado los despachos, considerándolos correctos – pasó en forma intempestiva, a rechazar *per se* la clasificación oportunamente realizada, interpretando de una manera absolutamente contradictoria con su conducta (hasta entonces) habitual, los preceptos vigentes, incurrió en la contradicción requerida por la teoría invocada.

Si bien es cierto que la fiscalización correspondiente, arrojó situaciones *"patológicas"*, que evidentemente fueron el origen del intempestivo cambio operado, no es menos cierto que, lo que la teoría estudiada intenta repeler, es la verificación de una conducta que – aún cuando pudiera llegar a ser más correcta que la anterior – se contradice con aquella que fuera oportunamente *"tomada por buena"* por parte de – en este caso - los contribuyentes/administrados.

Es por ello que, y esto resulta trascendente, el cumplimiento liso y llano de las obligaciones requeridas por parte de la Administración (Aduanera), no es idóneo *per se* para que el administrado/contribuyente funde en él su oposición a cualquier requerimiento ulterior, argumentando la confianza que aquel cumplimiento le hubiere generado.

Por el contrario, el *"estado de confianza"* que se tutela (y cuya *"traición"* se sanciona), es aquel que se genera a través de un *plus*, esto es, de un comportamiento que excede el simple cumplimiento de las prestaciones. [34]

Vale decir, en el caso analizado, no resulta condenable el sistema de *"control a posteriori"*, en sí. [35]

Entonces, lo que postula la teoría estudiada es que, en tales casos, por un principio de seguridad jurídica (que finca su razón de ser en el principio de buena fe), el contribuyente/administrado que, guiándose por el acto de autorización oportunamente expedido por la Administración (Aduanera) procedió conforme al mismo, no podrá ser sancionado (en este caso, con una multa), porque ello implicaría exigirle un *plus* que no debe (ni puede) ser exigido.

En la especie, sí corresponde reliquidar y pagar los tributos adeudados, si es que realmente se verificó alguna irregularidad, pero no corresponderá la aplicación de sanción alguna, ya que dicha exigencia estaría *"traicionando"* el *"estado de confianza"* oportunamente generado, demandando un *plus* de protección inaceptable por ser incompatible con la primera (anterior) conducta de la Administración (Aduanera). [36]

[33] MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1983.

[34] BERGSTEIN, J. *Ob. cit.*, op. cit.

[35] A tales efectos, *vide in extenso*: LABANDERA, P. "El control a posteriori en materia aduanera. ¿ Sensatez administrativa o discrecionalidad desmedida ?", en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, Nº 6/2000, Sección Doctrina, págs. 53/71. FCU. 2000 - GONZÁLEZ, A. "¿ Puede cambiarse la clasificación arancelaria después del desaduanamiento de las mercaderías ?, en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, Nº 4/1998, Sección Temas Prácticas de Derecho Aduanero, págs. 57/60. FCU. 1998 - MAÑES, G. "Fiscalización de la Aduana después del desaduanamiento de la mercadería", en *Revista de Comercio Exterior y Aduana*, Nº 5/1998, Sección Doctrina, págs. 51/54. FCU. 1998.

[36] En tal sentido, cabe recordar lo sostenido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, en Sentencia Nº 147 de 19 de Septiembre de 2001, publicada en la *Revista la Justicia Uruguaya, caso Nº 14487*, y comentada por el Dr. Ariosto González, que en lo que al presente análisis refiere, la Sede Judicial de alzada afirma:

REVOCANDO LA SENTENCIA APELADA, Y EN SU LUGAR, DESESTIMANDO LA DEMANDA ACUSACIÓN.-

Y DEVUÉLVASE.-

Dr. Leslie Van Rompaey
Ministro

Dr. Carlos Rochón
Ministro

Dra. Sandra Presa Bayce
Ministro

Dr. Hipólito Rodríguez Caorsi
Ministro

Ello debe ser así porque, la actuación de toda organización requiere uniformidad en su forma de desarrollarse, en sus decisiones [37] y – huelga decirlo – en sus modos de actuación y de sanción.

Y es por dicha razón que, uno de los aspectos más controvertidos en la admisibilidad de la teoría analizada, es el que relativo a **la significación del silencio como conducta contradictoria con el acto anterior.** [38]

En tal sentido, el Prof. ORDOQUI, en su excelente trabajo sobre el tema, transcribe una cita de PUIG BRUTEAU (*Estudios de Derecho Comparado, la doctrina de los actos propios*, pág. 119), que resume de modo magistral el punto citado: "*...en caso de protección dispensada por equidad a quien ha confiado en la apariencia creada por la actitud pasiva de alguien, es decir, cuando el silencio ha podido ser interpretado de buena fe como asentimiento o como prueba de la existencia del derecho que luego se intenta hacer valer, en tales casos, nos encontramos con un problema de aplicación de la doctrina de los actos propios. La confianza depositada en la apariencia creada por una actitud pasiva o por el silencio, ha de ser especialmente tenida en cuenta cuando existe el deber de hablar o cuando, por lo menos, las circunstancias exigen que otra persona de buena fe rompa el silencio*". [39]

¿ Por qué ?, porque, puede ocurrir que el silencio se traduzca en una manifestación de voluntad que, en sus efectos, no difiere de la manifestación expresa de voluntad, ya que ambas tienen la misma consecuencia: la inadmisibilidad de contradecir las manifestaciones anteriores en aras de proteger los intereses depositados en ésta. [40]

iii) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad tal, que atente contra la buena fe:

Esto es así porque dicha pretensión, en otro contexto, sería lícita, pero en este caso resulta ilícita e inadmisible, por ser contradictoria con la primera conducta que ha resultado ser "*vinculante*", en la medida en que la misma ha revelado una determinada decisión de la Administración (Aduanera). [41]

"No pueden otorgarse más potestades o beneficios a la Administración que a los particulares. Si se entiende que el error del denunciado tiene relevancia suficiente para hacerlo acreedor a un procedimiento de represivo aduanero, se debe ser consecuente y aplicar similar criterio ante la configuración de igual error por parte de la Aduana. Proceder de otro modo significaría infringir el art. 8 de la Constitución de la República, que establece la igualdad de todas las personas ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas que las de sus talentos y sus virtudes. Y asimismo, el art. 4 del C.G.P. que reafirma ese principio, en cuanto el Tribunal debe mantener la igualdad de las partes en el proceso. El Tribunal previamente ha afirmado que cuando la mercadería pasó los controles aduaneros, queda liberada del proceso infraccional (sentencia Nº 188/00 cit.). Con mayor razón debe reafirmarse ese criterio en estos obrados donde el error, de haber existido, lo padecieron las dos partes involucradas. Sin perjuicio, obviamente de la posibilidad de la Administración de perseguir el cobro de los tributos por la vía pertinente. Pero se trata de algo muy distinto a considerar a los denunciados como infractores a la ley aduanera, aplicándoles sanciones francamente severas. Cuando existe un control de la Aduana se debe ser muy cuidadoso en determinar la existencia de una infracción, pero ésta debe diluirse forzosamente cuando dicho control, en una primera instancia, no arroja la más mínima irregularidad y recién se pretende hacerla valer después de la primera verificación, cuando la mercadería ya había ingresado al consumo".

[37] SOTO KLOSS, E. "Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la función administrativa chilena", en *Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VI*, págs. 67 y ssgg. FCU. 1998.

[38] ORDOQUI CASTILLA, G. *Ob. cit.*, op. cit.

[39] ORDOQUI CASTILLA, G. *Ob. cit.*, op. cit.

[40] BORDA, A. *Ob. cit.*, op. cit.

[41] ORDOQUI CASTILLA, G. *Ob. cit.*, op. cit.

Por tanto, sin importar cuál sea el modo de expedición de la Administración; en los casos de regulaciones generales, toda vez que la misma se contradiga (y aún más, toda vez que lo haga sin fundamento), generará un perjuicio irreparable en quien ha aceptado u obedecido un acto de esa misma Administración, siguiendo las pautas de actuación que ella misma les ha impuesto. Y de verificarse esta situación, el respeto al *principio de buena fe*, recogido en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 7; 72 y 332 de la Constitución de la República), se verá vulnerado. [42]

Así, en similar sentido, el Profesor GELSI BIDART refiriéndose a la teoría invocada (***Teoría de los Actos Propios***), sostenía que, en la medida en que no estemos ante Derechos indisponibles (Derecho de Menores, Derecho del Trabajo, Derecho Agrario, etc.), que operen como límites negativos, pretensiones de este tipo, planteadas por la Administración, se contradicen con los Valores de Justicia y Seguridad Jurídica (por el actuar incongruente e incoherente); la propia naturaleza razonable del Derecho, y fundamentalmente, el principio de la "*Buena Fe*", que dimana de la existencia misma del ordenamiento jurídico.[43]

Es decir que, cuando se adopta una conducta diametralmente opuesta a su propia conducta anterior, ello colide con el *principio de buena fe*. [44]

Y en este caso, al asumirse por parte de la Administración Aduanera, una conducta contradictoria con la que le precedía en el tiempo, atentó claramente contra el *principio de buena fe* que debe regir su accionar.

¿ Por qué ?, porque para que exista el *plexo contradictorio* (conformado por el comportamiento precedente y la pretensión ulteriormente deducida), el mismo debe concurrir desde un plano objetivo, no interesando mayormente entonces la disposición subjetiva de su autor. [45]

iv) Que la conducta contradictoria afecte a quien actuó basado en la primera:

Esto es, toda vez que el contribuyente/administrado haya adecuado su accionar a las exigencias de la Administración (Aduanera), y ésta varíe su postura (de manera infundada y *contra legem*); se verificará una situación dañosa respecto del mismo, que lo único que hizo fue adecuar su conducta al primer pronunciamiento de dicha Administración.

Por tanto, dicha mutación lo perjudica de manera relevante, y como tal, posee un origen esencialmente ilegítimo.

Obviamente que, dicho cambio (perjudicial), podrá ser invocado como tal, únicamente por aquellos contribuyentes/administrados comprendidos o alcanzados por la conducta anterior, y no por quienes recién inicien sus actividades respectivas, con posterioridad a la mutación referida.

Y esa fue, sin duda alguna, tal como se expresara precedentemente, la situación analizada, a cuyos efectos cabe recordar la postura del Profesor AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ sobre el tema en análisis.

Así, el Dr. DURÁN, luego de realizar una profunda y extensa reseña a nivel de Derecho comparado con respecto a los autores que han estudiado el tema, concluye en que, "*existe en todos ellos una preocupación común: procurar una solución armoniosa entre los principios de legalidad y seguridad y la protección de los derechos subjetivos, aún en aquellos casos en que éstos hayan sido adquiridos en virtud de un acto ilegítimo*" (subrayado nuestro). [46]

v) Y en último término, la teoría mencionada exige que exista una perfecta identidad entre los sujetos vinculados por ambas conductas:

Condicionamiento que apunta fundamentalmente, al eventual ejercicio de una pretensión procesal por parte del mismo contribuyente/administrado, esto es; que se de realmente la identidad subjetiva requerida.

Así, en el caso reseñado, se verifica la necesaria identidad de los sujetos relacionados, ya que tanto antes como después del cambio de criterio respectivo, los sujetos eran: La Administración Aduanera, por un lado; y, los sujetos denunciados (despachante de aduanas y empresa importadora), por otro.

V. CONCLUSIONES.

1. La sentencia comentada constituye un claro ejemplo de aplicación de la "*Teoría de los Actos Propios*", respecto del contribuyente/administrado, ya que en el caso planteado, se han verificado todos los supuestos requeridos para su invocación, y se han hecho valer las consecuencias correspondientes.
2. La "*Teoría de los Actos Propios*" se sustenta en el principio de buena fe, y se nutre de la lealtad que debe imperar en el accionar de cada parte (en la especie, Administración y administrado).
3. Esta "*Teoría*" halla su fundamento en el carácter de orden público que reviste el interés que se trata de proteger a través de dicho Instituto jurídico. Es más, según postula la "*Teoría*" analizada, incluso una conducta incoherente obrada lícitamente, pero que perjudica la confianza de la otra parte, contraría el principio rector del ordenamiento jurídico que es la buena fe, desvaneciendo el mantenimiento de la lealtad y la seguridad jurídica, que constituyen la médula de la misma.
4. Este principio, y por tanto, esta "*Teoría*", arraiga en las normas constitucionales de cuño *jusnaturalista* (artículos 7; 72 y 332 de la Carta).
5. Y ello nos lleva a dos conclusiones subsidiarias: la primera, que la "*Teoría*" mencionada puede ser utilizada como un medio de defensa más del contribuyente/administrado frente a los constantes cambios de criterio (intempestivos, extemporáneos, y muchas veces infundados de la Administración); y la segunda, que la misma puede ser invocada en todos los casos en los cuales se actúe violentando o desconociendo el *principio de buena fe* (principio de raigambre constitucional).
6. Así, en la medida en que existe respecto del contribuyente/administrado, la presunción lógica de que los Entes Públicos, en el ámbito de su competencia, actúan legítimamente, cualquier cambio brusco en el comportamiento de los mismos, generará la ilegitimidad del acto respectivo.
7. Es por eso que esta "*Teoría*", puede hacerse valer (o al menos pretenderlo), tanto frente a un particular, como frente a cualquier Ente o Administración Estatal, ya que ésta última tampoco puede negar virtualidad a un acto suyo deliberado que, en los hechos, operó (aún de manera vicaria), como una manifestación recepticia; máxime cuando su conducta haya podido inducir en error al contribuyente/administrado.
8. Por tanto, cualquier cambio que se implemente, al que se le pretenda atribuir efectos retroactivos; podrá serlo siempre que el mismo lo sea en *in dubio pro administrado*, pero jamás en perjuicio del mismo.

DR. PABLO LABANDERA
Profesor de Derecho del Comercio Internacional,
Coordinador de Master de Derecho, Universidad de Montevideo

[42] REAL, A. *Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya – Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII*, caso Nº 53.
[43] GELSI BIDART, A. "Acerca de la Teoría del Acto Propio", en *Revista Jurídica Estudiantil, Mayo de 1988, Nº V – Año III*, Sección Doctrina, XYZ Editores. Montevideo. 1988).
[44] *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII*, caso Nº 52.
[45] PIERANO, J - CHIAPPINI, J. "La doctrina de los actos propios en el ámbito del procedimiento civil", en *Jurisprudencia Argentina*, 1985-4, Sección Doctrina, págs. 818/827.
[46] DURÁN MARTÍNEZ, A. "Revocación del acto administrativo", *Doctrina*, págs. 157 y *ssgg*, citado por BERRO, F. en *Ob. cit., op. cit.*

INFORMACIONES

- *«Abogado por un día» (J. M. Gutiérrez)*
- *«Eventos del año» (J. M. Gutiérrez y P. Labandera)*

ABOGADO POR UN DÍA

En el año 2001 la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo lanzó la primera promoción de la competencia de argumentación jurídica denominada "ABOGADO POR UN DÍA", que generó un enorme interés en el ámbito preuniversitario de todo el país. Se trata de un certamen que busca promover y difundir la profesión del abogado, especialmente entre quienes se encuentran próximos a decidir cuál será su carrera universitaria y su futuro profesional, a la vez que fomenta el desarrollo de las habilidades dialécticas y de argumentación tan útiles para cualquier desempeño en todos los ámbitos de la vida.

Esta competencia convoca a alumnos de 5º y 6º año de liceo (Preparatorios), quienes formando grupos de tres a cinco alumnos han de inscribirse dentro del plazo establecido y concurrir a una reunión de lanzamiento. En esta reunión, profesores de la Universidad de Montevideo realizan una explicación de los roles del abogado, fiscal, juez y esquematizan en forma sencilla y accesible cómo funciona un proceso judicial.

Los organizadores realizan un sorteo asignando a cada equipo inscripto el rol de actor y demandado o de fiscal y defensor.

La competencia tiene varias etapas.

La primera consiste en la elaboración -por escrito- de una demanda o de una contestación (según el rol asignado), sobre la base de hechos y pruebas dados por los organizadores. En el año 2001 el caso consistió en un interesante accidente de tránsito con serios daños y perjuicios para ambas partes.

Al tratarse de participantes que aún no tienen conocimientos suficientes del Derecho, para la evaluación se considera especialmente la aplicación al caso propuesto de la lógica ciudadana y de la habilidad y sentido común para argumentar con los elementos dados. Los equipos pueden contar con uno o más asesores (profesor, abogado, escribano, alumno avanzado de Derecho).

Luego de completada esta primera etapa escrita, los equipos participantes son evaluados y quienes califican (10 equipos actores y 10 demandados) pasan a una segunda etapa de audiencias orales.

La etapa oral tiene dos fases. En la primera fase, los equipos actores y demandados calificados mantienen una primer audiencia independiente de diez minutos frente a un tribunal. La capacidad de reacción de los equipos puede ser puesta a prueba con la introducción de algún hecho nuevo. Al finalizar estas audiencias, pasan a la ronda final los dos equipos actores y demandados que hayan logrado el primer y segundo puesto en su rol.

Ese mismo día, se enfrentan en audiencia –en lo que constituye un verdadero simulacro de juicio oral- los equipos que obtuvieron primeros puestos y los que obtuvieron segundos puestos, frente a un tribunal formado por tres jueces.

El equipo ganador obtiene como premio un cheque no endosable por U$S 3.000 para cada uno de sus integrantes, utilizable en cualesquiera cursos de la Universidad de Montevideo. Además, los equipos semifinalistas y los restantes equipos reciben premios y regalos.

En el año 2001 participaron 130 estudiantes en la primera etapa, pasando 70 a la segunda etapa. El equipo que obtuvo el primer puesto fue del Liceo Las Teresas, teniendo una participación muy destacada otros equipos del Liceo St. Catherine's, Instituto Andrés Pastorino y Liceo de Solymar. En el año 2002 la participación fue de 170 estudiantes en la primer etapa, pasando 100 a la segunda vuelta. Resultó ganador el Instituto Andrés Pastorino, destacándose también el Liceo Santo Domingo y el PREU.

Cabe señalar el destacadísimo desempeño de los equipos semifinalistas y en especial de algunos expositores que alcanzaron niveles casi profesionales.

La competencia contó con el apoyo de Canal 10, El Observador, Observa, FM Del Sol, El Trigal, Cattivelli, Pepsico Snacks y Helados Conaprole.

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO EN EL AÑO 2002

En el año 2002 se dictaron los cursos regulares de la carrera de abogacía, que ya se encuentra en su cuarto año curricular. En el mes de julio la primer generación obtuvo el grado de Procurador. A fin del 2003 se espera la primer graduación de Abogados.

Es de destacar también que el Consejo de la Facultad de Derecho aprobó el lanzamiento de la carrera de Escribanía cuyo plan de estudios quedará definitivamente establecido antes de finalizar el presente año.

Asimismo se dictaron las materias curriculares de los Programas Master en Derecho de la Empresa, Master en Derecho y Técnica Tributaria, Master en Derecho Administrativo Económico y Master en Integración y Comercio Internacional. Ya son varias las generaciones de graduados en los distintos programas, entre los que se cuentan abogados, jueces, fiscales, contadores y escribanos.

En el mes de abril, se realizó un seminario sobre "Garantías Mobiliarias – Ley de Prendas", con la participación del Prof. Harry Sigman (USA) y el Prof. Carlos de Cores. Este seminario fue auspiciado por la Embajada de los Estados Unidos de América y en el mismo se analizó la nueva Ley de Prendas haciendo un estudio comparado del sistema uruguayo con el estadounidense y el de otros países.

En el mes de mayo, se dictó un seminario sobre "Ética en la Función Pública", a cargo del Prof. Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Director del Instituto Nacional de Administración Pública de España.

En julio, se dictó una conferencia sobre "Riesgo de Asociación y Riesgo de Confusión en la Marca Comunitaria", a cargo de la Prof. Virginia Melgar de la Oficina Europea de Marcas (OAMI).

En el marco del Programa de Derecho Anglosajón se dictaron dos seminarios sobre "Derecho del Comercio Internacional" y "Transacciones Comerciales Internacionales", a cargo del Prof. David Aronofsky (USA), profesor Fulbright. Estos cursos también fueron dictados en el marco de la carrera de abogacía, integrando la currícula regular.

Además, en el marco de dicho programa tuvimos la visita de otros dos profesores Fulbright que dictaron cursos en la carrera de grado. El prof. Joseph Daly de la Hamline University (Minnessota) dictó el curso "Legal Methods" y el curso "Contracts & Torts". La prof. Maureen Delaney de la American University (Washington) dictó el curso "Legal Writing & Analysis".

La Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo, a cargo del Prof. Miguel Langón, contando con la colaboración de la Dra. Mabel Acevedo, organizó a partir del mes de agosto el "Primer Coloquio de Jurisprudencia Penal Uruguaya", con la participación de los tres Tribunales de Apelaciones en lo Penal y de la Suprema Corte de Justicia, en el que se abordaron temas como por ejemplo: el "homicidio especialmente agravado", "el homicidio por encargo", "el error manifiesto de los jueces inferiores". Es de destacar que es la primera vez que en el Uruguay se realiza un evento de esta naturaleza con ponencias a cargo de los mismos Ministros de los diferentes Tribunales y de la Suprema Corte De Justicia.

En setiembre, se dictó por primera vez un curso curricular de Propiedad Intelectual en el marco de los programas master, a cargo de los Profesores Beatriz Bugallo y Juan Manuel Gutiérrez Carrau. Dicho curso abarcó el régimen de las Marcas, Patentes y Derechos de Autor, en base al método del caso. Además de los alumnos del programa master, participaron en el mismo varios profesionales operadores del área de la Propiedad Industrial y el Derecho Autoral.

También en setiembre, con el auspicio de la Embajada de Estados Unidos se organizó un seminario sobre el "Mercado de Valores de los Estados Unidos", a cargo del Dr. Carlos E. Martínez, egresado de la Universidad de Harvard y socio del estudio Proskauer Rose LLP de Nueva York. Se analizó el mercado financiero norteamericano y cómo se realiza una oferta pública para captar capital en USA.

En el mismo mes se realizó un seminario sobre "Protección Jurídica del Software", organizado por el Grupo de Propiedad Intelectual – GPI, con la participación de destacados panelistas como los Profesores Antonio Millé (Argentina), Carlos Delpiazzo y Eduardo De Freitas. Asimismo, en representación del GPI integraron el panel la Dra. Beatriz Bugallo, el Ing. Andrés Bagnasco y el Sr. Rodolfo Pilas.

En octubre, se inició un Ciclo de Conferencias denominado "Visión Actual de las Empresas en el Comercio Regional e Internacional", dirigido por los Profesores Jorge Fernández Reyes y Pablo Labandera. La primera conferencia versó sobre el tema "Establecimiento y circulación de Sociedades

en el Mercosur", a cargo del Profesor Alejandro Estoup (Argentina) y el Profesor José Gabriel Assis de Almeida (Brasil).

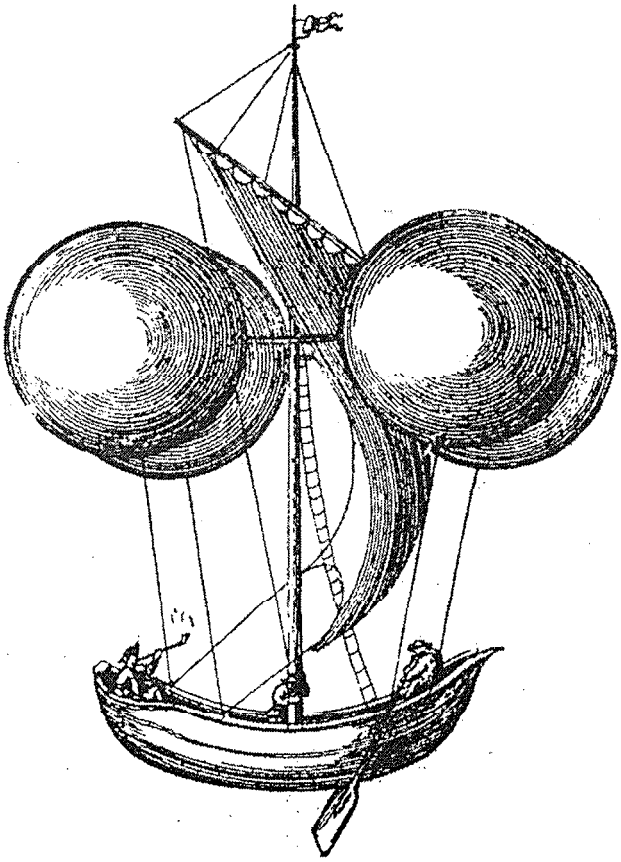
También en octubre, se dictó un seminario sobre "Proceso Jurisdiccional y Nuevas Tecnologías", a cargo del Profesor Manuel Ortells Ramos (España).

Finalmente y en el mismo mes se organizó un Coloquio sobre los temas "Hacia dónde va el Estado" y "Estado, ciudadanía y sociedad civil", con la participación del Profesor Jaime Rodríguez Arana (España), el Prof. Mariano Brito, el Prof. Carlos Delpiazzo, integrando el panel el Ing. Jorge Brovetto, el Dr. Antonio Mercader, el Dr. Sergio Abreu, el Cr. Danilo Astori y el Dr. Alberto Brause.

Durante el año 2002 han sesionado ininterrumpidamente tres grupos de investigación: El Grupo de Propiedad Intelectual – GPI, dirigido por los Dres. Beatriz Bugallo y Juan Manuel Gutiérrez Carrau, que se reúne semanalmente; el Grupo de Comercio Exterior y Derecho Aduanero, dirigido por el Dr. Pablo Labandera, que se reúne mensualmente y el Grupo de Derecho de Familia, dirigido por los Dres. Walter Howard y Santiago Altieri, que se reúne quincenalmente.

En el mes de noviembre, se realizó un seminario sobre la nueva Ley de Usura, abordando aspectos civiles, comerciales y penales, a cargo de los Profesores Ricardo Olivera, Carlos De Cores y Miguel Langón.

En el año 2002 se ha publicado el primer número de la "Revista de Derecho" y el libro "Modos de Adquirir" del Prof. Walter Howard.



TESINAS DE MASTERS

- ***Díaz Sierra, María del Carmen,*** *«Desde la autonomía de la voluntad a la institucionalización de la figura del sujeto débil»*

- ***Viera, María Beatriz,*** *«Incentivos tributarios»*

DESDE LA "AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD A LA INSTITUCIONALIZACION DE LA FIGURA DEL SUJETO DEBIL. ¿LA CAIDA DE LA DOXA?

MARÍA DEL CARMEN DÍAZ SIERRA
Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EPOCA POSTMODERNA. III. EL NUEVO MERCADO, LA OMC. IV. EL DERECHO EN EL NUEVO MERCADO. V. AMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO COMERCIAL. VI. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS. VII. EL CONTRATO. VIII. FUERZA VINCULANTE DE LOS CONTRATOS. IX.. ESTATUTOS Y CÓDIGOS. X. RELACIONES DE CONSUMO. CONSUMIDORES. XI. EL CONTRATO DE CONSUMO. XII. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. XIII. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. XIV. ¿A QUIENES SE CONSIDERAN CONSUMIDORES ? A) Posición amplia (Blengio). B) Intermedia (Wonsiak). C) Posición restringida (Mariño). D) Posición estrictísima (Olivera). E) Nuestra posición. XV. LA LLAMADA "DEBILIDAD JURÍDICA" EN LA CONTRATACIÓN. XVI. LOS CONTRATOS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO. XVII. CONTRATOS DE EMPRESAS. XVIII. CONTRATOS PREDISPUESTOS. XIX. DESEQUILIBRIOS NEGOCIALES. XX. DERECHO URUGUAYO. A) POSICIÓN DEL ESC. BLENGIO. B) POSICIÓN DE LOS DRES. CARNELLI Y SARLO. C) NUESTRA POSICIÓN. XXI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva economía de mercado, ha producido un impacto profundo en toda la civilización - fundamentalmente en la occidental. Ha producido cambios en todos las áreas de la sociedad: en la cultura (cambios de gustos muchas veces en forma inducida) y también sociales; económicos, en definitiva a cambiado para bien o para mal el mundo preexistente; la nuestra no es ya la sociedad decimonona.

Siendo incontrovertida la interdependencia entre Derecho y Sociedad, el derecho ha tenido cambios muy profundos, algunos ya aceptados, otros se están gestando en el mundo y particularmente en nuestro país, donde, dada nuestra naturaleza conservadora, nos resulta a veces difícil asimilar las nuevas concepciones.

Con el presente trabajo y en una forma muy sucinta, ya que tratado en profundidad implicaría una obra de largo aliento, pretendemos poner en el tapete la aparente caída de ciertas doxas - entendida la doxa como una tesis que tiene apariencia de irrefutable, porque se ha dado que entre los actores que integran el debate un acuerdo básico, que funciona como irrefutable, en el contexto en el cual es admitida la misma.

En definitiva pretendemos poner en el tapete, si es posible revisar los contratos en cuando en éstos se haya producido un claro desequilibrio, por el abuso de la posición dominante de uno de los contratantes respecto de su cocontratante que tiene la característica de ser débil.

A efectos de llegar a dicho punto, analizaremos el cambio que se ha producido en la economía postmoderna, como ésta a afectado al Derecho, al punto de hablarse por un lado de una unificación entre el derecho civil y el comercial; la necesidad impuesta por la economía mundial de la unificación del derecho y los sistemas

jurídicos (continental - anglonorteamericano) Convenio de Viena, Principios de UNIDROIT que lo intentan, la aparición de los "estatutos" regulados fuera de los Códigos, y limitando la autonomía de la voluntad, la protección del débil a través de leyes como la del consumo, y su incorporación por algunos derechos a los Códigos, finalmente y sobre nuestro país la discusión de que se ha planteado respecto de entender que el principio *"fabor debilis"* puede utilizarse en la contratación privada.

II. EPOCA POSTMODERNA

Se dice que la era de la sociedad industrial llegó a su ocaso, en algún momento de mediados del siglo XX, quizás el 6-VIII-45 cuando el hombre demostró haber dominado la fusión nuclear, o quizás en 20 - VII .1969, cuando pisó la Luna, comenzó un nuevo tiempo de la Historia. Se trata de la era designada postindustrial (KAHN - WIENER -BELL), postmoderna (ENZIONI), tecnológica (ELLUL), tecnotrónica (BRZEZINSKI), neoindustrial (VALASKAKIS), superindustrial de la tercera ola (TOFFLER), de la información (NAISBITT), de la aldea global (McLUHAN), de las redes (BRESSAND-DISTLER), o de muchas otras maneras posibles.

III. EL NUEVO MERCADO, LA OMC

Dentro de esta nuevo tiempo de la historia, el comercio internacional y la competencia económica tiene un efecto fuera de discusión sobre los Estados, los cuales son cada vez más interdependientes en sus intercambios comerciales; tales efectos conjuntamente con otros afectan la vida social, política, económica y jurídica de los mismos.

Si bien siempre existió interdependencia entre los Estados, ya que el hombre no vive aislado, ni en consecuencia los estados o pueblos, a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de las economías nacionales, y de la marcha del comercio internacional, viendo los Estados la necesidad de abordar los problemas económicos, en especial darle una regulación al comercio internacional, es que el Secretario de Estado Norteamericano publicó ciertas "proposiciones para la expansión de Comercio Mundial y Empleo" que debían ser consideradas en la futura Conferencia Internacional sobre Comercio Mundial y Empleo; las mismas fueron apoyadas por el poder Ejecutivo norteamericano y el Gobierno de Gran Bretaña, quienes proponían la creación de una Organización internacional de Comercio (OIC), la cual sería una de las instituciones especializadas de las Naciones Unidas.

A raíz de ello, el Consejo Económico de las Naciones Unidas, a propuesta de EUA, adoptó por unanimidad una resolución que convocaba a una Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo.

La Conferencia tuvo lugar en La Habana del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, y concluyó con la elaboración de un documento denominado "Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio" que fue incluido en el Acta Final de la Conferencia. Acta que fue firmada por 53 países.

La Organización Internacional del Comercio prevista por la Carta de La Habana estaba dotada de una vasta misión que comprendía prácticamente la mayoría de las cuestiones relativas al comercio, el empleo y al desarrollo, y debía garantizar, con las instituciones de Bretton - Woods, la coherencia y la solidaridad de las políticas comerciales, monetarias y financieras para alcanzar una expansión económica equilibrada y un pleno empleo.

La Carta de La Habana, ha sido comparada a una catedral gótica y de la cual el Secretario General de la UNCTAD ha afirmado, en 1974, que aportaba unas enseñanzas interesantes que permanecen válidas hoy día aunque hayan cambiado las circunstancias.

Dicha Carta no entró en vigor, debido a que la misma no contó con el apoyo del Congreso de EUA, quien no la ratificó, arrastrando a otros países a no apoyarla.

El fracaso de la Carta de La Habana supuso el éxito para el GATT, ya que un grupo de 23 países, sin esperar los resultados de la aplicación de aquella, realizó una serie de negociaciones arancelarias con el fin de llevar a la práctica las disposiciones del capítulo IV de la Carta de La Habana el cual, reorganizado y completado constituyo la base del GATT.

Este acuerdo General **estaba concebido esencialmente para un sistema centrado sobre la economía de mercado, en virtud del cual la diferencia entre precios internacionales y los precios internos constituía el elemento determinante de los intercambios internacionales. Se trataba de reconstruir por vías convencionales e institucionales, la libertad de comercio, inspirado en una filosofía neoliberal, basada en los principios de la no discriminación y reciprocidad, se pretendía del GATT constituyera un sistema jurídico comercial multilateral en el que la libre competencia y la economía de mercado fundamentales.**

Las conferencias arancelarias en el seno del GATT se han desarrollado en Ginebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1950 -1951); Ginebra (1955 - 1956, 1961 - 1962, 1963 - 1967, 1973 -1979). Las últimas sesiones han sido

calificadas, en virtud de su importancia y su duración, de "rondas". Ronda Dillon (1961 -1962); Ronda Kennedy (1963 -1967); Ronda Tokio (1973 - 1979) a ésta sesión se la ha denominado "Negociaciones Comerciales multilaterales" y Ronda Uruguay (1986 -1944).

En 1986 la octava ronda de negociaciones multilaterales del GATT, en Punta del Este Uruguay.

La Ronda Uruguay se concluyó a mediados de 1994 con una reunión Ministerial en Marrakesh, aunque no fue un objetivo explícito de la Ronda Uruguay, después de años de negociaciones los países participantes decidieron constituir una institución formal: la **Organización Mundial del Comercio**.

La organización fue creada, en teoría, con el propósito de asegurar la plenitud de trabajo en el ámbito mundial y el desarrollo sostenible.

La OMC a diferencia del GATT interviene en el comercio de bienes, servicios, propiedad intelectual e inversiones.

La OMC que fue una aspiración de larga data de todos los países del mundo desarrollados y no desarrollados, pero se concretó porque en esta etapa así lo querían los países desarrollados.

Hoy si se quiere comerciar en este mundo se debe estar dentro de la OMC, ya que es la única forma de hacerlo con el resto del mundo y resulta un hecho notorio la necesidad de Uruguay para su supervivencia, y luego de ello, para mejorar su calidad de vida la de mantener un comercio activo con el resto del mundo.

Por lo cual estamos dentro de éste gran mercado, que es el mundo, con todo lo que ello implica lo bueno y lo no tanto. A manera de ejemplo estamos insertos dentro de las nuevas técnicas de comercialización, dentro de las que podemos anotar como una diferencia creada por esta postmodernidad, es la ***demanda inducida.***

En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el mercado clásico en que la producción era consecuencia necesaria de la demanda, es decir la demanda de cierto producto o servicio antecedía a la oferta que atendía dichas necesidades; hoy el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que adquiera productos o servicios que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado, para ello provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad de tal forma que en realidad de los hechos, quien decide lo que va ser consumido es el productor y no el consumidor.

Para ello, y a manera de ejemplo los productores utilizan técnicas como la ***mercadotecnia,*** la cual es ejercida por expertos en comportamiento de los consumidores que tratan de responder sobre éstos: qué compran, por qué lo compran, cómo lo compran, cuándo lo compran, dónde lo compran, con qué frecuencia lo compran.

Para ellos las técnicas de investigación comprenden diferentes perfiles ya sea geográficos, demográficos, socio - culturales, psicológicos, de comportamiento del consumidor.

A manera de ejemplo y según los criterios de VALS (Values and life Styles)[1] la sociedad es segmentada en varios sectores: el de los integrados, el de los émulos, el de los émulos realizados, el de los realizados socioconscientes y el de los dirigidos por la necesidad. *Los integrados* son tradicionalistas, y por lo tanto consumen productos clásicos. *Los émulos* son jóvenes no afirmados todavía en sus convicciones, y a ellos se destinan la publicidad tendiente a convencerlos de que el consumo de cierto producto contribuirá a su realización personal pendiente. *Los émulos realizados,* son el blanco de la promoción de marcas prestigiosas, a las que se les atribuye aptitud para identificarlos con clases sociales superiores. *Los realizados socioconscientes* (antiguos hippies que pertenecen a la generación nacida en la segunda postguerra) son los que prefieren su realización personal y asumen valores como la vida bucólica, el buen estado físico, o la ecología. *Los dirigidos por la necesidad* son los que están preocupados por su subsistencia, no importan a la publicidad porque no interesan como consumidores. Es razonable suponer que los componentes de las primeras cuatro categorías consumen, respectivamente, Coca Cola, cigarrillos Camel, ropa marca Polo, y automóviles que no contaminen el ambiente.

IV. EL DERECHO EN EL NUEVO MERCADO

Pero dada la interrelación que existe entre derecho y sociedad, y como consecuencia de ello el vínculo entre economía y derecho, éste ha sido "tocado" en varios aspectos por la economía de mercado, sólo y en forma de "reseña" veremos: el ámbito de actuación del derecho civil y del derecho comercial; los perspectivas de la contratación y relacionado con ello, la presunta crisis de la autonomía de la voluntad; el concepto de "parte débil" y quienes son los destinatarios de tal concepto, los pretendidos nuevos "estatutos" o microsistemas de derecho.

[1] Alterini, Atilio Aníbal, CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo TEORIA GENERAL 1a. reimpresión 1999; Edit. Abeledo - Perrot Bs. As. pág. 142

V. AMBITO DE ACTUACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO COMERCIAL

Señala De Castro y Bravo[2] el Derecho civil tiene dos aspectos en su contenido: como *ius commune*, donde no tiene límites precisos y caben todas las disciplinas, cuestiones, e instituciones que no se hallan independizado, y presta *"la base dogmática a todo el Derecho no estrictamente político; da así reglas generales que son comunes a más de una disciplina. Ello explica que tradicionalmente se estudie en los tratados de Derecho civil el concepto del Derecho y sus fuentes.*

Agregando el Catedrático español *"su extensión se deriva de su contenido material; se encuentren en cualquier género de disposiciones o de textos legales, corresponde al Derecho civil, y está sometido a sus principios, todo lo concerniente a la organización de la familia, significado de la persona y canalización de la iniciativa individual y la regulación del poder y modo de transmisión de los medios de riqueza."*

Por su parte el derecho comercial fue la primera rama del derecho que se desprendió del *ius commune*, conteniendo disposiciones de Derecho privado, siendo codificada, siendo objeto de una literatura jurídica especializada.

Refiere Alterini[3] *"En Europa, en razón de la organización política feudal, el sistema jurídico estaba fragmentado en una gran variedad de estatutos personales que seguían al individuo dondequiera se encontrar . A partir del siglo XI apenas la seguridad en los caminos lo permitió, los mercaderes itinerantes se aventuraron cada vez más lejos con sus productos, y se reunieron en ferias en las que participaron comerciantes que provenían de muy diversas regiones y que, por lo tanto, estaban sujetos a sus propias leyes personales. Para posibilitar los negocios, los señores feudales admitieron que las operaciones de los mercaderes no estuviera sujetas a la ley del lugar de la feria, y que sus controversias fueran resultas por jueces ad hoc elegidos por ellos mismos." "Y ocurrió entonces que, para resolver esos conflictos, los mercaderes y sus jueces crearon un nombre nuevo, el de lex mercatoria, para un derecho viejo, el jus gentium", cuyos principios fueron la prevalencia de la intención sobre la forma, el respeto de la palabra empeñada o de la promesa formulada, la obligación de soportar equitativamente las ventajas y los daños derivados de sus relaciones patrimoniales, la necesidad de actuar de buena fe con prescindencia de las formas o ritos utilizados." "El Derecho Comercial nació, pues, como una regulación corporativa, con una nota distintiva singular: era personal a quienes ejercían una determinada actividad, era el Derecho de los comerciantes. Éstos obtuvieron dos ventajas muy especiales: crearon su propia regulación jurídica, al asignársele fuerza vinculante a sus propios usos; y designaron sus propios jueces. Porque los señores feudales permitieron y, más aún, garantizaron, que los comerciantes resolvieran entre ellos sus conflictos particulares, con sus reglas específicas." "En las codificaciones del siglo XIX se produjo una fuerte expansión del área de vigencia del Derecho Mercantil. La regulación subjetiva fue remplazada por otra objetiva, que debió tomar en cuenta a la persona del comerciante y atendió en cambio a las características de determinados actos, denominados actos de comercio." Esa expansión se produjo a expensas del Derecho Civil, generando varios inconvenientes que ha reseñado VIVANTE: a) la delimitación del área de la materia comercial suele ser incierta; b) además suele ser artificiosa, pues muchos actos son considerados mercantiles aunque no tengan relación con el comercio en sentido económico, como las letras de cambio; c) el Código de Comercio nació como un Código de clase para los comerciantes, que deja sin defensa a quienes, sin serlo, quedan sometidos a él; d) desde que los usos comerciales son creados por los propios comerciantes, y tienen efecto jurídicamente vinculante, los no comerciantes suelen estar sujetos a normas que ignoran." "El ensayo titulado Nacimiento, Vida, Pasión, Muerte y Resurrección del Derecho Mercantil, que el profesor peruano Carlos Torres y Torres Lara publicó en jus et praxis, Universidad de Lima, múm. 5, julio 1985) explica la evolución del Derecho Comercial conforme a estos criterios:" "Su nacimiento, como vimos, se produjo en la Edad Media, como un Derecho "de una clase pobre, marginal, y sin importancia a los ojos de sus contemporáneos", la clase de los vendedores ambulantes que compraban para vender, no para consumir." "Su tiempo de vida tuvo esplendor. El comercio se desarrolló expansivamente, los pequeños vendedores ambulantes pasaron a ser ricos comerciantes - formando una nueva clase social, la burguesía, en la que se apoyaron los reyes para imponer su poder a los señores feudales - y el Derecho Mercantil desplazó al Derecho Civil, cuyas normas "de procedencia romana estaban concebidas para una actividad fundamentalmente privada, familiar e inmobiliaria y de consumo", frente a la cual "el comercio se desarrolló como actividad masiva, mobiliaria y de lucro" "A partir del siglo XVII se inició el tiempo de la pasión. Una vez que la clase noble y feudal fue dominada, con la financiación de los comerciantes burgueses, la monarquía reasumió el poder estatal en la producción de las normas del Derecho Comercial. En 1807 Napoleón dictó el Código de Comercio el que con la perspectiva de la nueva clase burguesa, esta plasmado de reglas prácticas, utilitarias, de base mobiliaria, y el lucro como centro de la acción: sacrifica la justicia en busca de la eficacia y eficiencia. Además, para evitar que sea un Código clasista - que sería incompatible con la bandera revolucionaria de*

2 De Castro y Bravo Federico; Derecho Civil de España; Parte General; Tomo I; Tercera edición; Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, Pág. 130

3 Alterini Atilio Aníbal, CONTRATOS ... pág. 97 y ss. y "Tendencia en la contratación Moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Jorge Gamarra; FCU, Montevideo 2001, pág. 11 y ss.

igualdad -, se inventa, justifica y luego se defiende, durante casi dos siglos, que el Derecho Comercial se aplicaría, no para los comerciantes como clase, sino para cualquiera que realizara actos comerciales y, al pasar de subjetivismo al objetivismo, "ya no importa quién realiza el acto, sino el acto mismo." La muerte adviene, entre otras razones, porque estalla la Revolución Industrial y el comercio se masifica. Los códigos de Comercio son modificados sustancialmente, ya que el comercio varia día a día y las necesidades económicas así lo exigen; pero no hay tiempo para dictar nuevos códigos, pues mientras las comisiones estudian cómo lograr una nueva codificación, el Código sigue siendo modificado por partes. Los códigos de Comercio, en definitiva, quedan literalmente descuartizados. Pero entonces se produce la resurrección del Derecho Comercial, aunque en una nueva forma, aún más fuerte que antes, sus reglas ya no están necesariamente en un Código de Comercio, sino que ahora se incorporan al Código Civil y éste deja sus antiguas vestiduras: al igual que ciertas costumbres bárbaras se incorporaron a la civilización occidental y viven aún hoy habiéndose puesto el nuevo ropaje de la cultura occidental, así el Derecho Mercantil, con ropaje civil, se ha impuesto en las nuevas sociedades, bajo la forma del denominado Derecho Privado, o Derecho Privado Patrimonial. Se ha producido la comercialización del Derecho Civil - antes bien que la civilización del Derecho Comercial - la razón de la masificación de la nueva sociedad, en la que todos o casi todos actuamos en las actividades mercantiles, tomadas éstas en su sentido más genérico, es decir, como actividad económica". En nuestro país la Dra. Eva Holz[4] expresa que si bien hay institutos que son propios de una u otra materia, como ser el derecho de familia o los derechos de la personalidad en materia civil o los regímenes en materia societaria, la empresa en materia comercial, existen otros que de acuerdo a las épocas y necesidades económico sociales, pueden estar reguladas por un u otro derecho.

Señala esta autora que en la actualidad se ha producido una *generalización del derecho mercantil* a consecuencia de la actividad las grandes empresas mercantiles o industriales, que obtienen sus utilidades de la masificación de sus productos a través de la economía en escala lo cual trae como consecuencia la también masificación de las técnicas de contratación, lo cual provoca que *"el Derecho Mercantil, que tradicionalmente ha regulado a las empresas comerciales e industriales, sea aplicado en forma masiva a todos los estratos sociales, a toda la colectividad, por lo que su contenido original, que es la regulación de los actos de comercio y del comerciante, se expande más allá de esas fronteras primigenias."*

Por otra parte señala la Dra. Holz que las dificultades económicas y la perdida del poder adquisitivo y a efecto de conservar ahorros, han hecho que por ejemplo la clase media haya incursionado en áreas, antes reservada para una clase específica - los comerciantes - y por ejemplo realice operaciones bursátiles e inclusive realice especulaciones, sin perjuicio de ello existe un uso generalizado de la población de las operaciones bancarias, a través de cuentas corrientes, emisión de cheques, etc.

Como consecuencia de ello el Derecho Civil debió adaptarse, flexibilizando sus estructuras, y adoptando principios propios del Derecho mercantil, tales como la facilidad de adaptación, la libertad formal, etc.

Es por ello que dicha comercialista concluye: *"que los ámbitos específicos de la materia mercantil se reducen, ya que por ejemplo las áreas relativas a las obligaciones y contratos, en principio solamente mercantiles, hoy son consideradas como terreno único del Derecho Privado y no se diferencian de las obligaciones y contratos civiles. Por imperio de la generalización del Derecho Comercial y la comercialización del Derecho Civil, el régimen de obligaciones y contratos de ambas resultan casi idénticos, y extrayendo este sector del ámbito del Derecho Mercantil, sus contenidos específicos se reducen a aquellas áreas que de ninguna manera podrán ser reguladas por el Derecho Civil, como ser la legislación bancaria, la de los seguros, la regulación por de la empresa y sus institutos afines, el derecho societario, el de la concurrencia desleal, el régimen marcario, etc. El corolario ineludible... la unificación, cuando menos, del derecho de las obligaciones.*

Nuestra posición. Sin perjuicio de coincidir con los profesores citados, en esta unificación que se esta produciendo respecto a ciertos institutos civiles y comerciales, nos permitimos tomar las palabras del Profesor De Castro y Bravo[5] para advertir que *"conserva el Derecho civil su función de Derecho común, sirviendo su doctrina de* ***contrapeso eficaz a la tendencia hacia la deshumanización del tráfico.***" (destacado nuestro).

VI. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS

En esta época postmoderna donde no existen las fronteras, se siente como imperioso por los operadores del sistema de mercado llegar a cierta armonía entre las distintas legislaciones nacionales relativas a los contratos; tarea en la cual se viene trabajando a efectos de lograr como un "lenguaje común" para la regulación de los contratos que instrumentan los negocios de ese mercado.

4 Holz Eva ; Mercado y Derecho ; FCU, Montevideo 1993 ; pág. 20 yss.

5 De Castro y Bravo, Federico, ob. cit, pág. 139

Tal tarea se ha tornado imprescindible por la globalización, fenómeno económico que se difunde aceleradamente desde la década de los ochenta. En efecto, el aumento de los intercambios, las inversiones en el extranjero, la formación de grandes bloques económicos (CE, MERCOSUR, ALCA, etc.), ponen en tensión, con más intensidad que nunca en la historia, los dos grandes sistemas jurídicos mundiales: el continental europeo y el anglonorteamericano, por la diferencia técnica en cuanto a las fuentes del Derecho, sustancialmente códigos para el sistema continental europeo y el common law para el anglonorteamericano. La diferencia entre ambos sistemas no sólo es académico, sino que por el contrario tienen consecuencias en las economías de los países, ya que dependiendo el sistema jurídico elegido el negocio puede ser más o menos costoso y a veces puede suceder que el negocio no se realice, por lo menos bajo ciertas disposiciones legales.

Pensemos el caso de un Derecho que sólo admite la liberación del deudor contractual cuando existe caso fortuito o fuerza mayor (art. 1343 CCU) entendiéndose por tal un hecho imprevisible e irresistible, en función de ello requiere a ese deudor que realice esfuerzos para cumplir hasta la frontera de lo imposible; y otro Derecho, que por ejemplo siga los criterios de la Convención de Viena de 1980 sobre Compra Internacional de Mercaderías y de los principios de UNIDROIT, acepte que el mero *impedimento ajeno a la voluntad* del deudor lo libere de responsabilidad. Es lógico que el primero de los sistemas es más exigente que el segundo, porque le son requeridos al deudor mayores esfuerzos para cumplir, y se lo hace responsable por incumplimiento en un número de hipótesis más amplio; consecuentemente si contrata en el primer sistema cobrara un precio mayor que el que cobraría en el segundo.

a. La nueva lex mercatoria.

Algunos sostienen que un modo de unificación internacional del Derecho resultaría de la denominada *Nueva lex Mercatoria* o *Nuevo Jus Mercatorum*. La idea de *lex mercatoria* tiene sustento fundamental en la regla de buena fe, la cual permite "afirmar el principio de la fuerza obligatoria del contrato internacional", y brinda a la vez un instrumento para reglar el comportamiento de los operadores del comercio internacional. También tienen fuente influencia los usos y costumbres. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de UNIDROIT (art. 1.8) consideran obligadas a las partes por los usos convenidos, las prácticas entre ellas, y los usos generales.

b. Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Tiene como propósitos "promover la uniformidad en su aplicación" y "asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional" (art.7 inc. 1°). En términos generales, las compraventas abarcadas por la Convención son las de "bienes muebles corporales". Se incluyen también los contratos de suministro, en los alcances de su artículo 3. *Pero están excluidas las compraventas* realizadas para uso personal, familiar o doméstico, que corresponden a la categoría de *contratos de consumo*; las realizadas en subasta y las judiciales; las de valores mobiliarios, títulos o efectos del comercio, y dinero: las de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y las de electricidad (art. 2). Esta Convención es particularmente importante para el desarrollo de la teoría general del contrato, porque sigue los criterios más modernos.

c. Principios de UNIDROIT.

UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma, dio a conocer en 1994 los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional, que fueron elaborados por un Grupo de Trabajo que integraron profesores, magistrados y funcionarios de alto rango, pertenecientes a todos los principales sistemas jurídicos del mundo. Su Introducción expresa: "el objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados". Del Preámbulo resulta que los Principios se propusieron establecer "reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales" y actuar como "principios generales del Derecho" o como "Lex Mercatoria", así como "servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional" o para ser utilizados por los particulares en los "contratos estrictamente internos o nacionales". *Se han excluir del ámbito de los Principios las llamadas "operaciones de consumo"* Se trata de un material que tiene coincidencias con soluciones de los Derechos nacionales (tanto sistema continental como common law) y de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y que adecua a las exigencias jurídicas del mundo moderno de los negocios.

d. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

El Parlamento Europeo, en 1989, encargó al profesor de Copenhague Ole Landö la redacción de un "Código europeo de Derecho común de contratos", y en 1994 insistió en que las tareas continuaran adelante,

no se ha publicado sus resultados. Por su parte la Academia de Jusprivatistas Europeos, integrada por prestigiosos profesores pertenecientes a los sistemas del Derecho continental y del Common Law, en 1990 de unos encuentros en Pavia (Italia), surgió un grupo de trabajo que se propusieron elaborar un Código nuevo en el cual el texto y contenido se adecuara a las circunstancias socio - económicas actuales. Dicho grupo tomó como esquema de base el Código Civil italiano - el cuan se considera intermedio entre los sistemas francés y alemán y por la unificación del Derecho Civil y Comercial que contiene - y el Contract Code de MCGREGOR, la primera parte del anteproyecto se conoció en el año 1995, y la segunda 1997, en el cual se propone mantener la unificación entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial, abarcando diversos aspectos de la teoría general del contrato.

e. El Contract Code de McGregor.

En el año 1966 la Law Commission británica encargó al profesor en Oxford y Londres Harvey MacGregor un proyecto de Código de Contratos, ese Contract code pretendió aproximar las soluciones del Derecho británico y el Derecho continental, y se realizó basado fundamentalmente en la jurisprudencia y se trata de una consolidación o compilación del Derecho que rige en Gran Bretaña.

VII. EL CONTRATO

Resulta hoy un instrumento imprescindible en una sociedad de mercado, por no poderse concebir una sociedad organizada sin que en ella el mismo no ocupe un sitial de preferencia.

Señala Alterini[6] que el sustantivo "contractus" aparece por primera vez en un fragmento de Sevio Suplicio Ruffo (cónsul en el año 51 antes de Cristo) del que da cuenta Augulo Gelio en sus Noches Aticas (Gallo). Continua expresando el autor antes referido que en ese Derecho "la celebración requería ciertas formalidades; no bastaba por lo tanto la mera voluntad de las partes. La sola convención (convetio, pactum) no generaba obligaciones, sin perjuicio de que ciertos casos le fueran asignados efectos jurídicos por edictos imperiales y por disposición del pretor." Los contratos se podían formar por la cosa, o por las palabras, o por escrito, o por el solo consentimiento dando lugar a las siguientes categorías: contratos verbis, que quedaban concluidos verbalmente; contratos litteris, que quedaban concluidos por escrito; contrato re (el mutuo, el comodato, el depósito y la constitución de prenda, que hoy son considerados contratos reales), para cuya conclusión era necesario la entrega de la cosa y contrato consensu, que quedan concluido con el consentimiento, sin ninguna otra formalidad. Otra clasificación que se realizaba era en cuanto que algunos contratos eran de Derecho estricto, y otros eran de buena fe. Los contratos de derecho estricto obligaban en los términos literales en que se habían hecho las estipulaciones; dentro de éstos se incluían los contratos verbis, los contratos litteris y el mutuo. En tato que los contrato de buena fe obligaban más que por las palabras, por la verdadera intención de las partes: "en los convenio debe estarse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras" (Digesto, 50, 16, 219); comprendían todos los contratos solo consensu y los contratos re, comodato, el depósito y la prenda. Asimismo, muchas de las regulación guardaban relación con la buena fe objetiva, atento a ello se le concedían acciones a los compradores cuando la cosa presentaba vicios o defectos ocultos, todo lo que consagró la regla caveat ventor (vendedor, precávete). Dicha solución se adecua a la buena fe, por cuanto le reconoce al comprador el derecho de recibir la cosa vendida, sin defectos que la hagan impropia para su destino (1718, 1696, 1686 CCU).

Si analizamos el **derecho llamado continental europeo**, vemos que **el contrato** resulta del acuerdo o consentimiento, y es obligatorio. En otras palabras, desde que se realiza el acuerdo entre las partes, éstas están obligadas a cumplir lo convenido, y en consecuencia las mismas quedan sujetas a la ejecución específica y a la indemnización por los daños en caso de incumplimiento. (arts. 1101 CC Francés; 1254 CC español, 1321 CC italiano; & 305 del CC alemán (en referencia al negocio jurídico), entre otros. En tanto que en el **derecho norteamericano** y según el Restatement of Contracts 2end. (sistematización jurisprudencial norteamericana, elaborada por el American Law Institute) "el contrato es la promesa o la serie de promesas por cuya ruptura la ley otorga un recurso (remedy), o cuyo cumplimiento reconoce de alguna manera como una deuda". Dicho recurso puede consistir en una ejecución especifica, la restitución, la indemnización, y, en su caso, el reconocimiento o la privación de un derecho, privilegio, o poder creado o concluido por la promesa. Por su parte para el Código modelo que regula el contrato de compraventa comercial, el cual rige en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América - Uniform Commercial Code - considera como contrato a la

6 Alterini, Atilio Aníbal, CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo TEORIA GENERAL 1a. reimpresión 1999 ; Edit. Abeledo - Perrot Bs. As.

totalidad de las obligaciones legales que resultan del acuerdo de partes (secc. 1. 201[10]). Ahora bien, aquel "remedy" no se otorgaba a cualquier incumplimiento, existiendo ciertas restricciones a dichas acciones que provendrían del antiguo Common Law, pero manifiesta el Profesor Alterini que "en ciertas situaciones se considera que quien genera en otro cierta confianza (reliance) o expectativa respecto de que realizará determinados actos, queda obligado por la generación de esa confianza; la idea fue difundida en la década de los treinta por Fuller y Perdue. "como réplica a la ortodoxia tradicional, según la cual la autonomía de las partes contratantes era el fundamento del Derecho contractual" (Atiyah). Fried admite que la "convención provee un camino por el cual una persona puede crear expectativas en otra", y entiende que "en virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esa convención para hacer una promesa, y luego romperla">. <La cuestión se advierte con claridad en materia de publicidad para el consumo: el vendedor queda obligado " por las promesas o afirmaciones de hecho realizadas en el envase o la etiqueta" (Uniform Commercial Code. Secc. 2-314 [2-d]), y responde de las afirmaciones inexactas hechas al público "por la justificable confianza" que haya creado (Restatements of Contracts 2nd. &402.B).> Pero debe advertirse que en el derecho angloamericano moderno subsiste una singularidad que lo caracteriza: en términos generales sólo son exigibles las promesas que tienen consideration. ***En nuestro derecho positivo*** ha sido definido por el art. 1247 del CCU como "una convención para la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." Como se puede apreciar de la definición dada por nuestro legislador, en nuestro ordenamiento ha sido recogida la posición o tesis restrictiva en cuanto a los derechos que pueden surgir del mismo. En efecto, de acuerdo a la norma transcripta, el contrato es una convención que crea obligaciones. Con lo cual se deja de lado otras posiciones como la denominada amplia: en la que se entiende que mediante el contrato es posible crear, modificar o extinguir cualquier clase de derechos patrimoniales. O la posición intermedia que sustenta que el contrato no sólo puede crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales, como los reales u los intelectuales. Asimismo y conforme lo preceptuado por el art. 1260 del C.C. existe en principio, la libertad contractual, lo cual condice con la norma constitucional (art. 10 inc. 2), dicha libertad aparentemente quedaría limitada sólo cuando se pretende realizar un convenio en contra de las buenas costumbres o del orden público. (art. 11). del C.C.U)

Pero en cuanto a las leyes expresadas en modo imperativo que no concierna al orden público y en las normas supletorias, en las cual la ley sólo ofrece como opción un modelo, integran el Derecho dispositivo, es en esta área en que los particulares son los arquitectos de sus actos. Y es allí donde está emplazado el contrato. Se trata de un criterio generalizado, que resulta expresamente del Derecho comparado: C.C. italiano de 1942 (art. 1322); C.C. del Distrito Federal mexicano (art. 1859); C.C. peruano de 1984 (art. 1356) CC español (art. 1255); C.C paraguayo de 1987 (art. 669); y también los Principios de UNIDROIT (art. 1.1: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido") Como consecuencia de ello, los tribunales carecen de facultades para intervenir en los contratos, o en sus estipulaciones, salvo en supuestos muy puntuales: cuando lo autoriza la ley (por ejemplo si se trata de resolver sobre su interpretación, su integración, su ejecución, su modificación, o su extinción) o cuando ha sido transgredida una norma imperativa de orden público. Sólo en este último caso cabe su actuación de oficio.

VIII. FUERZA VINCULANTE DE LOS CONTRATOS

El profesor argentino Alterini recuerda que[7]: "Se trata de la regla pacta sunt servanda (los pactos deben ser conservados). En el Digesto (2,14,7,7) se recoge la opinión del pretor: " Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualquiera de ellos", sobre el cual GAYO corrobora (Digesto, 2,14,28) que "los pactos convenidos contra las reglas de Derecho Civil no se consideraran válidos." Este límite a la autonomía de la voluntad fue fisurado por un rescripto de JUSTINIANO (Código, 2, 3. 39), en el cual estableció "que a nadie le sea lícito ir contra sus pactos y engañar a los que con el contrataron", preguntándose "¿por qué no valdrán también en esta ocasión los pactos, cuando es otra regla del antiguo Derecho que todos tienen facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido?". De alguna manera, los glosadores extrajeron de ese rescripto las reglas pacta sunt servanda y volenti non fit injuria (lo que se quiere no causa daño), que también podrían considerarse inducidas del Digesto (2, 14, 1, proemio), en cuanto se pregunta ¿qué cosa hay tan conforme a la lealtad humana cono respetar los hombres lo que pactaron entre si pactaron?".

7 Alterini, Atilio Aníbal, Contratos.... pág. 67

Este criterio se reflejaba en el pensamiento de *ROUSSEAU*, que consideraba a las convenciones, *"base de toda autoridad legítima ente los hombres"*: el pacto, con fuerza suficiente para justificar la organización misma de la sociedad, debía tener energía bastante como para obligar a los sujetos de Derecho en la medida y extensión de lo acordado. O cuando KANT predicaba: *"cuando alguien decide algo respecto a otro, es siempre posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cundo decide para sí mismo"* También coincide con la conocida frase de FOUILLÉE: *"Quien dice contractual dice justo"* La doctrina comparada a las preguntas de: ¿por qué obligan los contratos? o ¿cuándo obligan los contratos? Han respondido con ***diferentes teorías***, las cuales agruparemos siguiendo el criterio de Alterini[8]:

a. Teoría positivista.

Sostiene que los contratos obligan porque así lo dispone la ley. La voluntad no crea obligaciones, sino que se limita a someterse a los status previstos por la ley, los usos o los contratos tipos, o a no someterse a ellos (Hauser)

b. Teoría del imperativo categórico.

Estima que los contratos son obligatorios en virtud de un postulado de la razón: los contratos obligan porque obligan (Kant).

c. Teoría de la justicia correctiva.

Sostenida por Villey quien entiende que la convención no es más que un accidente, un accesorio en le cambio, pero jamás es ella la que constituye la esencia del sinalagma, apoyándose en Aristóteles entiende que el desplazamiento de un bien, de un patrimonio a otro, es lo que da lugar (por la justicia llamada correctiva a fin de restablecer el equilibrio) a la "restitución" de un valor equivalente, en lo posible.

d. Teoría utilitarista.

Bentham sostenía que desde un punto de vista intelectual, es ventajoso para el contratante cumplir lo estipulado, porque de lo contrario, en el futuro nadie contrataría con él. Por su parte Demogue sostuvo que desde el punto de vista social, es útil para la sociedad que los contratos sean cumplidos.

e. Teoría del poder de la voluntad.

Se entiende por esta posición de que el contrato es obligatorio porque deriva del poder de la voluntad de la persona. No obstante, si alguien promete, y luego cambia de parecer, la ley lo obliga a cumplir lo prometido, yendo de ese modo contra su voluntad; en realidad, "no se trata de realizar el poder de la voluntad del promitente, sino de conceder o negar una acción al promisario (Gorla)

f. Teoría religiosa y moral.

Se parte de que un mandamiento de la Ley Divina es no faltar a la palabra; y, en el plano social, el amor al prójimo impide violar lo prometido. Ripert expresa: "el respeto de la palabra empeñada es una de las bases del orden social", agregando: "la promesa, sin duda, no es obligatoria sino en cuanto la ley civil la sanciona; pero la ley, a su turno, pide a la regla moral el secreto de la fuerza de esa promesa, y los caracteres que hayan de hacerla respetable."

g. Teorías de la veracidad y de la confianza.

El criterio de la veracidad fue introducido por Vico, el cual entendía que la persona podía hablar o callar, pero si habla y promete, la veracidad lo obliga a cumplir. Mas reciente en el tiempo se ha sostenido que el contrato es obligatorio por la confianza que la promesa genera en los demás (Messineo). Este criterio además puede ser sustentado en diversas razones: ***Morales***: Se trata del deber moral de veracidad, así Risolía establece que "corresponde hacer honor a la fe empeñada". Jurídicas: El daño sufrido por quien confiado en una manifestación de voluntad ajena, y ha sido defraudado en su confianza, obliga a quien no hizo honor a la fe empeñada porque rige el deber general de no dañar a otro. Filosóficas: El carácter social del hombre le impone confiar en los demás. Si no pudiera confiar en ellos, en los hechos, aquel carácter social desaparecería. **Alterini** por su parte entiende que: quien decide estar a Derecho y obra un acto jurídico, con discernimiento, intención y libertad, restringe de alguna manera su albedrío, al obligarse frente a otra parte a cumplir una prestación, o a indemnizarla en caso de incumplimiento. En la actualidad se suele asignar fuerza jurídica

[8] Alterini, Atilio Aníbal, Contratos... pág. 18 y ss.

vinculante a lo que resulta de determinada situación creada, y se atribuye esa "responsabilidad derivada de la confianza" desestimando también las "declaraciones de voluntad negligente" (Santos Briz). Quien genera una expectativa en un tercero está precisado a responder a la confianza que le ha sido depositada.

En nuestro país, **Santiago Carnelli y Eugenio Cafaro** [9], siguiendo a Ferri[10] quien sostuvo que *"La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restingirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida. Aunque sean excepcionales, estas intervenciones de la ley tienen justificación formal en la superioridad de la fuente legislativa sobre la negocial."* sostuvieron que todos los individuos en su calidad de sujeto de derecho y en el marco de la autonomía de la voluntad, tiene la posibilidad de crear normas, tal posibilidad se denomina poder normativo negocial, y éste encuentra su fuente de validez en una norma supraordinada, la ley, la cual puede atribuir o privar a los individuos de dicho poder negocial. Por su parte el Escribano **Blengio**[11] entiende la autonomía de la voluntad *"como un colorario del derecho a la libertad, referente al plano de la regulación normativa de intereses privados, puede concebirse como un procedimiento caracterizado por el rol decisivo asignado a la voluntad exteriorizada de los sujetos en la creación de normas jurídicas individuales que alcanzan (de regla) sólo las esferas jurídicas de sus autores."*

Agregando que *"El principio de la autonomía de la voluntad, encuentra sus raíces filosóficas en las ideas de Kant en la Crítica de la Razón Pura, concibiendo a la voluntad como la fuente única de toda obligación y una fuente justa, por cuanto si es posible ser injusto cuando se trata de decidir para los demás no se lo puede ser cuando se decide para si mismo. Las ideas de la escuela del Derecho Natural inspiradas fundamentalmente en Grotius, el adecuado ambiente de la prevalencia del liberalismo económico y las ideas políticas que hacían del hombre el centro del sistema, inspiradas en las teorías de Hobbes y Rousseau sobre el contrato social, que concebía a los hombres esencialmente libres e iguales, que no entendía posible una restricción de la libertad que no tuviera su origen en la voluntad del hombre, por lo que sólo se veía como admisible una sociedad organizada sobre la base del acuerdo voluntario, determinaron casi naturalmente, que surgiera como un verdadero dogma, el principio de la autonomía de la voluntad."*

El ***derecho positivo recoge la teoría de la voluntad*** en el artículo. 1291 del CCU que dispone: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como la ley misma." "Todos deben ejecutarse de buena de y por consiguiente obligan, no sólo a lo que ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o la ley."

En tanto el art. 209 del C. Co. U dispone: "Las convenciones legalmente celebradas, son ley para los contrayentes y para sus herederos." "No pueden ser revocadas, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley expresamente señala." "Todas deben ejecutarse siempre de buena fe, sea cual fuese su denominación, es decir, obligan no sólo a lo que se expresa en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso, o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza." En igual sentido que las disposiciones del ordenamiento jurídico uruguayo el código francés (fuente del nuestro) en su art. 1134, expresa: "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho" "No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o lasa causas que la ley autorice."

"Deben ser cumplidas de buena fe"

En tanto que el art. 1197 del C.C argentino expresa: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". También el art. 42 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos adopta el mismo criterio: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes" En definitiva, la autonomía de la voluntad descansa sobre dos bases: a) La libertad de contratar o autodecisión, que da derecho a contratar o no contratar; y b) la libertad contractual o autorregulación, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío. Las partes tiene derecho, si deciden contratar, a elegir el tipo contractual, hacer una adaptación especial de este tipo, o utilizar una figura atípica. Correlativamente, la autonomía de la voluntad implica otras dos libertades (MAZEAUD), que deben ser ejercidas de común acuerdo por las partes: la libertad para modificar el contrato, o sea para revisar sus términos; la libertad para extinguir el contrato, o sea, para dar por terminada la relación contractual. Ahora bien esa libertad de contratar (o autodecisión) que es uno de los contenidos del dogma de la autonomía de la voluntad, que implica la libertad para celebrar el contrato, o la libertad para rehusarse a celebrarlo y la libertad para elegir

9 Carnelli, Santiago; Cafaro, Eugenio B.; Eficacia Contractual; edit. Abeledo -Perrot; 1989 Bs. As., pág. 17

10 Ferri Luigi; La autonomía privada; Traducción al español de Luis Sancho Mendizabal; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; 1969 ; pág. 51

11 Blengio, Juan "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir" en ADCU T. XXVII, FCU, Montevideo, pág. 393 y ss.

el cocontratante, tenía sus limitaciones en los códigos europeos que la proclamaban al imponer ciertos contratos como los depósitos necesarios, realizando expropiaciones forzosas, constituyendo servidumbres, o disponiendo la venta de bienes en ejecución del deudor, a las que posteriormente han venido a añadirse, con una clara protección a los intereses de los económicamente débiles, toda la legislación del trabajo, la legislación de arrendamientos urbanos. Finalmente, las consecuencias de entender que existe una equiparación entre el contrato y la ley son:

a. Los contratantes deben atenerse a lo contratado, y cumplirlo (pacta sunt servanda), o indemnizar al acreedor por la inejecución de lo debido. b. Las convenciones se sobreponen a las leyes supletorias vigentes al tiempo de la celebración del contrato, y a las dictadas con posterioridad. c. Los tribunales deben hacer respetar y cumplir las estipulaciones contractuales como si se tratara de la ley.

IX. ESTATUTOS Y CÓDIGOS

Actualmente se habla en Doctrina de "estatutos" o "microsistemas" es así que Alterini[12], los cuales rigen normas especiales y se encuentran al margen de los Códigos

Se ha señalado por ésta doctrina ciertas características comunes de los estatutos que lo diferencian de los Códigos, en primer lugar el ámbito de aplicación es más estrecho que el de los códigos, en efecto, y a manera de ejemplo el art. 3 del C.C. uruguayo establece que las normas se aplican a todos los que habitan el territorio de la República; o el art. 1 del C Co. U establece "la ley reputa comerciantes a todos los individuos..."; en tanto que los estatutos particulares, al aprehender a cierta categoría de sujetos, los consideran situados en un rol concreto: el de trabajador por ejemplo. Por otra parte los estatutos no se limitan a regular una determinada relación, sino que por el contrario van más allá, regulando sistemas de tutela a los sujetos pertenecientes a la categoría respectiva. Asimismo los estatutos incorporan elementos interdisciplinarios o multidisciplinarios. Tiene las características y la nota imperativa propia de las regulaciones de orden público económico. Según el autor argentino *"en la actualidad, los códigos contienen la lex generalis, con dispositivos abstractos y permanentes (BUSMELLI), y los estatutos cumplen funciones de addenda y de errata de sus preceptos (GERDART). Pero comienzan corrigendi vel supplendi gratia, y suelen terminar convirtiéndose en el Derecho común. (ASCARELLI)*

Por su parte el profesor español De Castro y Bravo[13], al referirse a las formas externas de disgregación del Derecho Civil, establece que éstas se manifiestan en la legislación fragmentaria, en la especialización científica y en la utilización técnicas de las divisiones del Derecho Privado.

Afirma éste autor que las *leyes especiales* que se dictan para atender las nuevas situaciones como por ejemplo la de arrendamientos, no implican que la unidad del derecho civil se pierda, lo que sucederá es que unas normas funcionarán como derecho común (las del Código Civil) y otras como derecho especial o excepcional (por ejemplo la de arrendamientos)

Respecto a la *especialización científica,* se señala que el estudio de leyes especiales ha sido una causa, bastante corriente, de propuestas de separación. La existencia de disposiciones de carácter civil y administrativo en unos mismos textos legales lleva a que los tratadistas piensen en exponerlas juntas, sin perjuicio de su naturaleza. De esta forma y a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, las normas se agrupan en torno a materias y no conforme a su carácter jurídico. Este corte vertical es más sencillo, y el que se adapta mejor a las necesidades de disciplinas poco desarrolladas doctrinalmente. Así junto al derecho Mercantil, han comenzado a alinearse nuevas disciplinas: derecho agrario, derecho del trabajo, derecho de la navegación, derecho aéreo, derecho de la propiedad intelectual, derecho notarial, derecho registral, etc.

El que, a consecuencia de existir textos codificados distintos del Código civil, contengan o no disposiciones de Derecho público, se proponga la autonomía didáctica o la especialización científica, puede no implicar un ataque al Derecho privado, pues las normas civiles (Derecho Común) pueden continuar siendo el complemento de las nuevas y más estrictas contenidas en las leyes especiales. Sin embargo, será un paso preparatorio para crear el prejuicio de que también contienen unos principios propios y generales a toda la materia (pública y privada) y, por tanto, distintos a los del Derecho privado, lo que significaría entonces su total separación del Derecho Civil.

Finalmente señala el autor español que *la especialización* puede considerarse en otro sentido, en cuanto ella determina el ámbito de aplicación de las normas, ejemplificando esta situación con el caso concreto de una

[12] Alterini, Atilio Aníbal; Contratos pág. 54 yss.
[13] De Castro y Bravo Federico; Derecho Civil de España... pág. 131 y ss.

relación de mandato, en la que debemos averiguar si está regulada por el Código civil, el Código de comercio o las leyes laborales, deberemos saber el alcance dado a las disposiciones mercantiles y laborales respecto al Código civil y entre sí. Resultando indiscutible la necesidad y el valor práctico de la diferenciación. Pero esto trata de un procedimiento delimitativo, que también hay que emplearlo dentro del Código civil.

Decir que una ley pertenece a un estatuto, un microsistema, se trata de una ley especial o excepcional no es algo que resulte indiferente, ya que a la hora de aplicar la ley, esta se aplicará en forma diferente, si se trata de una norma excepcional o no.

En efecto, cuando estamos ante un microsistema la norma responde a sus propios principios que son diferentes a por ejemplo los del derecho común; por el contrario si se entiende que la norma a interpretar funciona en una continuidad de genero a especie, es posible interpretar los presupuestos objetivos y subjetivos de su disciplina en sentido extensivo.

En lo que se relaciona con el tema aquí tratado tales conceptos pueden hacer la diferencia a la perspectiva de una nueva forma de ver los contratos en el derecho positivo uruguayo.

Ello es así porque en tanto por ejemplo los Doctores Caumont y Mariño[14] entiende que la ley sobre las relaciones de consumo constituyen un microsistema, con principios diferentes a los del Código Civil.

En la posición opuesta se encuentra el Esc. Blengio[15] quien como veremos más adelante sostiene que esta ley es una expresión más concreta y articulada de soluciones que ya se encontraban en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo especial la norma permite su extensión analógica.

Por su parte Alterini[16] entiende a las relaciones de consumo como un sistema autónomo, con sus consecuencias en el sistema interpretativo, en efecto el profesor argentino expresa: *"Las relaciones entre los consumidores o usuarios y los proveedores de bienes y servicios han estado tradicionalmente al Derecho Comercial, por aplicación de las teorías de los actos de comercio objetivo y de los actos unilateralmente mercantiles. Tal sumisión venía a significar un privilegio de los intereses sectoriales de los comerciantes, concepto que ahora es abandonado al proteger los intereses propios de los consumidores o usuarios "mediante un nuevo régimen de contratos" (SANCHEZ CALERO). A esto se llega por vía de un sistema autónomo que, en cuanto Derecho privado, sin ser ni Derecho Comercial ni Derecho civil, toma lugar entre ambos (HOUIN- PEDAMON) es de carácter interdisciplinario o multidisciplinario, está armado sobre una pluralidad de regulaciones, porque una ley única sería "inviable desde el punto de vista técnico jurídico" desde que la cuestión "afecta a una gran parte del ordenamiento" (BERCOVITZ)*

X. RELACIONES DE CONSUMO. CONSUMIDORES.

Los consumidores en el marco de la economía de mercado. En los mercados comunes, que son la expresión característica del auge de las economías de mercado, se insiste en privilegiar los intereses de los consumidores.

Es así que el artículo 129 - A del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) se propone contribuir "a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores", mediante "acciones concretas" tendientes a "proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores" y a "garantizarles una información adecuada."

Por su parte el Preámbulo del Tratado de Asunción, constitutivo del MERCOSUR, expresa que uno de sus objetivos es "ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes." Y es así que el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, del comité Técnico N° 7 de diciembre de 1997, desarrolla derechos básicos del consumidor y regula los contratos de consumo.

XI. EL CONTRATO DE CONSUMO

Los códigos clásicos no se ocuparon específicamente del consumidor.

En tal sentido afirma el profesor argentino Carlos Ghersi[17] *"la Teoría General del Contrato desde la dogmática decimonónica, es sólo una actitud formalista que oprime al consumidor, en el andar de este mundo y una insatisfacción a la justicia económica como valor sustancial"*

A tal conclusión arriba el Doctrino argentino razonando: *"La "Cascada" de formalidades: igualdad - libertad y autonomía de la voluntad, generan entonces un* ***modelo de contrato*** *basado en el consentimiento (oferta - aceptación)*

14 Caumont Arturo; Mariño, Andrés; en conferencia dada el 13-11-01 en el curso organizado por el Centro de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República; "Curso de actualización en Derecho Civil" dictado del 2 de octubre al 29 de noviembre del 2001.

15 Blengio, Juan; "Ambito subjetivo de aplicación de la ley de las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción del consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" en ADCU T. XXX ; FCU, Montevideo noviembre del 2000, pág. 463

16 Alterini, Atilio Aníbal; Contratos... pág. 151

17 Ghersi, Carlos Alberto; "El Contrato ante el tercer milenio: perspectivas del Derecho privado contractual contemporáneo ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra ; Montevideo; FCU ; 2001, pág 137

objeto (posibilidad de regulación de la conducta) y causa motivo (particular y determinante en cada contratante) que no se adaptó - pensamos - desde principios de este siglo, a ser un instrumento justo de acceso al consumo."

Tal posición es explicada por Ghersi en los siguientes términos: *"Pensar en los elementos del* ***consentimiento*** *como actos voluntarios, implementados a través del discernimiento como aptitud cultural, en un mundo donde casi la mitad del plantea carece de aprendizaje escolar elemental; o la* ***intención,*** *como conocimiento específico aplicado al acto, cuando se carece de información adecuada; o la* ***libertad*** *de opción, cuando es bombardea al consumidor con publicidad omisiva, abusiva, y agresiva de generación de conducta refleja, parece totalmente inapropiado."*

"Sostener que el **objeto**, es la conjunción de voluntades legislativas para esbozar una normativa que regule la conducta económica de las partes en igualdad de posición, cuando de un lado existe voracidad por la tasa de ganancia y por otra necesidad o creación consumista artificial, es casi demencial o por lo menos un desconocimiento de la realidad"

Y concluye sobre el punto Ghersi *"Alumbrar el contrato desde la* ***causa motivo****, como acto único e irrepetible guiado por la psiquis impulsara, es absurdo, cuando se han homogeneizado los gustos para las clases consumistas; o simplemente carecen de poder adquisitivo, es para exigir calidad en la adquisición de bienes o servicios; plantear la motivación desde el status o la competencia sin diversidad, o cuando los consumidores abrumados por exceso de informativa inadecuada y publicidad confusa acceden casi inconscientemente, es una abstracción dogmática aberrante impropia de quienes consideraban al derecho como herramienta de convivencia y paz social"*

XII. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

Aparecen en la carta de Protección del Consejo de Europa (res. 543 del 15 - V - 1983); en las Directivas sobre protección del consumidor aprobado por la Resolución 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16-IV- 1985, el artículo 8 del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR del Comité Técnico N° 7, de diciembre de 1997, y en la ley 17.250 sobre las relaciones consumo en su artículo 6° habla de derechos básicos del consumidor.

a. Derecho a ser informado

lo cual deriva de la aplicación del principio de fe en cuanto a los deberes de lealtad y completividad en la información al usuario.

Y es así que el literal C) del art. 6° de la ley N° 17.250 establece que el consumidor tiene derecho a una "información suficiente, clara, veraz, en idioma español, sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas."

b. Derecho a ser protegido en los intereses económicos.

Se trataría del derecho que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar condiciones equitativas, y que estaría recogido en la ley uruguaya en el art. 6 literal B) cuando se habla del derecho a "el tratamiento igualitario cuando contrate"

Como consecuencia de ello se establece un sistema tuitivo, en favor del consumidor, posibilitando la nulidad parcial, (de cláusulas abusivas), autorizando al Juez a integrar el contrato (último inciso del art. 31 de la ley antes mencionada).

c. Derecho a celebrar el contrato y regularlo.

El principio clásico de la autonomía de la voluntad abarca las facultades de celebrar un contrato, de rehusarse a hacerlo, de elegir el cocontratante, de determinar su objeto, de elegir la forma del contrato, de modificarlo, de trasmitir la posición contractual, de ponerle fin.

En el Derecho moderno esas facultades han sido modificadas de alguna manera según la opinión de cierta doctrina, pero existe unanimidad de que sí sufren variaciones en los contratos de consumo, en los cuales lo justo no se encuentra tanto en el esplendor del albedrío, o en sometimiento riguroso a los términos del pacto, sino en el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. La regla de *favor debilis* incide fuertemente en beneficio del consumidor.

XIII. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En su mensaje al Congreso de los Estados Unidos de América del 15 -III -1962, el presidente John Fitzgerald Kennedy hizo la afirmación que siempre es repetida: "consumidor, por definición, nos incluye a todos". En el Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea, del 14 -IV-1975, se precisó "en lo sucesivo el consumidor no será considerado ya sola-

mente como un comprador o usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor".

Ambos mensajes implican lo que creemos fundamental, ***estamos hablando de la persona, que en éste como en otras áreas del derecho esta siendo colocada como centro del sistema*** ya que, la problemática del consumidor, nos concierne a todos, pobres y ricos, fuertes y débiles, instruidos y ignorantes, habitantes de la ciudad y habitantes del campo, consumidores de productos de bienes de primera necesidad y consumidores de bienes suntuarios.

XIV. ¿A QUIÉNES SE CONSIDERAN CONSUMIDORES?

La caracterización del contrato de consumo supone la previa definición del *consumidor*, ha resultado problemática en nuestro país, con posiciones diametralmente opuestas, que van de una posición amplia (Esc. Blengio) hasta posiciones sumamente restrictivas (Dr. Olivera).

Esta gama de posiciones resulta posible por los defectos, admitido por todos, que presenta la definición que proporciona la ley uruguaya.

Los antecedentes de nuestra ley se encuentran fundamentalmente en la ley española, la ley argentina y el proyecto de protocolo de defensa del consumidor del MERCOSUR.

El artículo 2 de la ley 17.250 dice: "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella."

"No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización."

El texto de éste artículo es tomado de los párrafos segundo y tercero del art. 1° de la Ley española General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984[18] , y al igual que ésta ley hace una definición positiva - párrafo segundo del art.1° de la norma española y párrafo primero de nuestro artículo tercero - la que se complementa con una definición negativa - párrafo 3° del art. 1° de la ley española y párrafo 2° del artículo 2° de nuestra ley.

Este tipo de definición negativa es un recurso normativo que se utiliza para excluir supuestos que de otra forma podrían ser entendidos en la definición positiva. Pero en ambas normas se comete el mismo error se dice que son consumidores quien son destinatarios finales en la definición positiva y no son consumidores quienes no son destinatarios finales, pero no se define quien son destinatarios finales.

La interpretación que realiza la doctrina uruguaya de este error es diferente, como veremos, también que existe discrepancias en la doctrina sobre la interpretación que debe realizarse respecto de la no inclusión en la norma uruguaya en su definición negativa de los términos "prestación a terceros" que están en la ley española (párrafo 3° del art. 1°); en el proyecto de protocolo de defensa del consumidor (inc. 2 del art. 3°) y ley argentina (inciso 2° del art. 1°)

A) Posición amplia (Blengio)

Es así que para el **Esc. Blengio.**[19]- Es posible afirmar que la ley 17.250 es una ley que actúa un objetivo de justicia distributiva en aplicación del principio de igualdad, que se traduce en tratar de manera diferente a quienes están en posiciones jurídico - económicas distintas, con miras a restablecer el equilibrio fracturado por esta situación.

De acuerdo a su posición en cuanto a la interrelación de los principios constitucionales de libertad e igualdad referidos a la negociación, entiende que la relación que media entre la regulación de la ley 17.250 y las soluciones del sistema jurídico en el que viene a insertarse, es la que media entre el género y la especie.

Aunque la buena fe pertenece al campo de las nociones de fondo del ordenamiento jurídico, tiene sin embargo una especial gravitación en el ámbito de la contratación masiva (que es el terreno natural de las relaciones de consumo) donde la determinación del contenido negocial está en manos de la parte dotada de mayor poder; pues es allí que este standard jurídico asume un significado más intenso, como límite de tal poder.

Analizando la definición que sobre consumidor establece el art. 2 de la ley 17.250, expresa: *"se articula, en dos definiciones: una positiva y otra negativa, y determina que la individualización de la calidad de consumidor, se*

18 Szafir, Dora; Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189; FCU, Montevideo, 2000 p. 20

19 Blengio, Juan, En "Ambito subjetivo de aplicación de las relaciones... pág. 460 y ss.

deba realizar desde una doble perspectiva: a) la primaria (que constituye el núcleo de las dos definiciones), consistente en determinar si la persona física o jurídica es o no destinataria final del bien o servicio; y b) la secundaria (vinculada a la definición negativa del inc. 2° del art. 2), que tiene directa relación con la finalidad o destino a darse al bien o servicio, pues no se podrá considerar consumidor a quien (no constituyéndose en destinatario final en destinatario final) los adquiera a título oneroso (art. 4) con la finalidad de integrarlos a un proceso de producción, distribución o comercialización."

"La definición negativa, no aporta entonces claridad a la individualización de la noción de consumidor. Aunque a primera vista sólo parece tener en cuenta, como elemento excluyente de esa calidad, la finalidad que describe (integrar el bien o servicio en "procesos de producción, transformación o comercialización"), la exigencia contenida en la primera parte de la misma: "sin constituirse en destinatario final", deja dudas en cuanto a la incidencia que ella tiene. Por lo que, en función del tenor literal de la norma, bien podría sostenerse que un sujeto que se constituyera en destinatario final de los bienes y servicios que adquiere o utiliza, debería ser considerado consumidor a pesar de haberlos obtenidos con la indicada finalidad."

Blengio teniendo presente las diferencias de nuestra ley con la española en cuanto a que la definición negativa no hace referencia a la hipótesis de la integración del bien o servicio que se utiliza o adquiere en "prestaciones a terceros".

En cuanto a la ley argentina, que también recurre a una doble definición (arts. 1 y 2 de la ley 24.240/93), a diferencia de la nuestra, no incluye en la definición negativa (art. 2). al indicado núcleo (no constituye destinatario final) y se limita a señalar que no tendrán la calidad de usuarios, quienes "adquieran, almacenen utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Estas diferencias, a las que suma *" las razones que motivaron el texto de la definición de la ley española que sirvió de modelo a la uruguaya y a la obliteración (en la nuestra) de la referencia a la incorporación del bien o servicio que se "adquiere, almacena, utiliza o consume" a una "prestación a terceros", que se encuentra presente tanto en el texto de la norma madre española como la argentina ..., apoyan una interpretación amplia del art. 2 que tiene especial incidencia en la determinación del ámbito subjetivo de la aplicación de la ley 17.250*

Blengio manifiesta que la razón de ser de la definición negativa en la ley española era excluir el "consumo empresarial", que podía llegar a sostenerse de la interpretación extensiva de la significación resultante de su tenor literal que resultaba de la definición positiva. Es así que *según explica Alfaro Aguila - Real, se agregara al articulo primero el párrafo 3, que excluía del campo de aplicación de la ley a quienes adquirieran productos o servicios para incluirlos en procesos de producción. Sin embargo, al introducirse también en ese parágrafo (que lo hace en términos positivos, exigiendo la calidad de destinatario final para identificar al consumidor), no se logró el propósito perseguido, determinando que subsistiera la posibilidad de incluir (en el campo de tutela), al llamado consumo empresarial.*

Las reflexiones que vienen de hacerse, con relación a la ley española, valen sin duda también para la ley uruguaya. Respecto de la cual, por añadidura, podrán agregarse que, de haberlo querido, el legislador bien podría haber eliminado la posibilidad en cuestión, (omitiendo como la ley argentina la referencia a la calidad de destinatario final), habida cuenta de que la norma que se tuvo como modelo fue indudablemente la española y que las críticas a la inserción en la forma expuesta de la definición negativa debieron ser conocidas por quienes elaboraron el proyecto de ley.

Por lo que para este Doctrino lo que *" podría entenderse que en el ámbito de la legislación española constituía una mera posibilidad, en el ordenamiento uruguayo es derecho positivo vigente."*

Confirma su posición la exclusión de "en prestaciones a terceros" que hace nuestra ley separándose de sus antecedentes, cuya explicación brinda la Dra. Szafir[20] en cuanto a que dicha omisión fue intencional y tuvo como finalidad evitar las injusticias que se podrían cometer por ejemplo con un abogado que comprase una computadora, si lo hace para llevarla a su casa entra dicha adquisición en la tutela de la ley, en tanto que si la lleva a su estudio, quedaría excluido de los beneficios de la ley.

Blengio admite que la forma de ser redactada la ley puede dar lugar a dos interpretaciones una en contra del consumo empresarial (si se da una noción amplia de lo que implica el proceso de producción, transformación o comercialización

Pero una segunda lectura a la que el se adhiere, es hacer *"pie en el tenor literal de las dos definiciones"* privilegiando *"el elemento nuclear de ambas: la calidad de destinatario final"* admitiendo *"como relación amparada por la ley al*

[20] Szafir, Dora; Consumidores... p. 20

consumo empresarial. Por lo cual, en casos como el del ejemplo ya referido (profesional o comerciante que adquiere un equipo de aire acondicionado o una computadora para su lugar de trabajo o comercio)," se deberá *"considerar a una persona como consumidor, a pesar de que destina el bien a un uso que no es familiar o particular sino profesional."*

B) Posición intermedia (Wonsiak)

La **Escribana María Wonsiak de Haskel**[21] se encuentra en la posición de que la omisión de la ley respecto de sus antecedentes en cuanto a la "prestación de terceros" no fue una inadvertencia o error del legislador, apoyándose al igual que Blengio en lo expresado por la coautora de la norma.

Asimismo ésta profesora entiende que para determinar si se es consumidor o no respecto a las personas jurídicas, es fundamental la noción de integración, ya que *"es crucial para la determinación o comercialización de un producto o servicio forma parte de un proceso de "protección, transformación o comercialización". **Su caracterización debe realizarse con un criterio amplio de razonabilidad, considerando tal únicamente la efectiva utilización para dichos proceso y no las actividades que permiten su implementación"***

C) Posición restringida (Mariño)

Por su parte **Mariño**[22] entiende que el hecho que nuestra ley haya cometido el mismo error que la ley española y no haya adoptado la solución argentina, no es argumento suficiente para admitir el consumo empresarial.

Para este autor para determinar quien es consumidor es fundamental determinar que se entiende por: "destinatario final" y utilizando una definición dada por Pagador López en cuanto a que es destinatario final el *"sujeto que adquiere bienes o servicios en uno de los procesos de circulación de bienes (en sentido amplio) con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales y no con el propósito de reintroducirlos directa o indirectamente en el mercado.* Entendiendo con Pagador López que dicha definición coincide con el significado por la directiva europea 93/13/CEE (art. 2, b) en cuanto a que consumidor es la "persona que actúa con *propósito ajeno a su actividad profesional"*

Asimismo Mariño recoge las conceptos por Alfaro Aguila - Real que sostiene que *"la diferencia de trato para el consumidor se basa en que el consumidor carece de una organización y de una experiencia como contratante comparable o profesional"* y Botana García que considera que *"la protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario, desequilibrio que puede traducirse cuando el empresario o profesional no contrata en el sector de su actividad habitual, pero, no obstante, normalmente éstos se encuentran, si bien no en una situación de superioridad, sí en una situación más ventajosa que el simple consumidor en razón de sus especiales capacidades."*

Por lo que siguiendo a Pagador López entiende que consumidor es *"quien, mediante una operación económica de cambio desarrollada en el mercado y conforme a las leyes de éste, adquiere de un operador profesional o empresarial bienes o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares, particulares o domésticas, en el sentido de ajenas al desempeño de una actividad económica en el mercado".*

Asimismo para Mariño el hecho que en la ley uruguaya no se haya repetido la expresión. "prestación a terceros" de los antecedentes que se tuvieron a la vista, no implica que se consideren consumidores a aquellos que prestan servicios a terceros y adquiere bienes o servicios para ello es consumidor ya que *"quien presta servicios a terceros se encuentra en realidad produciendo ese servicio y o comecializánolo.*

Respecto del concepto de consumidor Mariño anota el sustentado por la Corte de Casación francesa, quien para determinar si una persona ya sea o jurídica queda excluido como consumidor tiene en cuenta si adquiere los bienes o servicios para utilizarlos en su actividad profesional y además que esa adquisición se concrete en el ámbito de conocimiento que le proporciona su especialización profesional.

Mariño entiende que no es trasladable la posición de la jurisprudencia francesa a nuestro derecho, porque en nuestro ordenamiento existe una definición de consumidor, cosa que carece el derecho positivo francés. Agregando además que a su juicio no resulta conveniente la posición francesa por cuanto produce seguridad jurídica.

Finalmente Mariño precisa que la posición que sostiene un sentido amplio de consumidor, trata corregir los posibles desequilibrios que puedan existir entre empresas, pero entiende que no es este el mecanismo

21 Wonsiak de Haskel; en ponencia "El concepto de consumidor en la ley 17.250 que regula las relaciones de consumo" presentada en las IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado, "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro, Montevideo, Uruguay

22 Mariño López Andrés; "En torno al concepto de consumidor, estudio del ámbito de aplicación subjetivo de la ley de relaciones de consumo" En ADCU; T. XXXI; F.C.U. Montevideo; noviembre 2001; pág. 741 y ss.)

para dicha protección, ya que en la ley de consumo es otra la finalidad, en todo caso lo que debería hacerse para proteger a esos empresarios "débiles" es una ley sobre condiciones generales en la contratación, como existe en Alemania, Austria, España, Portugal e Israel entre otros.

D) Posición estrictísima (Olivera)

Por su parte el **Profesor Ricardo Olivera García**[23] entiende que la ley uruguaya sigue la línea dada por el derecho comparado y quien resulta protegido es *"al adquirente privado, no profesional, de bienes y servicios que busca obtener una satisfacción personal o familiar con el uso de los mismos."* Careciendo para éste autor de toda base la distinción entre actividades profesionales de producción o de servicios, para incluir o excluir del régimen tuitivo de la ley, entendiendo que todos los profesionales están excluidos, ya que en todos los casos nos encontramos frente a personas que están especializadas en los contratos necesarios para el desarrollo de su actividad; del mismo modo encuentra insostenible la posición que sustenta que los bienes o servicios deban estar efectivamente incorporados en el producto final ya que la actividad empresarial supone una organización de diferentes factores productivos que deben ser adquiridos por la empresa para la obtención del producto final, algunos de esos factores productivos se encuentran efectivamente en el producto final y otros sólo lo hacen económicamente integrando la estructura organizativa y de costos.

Con referencia a las personas jurídicas, entiende el Prof. Olivera que las únicas que se encuentran amparadas por la ley son aquellas que por sus especiales características se encuentren en una situación similar a las personas físicas y citando Gema Botana García quien analizando la ley española ha entendido que *la norma se refiere a las asociaciones sin finalidad lucrativa (culturales, filantrópicas o religiosas) de escasa entidad patrimonial, respecto de las cuales concurran los mismos requisitos que los que se reúnen para las personas físicas."* Concluyendo el profesor precitado que la ley de relaciones de consumos no protege a las empresas ya que *"La relación empresarial se encuentra en las antípodas de la relación de consumo."*

"La empresa constituye una organización profesional de factores productivos destinadas a la producción de profesional de factores productivos destinadas a la producción de bienes y servicios. Su carácter profesional determina que cuente con la información y la experiencia necesarias para adoptar las decisiones que mejor se adapten a sus necesidades económicas y productivas."

"Pretender extender la protección legal a los consumidores finales y privados de bienes y servicios al consumo empresarial, aparte de contravenir la letra y el espíritu de la ley, provoca importantes distorsiones en el mercado. Lejos de mejorar su funcionamiento y competitividad, una interpretación diferente violentaría gravemente el principio de igualdad que debe presidir la contratación entre los profesionales del comercio.

E) Nuestra posición.

Indudablemente las imperfecciones de la ley admite todas las interpretaciones transcriptas, y quien decidirá cual es la aplicable será "la doctrina más recibida" de que el habla el artículo 16 del Título Preliminar del Código civil, y como es sabido, son doctrinas "más recibidas" las que recoge la jurisprudencia en sus fallos en una forma constante y mayoritaria, ésta aún no se ha conformado en nuestro país entre otras razones, por lo reciente de la ley, su escaso conocimiento, la falta de educación de la población, motivos por los cuales no se han planteado los suficientes casos a nivel judicial.

Sin perjuicio de ello, nos adherimos a la posición amplia del concepto de consumidor, por entender que éste es el no profesional, definiendo a éste último como la persona que pertenece a un área del saber científico, técnico o práctico; que dicha actividad se ejercite en forma habitual; y se preste en forma onerosa.

A nuestro juicio nos parece que la solución correcta por justa sería la sustentada por la Corte de Casación Francesa y en nuestro país por la Esc. Wonsiak, pero admitimos una de las criticas que le efectúa el Dr. Mariño, en nuestra legislación mal o bien se definió el concepto de consumidor, por consiguiente o existe consumo empresarial para todos o no existe.

Algunos de los inconvenientes que anotan tanto Andrés Mariño como Ricardo Olivera, creemos con toda humildad que éstos autores parten de un preconcepto de empresa que no siempre es real, más aun, tal vez

23 Olivera García Ricardo; "El concepto de "consumidor" en la Ley de Relaciones de Consumo" en Tribuna del Abogado N° 119, octubre/diciembre 2000; pág. 11 y ss.

dicho concepto se adaptaba a otra época en al decir empresa, nos estábamos refiriendo a un gran emprendimiento.

Pero la empresa de hoy definida por normas fiscales como combinación de capital y trabajo, puede ser desde un humilde electricista, chofer, etc., que debió formar a una unipersonal hasta las grandes empresas con organizaciones y estructuras adecuadas.

Ahora bien, ¿se puede decir que una empresa por el solo hecho de ser empresa se encuentra en mejores condiciones que una persona física para negociar? ¿Aquellas empresas unipersonales creadas por ex - trabajadores de ..., están realmente en mejores condiciones?

Creemos que lo que hace la diferencia es el poder económico que las mismas pueden ostentar y de esa forma le permitan contratar a otras personas "profesionales" para que lo asesoren en sus adquisiciones.

En efecto, seguramente las aseguradoras tendrán dentro de su personal, la persona indicada para prestarle asistencia en el negocio que realice en un área fuera de su especialización; lo mismo sucederá con un gran estudio de abogados que adquiera computadoras, los abogados de por sí no tienen porque saber nada de informática, (no es parte de la curricula oficial) pero indudablemente podrán dado su nivel económico lograr un asesoramiento para realizar un negocio conveniente. Pero el electricista, que se ha constituido como una empresa unipersonal, que adquiera un software para la computadora que utiliza en su actividad, ¿podremos decir que se encuentra en el mismo nivel que quien le está vendiendo el producto?

Como se dijera al principio creemos que hubiera sido adecuado que existiera un criterio de razonabilidad, como existe en la Corte de Casación Francesa, o propone la Esc. Wonsiak, pero como la ley uruguaya no permite esa posibilidad, nos inclinamos por la posición que cause menos daños a los derechos de las personas que en realidad también ellas están detrás de las empresas, porque de una posición humanista colocamos al ser humano como centro del derecho.

Pero además y respecto a la invocada supuesta inseguridad que se daría en el comercio, se cree que ella no se produciría si todos los proveedores actuaran con buena fe objetiva, ya que lo que la ley sanciona es el abuso, por lo tanto si se actúa correctamente, el abuso no se producirá y ningún contrato correrá el riesgo de ser alterado.

En definitiva, como el ratio de la ley es la protección del débil, como se dice en la justicia penal es mejor dejar un delincuente libre, que procesar un inocente, lo que traducido a éste caso implicaría que se beneficie alguna gran empresa a que se perjudique una pequeña empresa débil.

XV. LA LLAMADA "DEBILIDAD JURÍDICA" EN LA CONTRATACIÓN

"La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano" adoptada por la Asamblea francesa de 1789, proclamaba los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, afirmando que los hombres "nacen y viven libres e iguales en derechos". Este principio de igualdad de derechos implica que deben tratarse igual a los iguales, y en la contratación puede existir ciertas desigualdades entre las partes negociantes, esto puede ocurrir en forma genérica por circunstancias socio - económico - culturales y en forma particular por su menor poder económico que se trasunta en un menor poder de negociación. En efecto, ya **Josserand** en el año 1947, ya señalaba como uno de los puntos a tener en cuenta por el derecho moderno era la defensa del débil. Por su parte **Pablo VI** en la Encíclica Populorum Progressio manifestó: "La enseñanza de León XIII en la Rerum Novarum conserva su validez: el consentimiento de las partes, si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato: y la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del Derecho natural." **Alterini** sostiene que un componente de la teoría del contrato es la relevancia que se le asigna a la debilidad jurídica que, en servicio del principio jurídico de igualdad, determina soluciones especiales de favor debilis. En ese ámbito se aplica un régimen tuitivo, establecido preferentemente en favor de la parte tenida por débil, a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida. Este aspecto se relaciona con la clasificación de las partes en profesionales o no profesionales, entendiéndose por profesionales aquellas personas que pertenecen a un área del saber científico, técnico o práctico; que dicha actividad se ejercite en forma habitual; y que dicha actividad se preste en forma onerosas, "Corresponde a las leyes particulares el igualar las desigualdades"; "precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla", la libertad "no puede subsistir sin la igualdad"; todo hombre debe quedar perfectamente libre "para que puedan salir sus producciones a competir", "con tal que no viole las leyes de la justicia". Estos conceptos vienen de lejos, pues fueron difundidos - respectivamente - por **MONTESQUIEU**, en 1748, por **ROUSSEAU** en 1762, y por **Adam SMITH** en 1776." **En la Argentina** esta protección ha llegado a su proyecto de código unificado, el cual como es del conocimiento de todos fue elaborado por eximios juristas de la vecina orilla, en efecto el *art. 327 del Proyecto*

de Código Civil argentino de 1998 prevé: ***Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionadas y sin justificación explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza"*** Manifiesta Alterini [24] - quien es uno de los miembros redactores de dicho proyecto - *"De tal modo se protege al valetudinario, que no ha tenido ni necesidad, ni experiencia, ni ligereza; se toma en cuenta la realidad de las disminuciones del poder negocial que resultan de situaciones socio económico culturales; se incluyen al temor reverencial y a al abuso de confianza."*

El eximio Profesor argentino, expresa que si bien son útiles ciertas herramientas que se poseen *(en la Argentina acotamos nosotros) es* necesario una expansión de la lesión y es por ello que en referencia al artículo proyectado y transcripto acota: *"En esta expansión han tenido fuerte influencia los criterios anglonorteamericanos. Se trata de la teoría de la influencia injusta (Undue Influence), que "llena el nicho entre la incapacidad y la intimidación (duress) (Schaber Rohwer), y da lugar a la invalidez del acto. Comprende hipótesis de temor reverencial - que en el Derecho continental, conforme el criterio del art. 1114 del Código Civil francés"* (art. 1273 inc. 2 del CCU) *"no tiene virtualidad-, pues considera inválido al contrato injusto resultante del ejercicio del poder de persuación sobre una persona respecto de la cual el persuasor tiene autoridad, o que por la relación de confianza entre ambos hubo de suponer justificadamente que aquel no habría actuado de manera contraria a su bienestar (Restatement of Contracts 2nd.. ,& 177)"*

Asimismo acota Alterini, *"A su vez, en el Uniform Commercial Code (sec. 2.302) y en el Restatement of Contracts 2nd. (&208), es contemplada la categoría genérica de contrato injusto o irrazonable (Unconscionable Contract), entendiéndose tal al que no habría sido celebrado entre ningún hombre que hubiera actuado juiciosamente y sin error, y ningún hombre honesto y justo; o, dicho de otro modo, al que "sacude la conciencia" (Shocks the conscience") del tribunal, según fórmula tradicional plasmada por Lord Eldon en 1804. Tal contrato es reajustable, y "la grosera disparidad entre los valores intercambiados" constituye evidencia importante para su caracterización (Restatement of Contracts 2nd. &208, comentarios a y c)"*

A efectos de proteger a la parte débil en la contratación en los diferentes países dictan normas, como las de defensa del consumidor o defensa de la libre competencia, y en los derechos más avanzado esas normas han ingresado a los Códigos Civiles, de esta manera no pueden plantearse dudas sobre el hecho uso de una posición dominante en forma abusiva puede provocar la nulidad o inexistencia del contrato o cláusula vejatoria. Es así que el Código Civil peruano de 1984 regula los contratos "por adhesión" y los sujetos a "cláusulas generales de contratación"; el código paraguayo de 1987 trata los contratos por adhesión con cláusulas leoninas; en tanto el código holandés de 1992 regula pormenorizadamente las condiciones generales de contratación (I.° 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (L 6° arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (L 6° arts. 194 a 196); por su parte el código de Quebec de 1992 incluye normas referentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (art. 1432, 1437 y 1438) y la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469).

Estas normas restringen la autonomía de la voluntad a efectos de lograr su cometido otorgando ciertos derechos a la parte más débil.

En las normas sobre defensa de los consumidores, estas pueden ser: a) Deber de información. El deber de información es actualmente propio del Derecho común. Pero en el área del Derecho del consumidor esta fuertemente acentuado. b) Consentimiento "en ralenti" (a marcha lenta) es decir una aceptación claudicante durante cierto plazo de reflexión. Se trata de otro mecanismo de defensa del libre albedrío del consumidor, mediante la exigencia de que transcurra cierto plazo de reflexión para que algunos contratos sean formados válidamente. c) Renacimiento del formalismo. d) Pacto de displicencia. Es frecuente también que el consumidor disponga a su favor, y por ministerio de la ley, de un pactum displicentiae, o "cláusula de poderse arrepentir". e) Deberes postcontractuales. Es el caso del deber postcontractual de garantías legales de servicio técnico y reparación.

En sentido opuesto a la persona débil que contrata, tenemos otra que tiene una posición dominante en la contratación, ya sea que este poder derive de la situación económica, de la información o tecnología que posea o de cualquier otra que marque la diferencia, y que en función de esa posición que ocupa haga abuso de la misma, perjudicando a su co - contratante.

a. Abuso de posición dominante.

Circunstancias. Tiene poder quien está en situación de imponer la propia voluntad, inclusive venciendo la

[24] Alterini, Atilio Aníbal "Tendencia en la contratación moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra; F.C.U. 2001, Montevideo, pág. 19

resistencia que se le oponga. La posición dominante es una posición de poder, que puede resultar del mayor poder económico, de una situación monopólica u oligopólica, o de cualquier otra circunstancia.

b. Posición dominante contractual.

Hay dominación cuando una parte ésta en situación de supremacía con relación a la otra, sea en lo económico o en lo jurídico, y la dominación jurídica puede manifestarse en la celebración, en la ejecución o en la extinción del contrato, es frecuente observar una posición dominante del franquiciante. La posición dominante, en sí misma, es incolora, no es ni buena ni mala. Pero el abuso de esa posición dominante, que se refleja en el desequilibrio injusto de la posición relativa de las partes, resulta intolerable.

c. Posición dominante en la competencia.

En Europa, el artículo 86 del Tratado de Roma de 1957 se ocupó de la cuestión, en términos que se han afinado por el Tratado de Maastricht de 1992, constitutivo de la Unión Europea. Prohibe "la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo", y considera prácticas abusivas, en particular: a) Imponer directa o indirectamente los precios; b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva; d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por la otra parte de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. **La ley 22.262 de Defensa de la Competencia (Argentina)** caracterizó a la posición dominante (art. 2). como la que resulta de la existencia de un único oferente o demandante para determinado producto o servicio, o de que - cuando no es el único - no esté sometido a una competencia sustancial en el mercado nacional; y que varias personas gozan de esa posición dominante cuando "no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros."

En tanto, en **Uruguay el art. 14 de la ley 17243** en su acápite expresa: *" Prohíbese los acuerdos y las prácticas concertadas entre agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios."* Pero nuestra ley **no define lo que es posición dominante.** Esta ley que ha recibido una crítica generalizada de toda la doctrina, tanto que en el IV Congreso de Derecho Civil de Salto - Uruguay, en noviembre del 2000, el Dr. Larrañaga la definió como *"una ley que no quiere ser ley"* y una de las conclusiones de dicho Congreso fue *"...al condicionarse por la Ley N° 17.243 la aplicación de ciertas prohibiciones a aspectos ajenos al tema de la defensa de la competencia se conspira contra la eficacia de esta norma"*, aunque Gerardo Caffera[25] ha realizado una interesante interpretación de la norma, a efectos de poder rescatar algo de ella. El abuso de la posición dominante generalmente puede percibirse en los contratos por adhesión o los contratos predispuesto, donde se insertan cláusulas leoninas, abusivas o vejatorias.

XVI. LOS CONTRATOS EN LA ECONOMÍA DE MERCADO

La economía del mercado - y el sistema capitalista que es su ámbito propio - tienen uno de sus ejes en el contrato, como instrumento adecuado para el intercambio de bienes y servicios titular en caso de que se produzca y, según que el riesgo se impute al ofertante o al demandante de una prestación de una prestación, el precio de ésta será de cuantía diferente. Ese contrato perfecto implica la descripción de todos los riesgos y su imputación, pero conlleva altos costes de transacción (de negociación), especialmente los de información, por lo cual sólo existen contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados. La idea de eficiencia tiene una gran relevancia en los análisis actuales. En materia contractual, el auge de los contratos de empresa obedece al propósito de minimizar los costos de negociación o transacción; frente al error, o provocado por dolo, se estima que obstaculiza el logro de la máxima eficiencia económica, y se concluye que sus consecuencias deben recaer sobre el contratante a quien le hubiera sido menos oneroso evitarlos, criterio que es extensivo al redactor de los contratos de cláusulas predispuestas.

El Derecho satisface la eficiencia al proveer soluciones - independientemente de cualquier acuerdo, por lo cual se ahorran costos de negociación - mediante un cortejo de normas legales: éste existe con cierto detalle

25 Caffera, Gerado; "El negocio jurídico y la legislación nacional en defensa de la competencia ("Antitrust"); en ADCU, T. XXXI, FCU Montevideo, 2001; pág. 577 y ss.

en los contratos típicos, y pueden ser construido siguiendo algún en los contratos atípicos. Es decir, el derecho ofrece algunas soluciones, que rigen a menos que las partes convengan lo contrario (normas supletorias), e impone otras (normas imperativas y de orden público).

XVII. CONTRATOS DE EMPRESAS

En la era industrial y, sobre todo, en la postindustrial, surgieron las necesidades propias de un proceso económico de producción y comercialización nuevo, que ha dado lugar al fenómeno de la contratación en masa, por el cual la finalidad es que el producto sea adquirido por alguien más o menos indeterminado. Atento a ello por lo común el fabricante, o el intermediario, predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican; de notas de pedido preimpresas que el cliente se limita a llenar. Y esa forma de propuesta suele ser aceptada mediante la simple adhesión, esto es, sin posibilidad efectiva de discutir las cláusulas, cuestión que adquiere relevancia cuando se trata de monopolios u oligopolios.

Los contratos con cláusulas predispuestas por el empresario, y las consiguientes plantillas de condiciones generales, son instrumentos adecuados para la economía de masas. Mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes.

XVIII. CONTRATOS PREDISPUESTOS

Los códigos clásicos tuvieron en consideración la modalidad del contrato ***discrecional o paritario***, es decir, el contrato cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo a todas las partes; en términos generales las partes lo celebran en situación de igualdad jurídica, con poder negociación equivalente, se discuten detalladamente sus cláusulas.

El contrato discrecional, celebrado en esas circunstancias de igualdad y que termina con un apretón de manos, poco requiere del Derecho, ni la ley, ni los jueces tienen necesidad de interferir en ese contrato, y lo que es necesario que es que se garantice su fuerza jurídica vinculante (art. 1291 C.C U) y la ejecución de las obligaciones que creó en caso de que no sean cumplidas. Los límites al albedrío de las partes son puntuales: sólo esta prohibida la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, o con finalidad ilícita o inmoral, es decir, la que transgrede normas de orden público.

En contraposición a este contrato discrecional se encuentra el ***contrato predispuesto***, que es aquel en que sus estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes, asimismo se denomina ***cláusula predispuesta,*** aquella cláusula que se da en el contrato en igual circunstancias, el criterio resulta de la Directiva europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993 (art. 3.2) y ley sobre las relaciones del Consumo ley 17.250 (art. 28).

En esta especie de contratos concierne a una *modalidad de la oferta*, la cual es emitida en ellos con un contenido rígido e inamovible. Dicha modalidad es propia de la denominada política de supermercado, porque sólo da al oferente la alternativa "tómelo o déjelo" (*take it or eave it*). Es decir, no se puede contraofertar, la libertad contractual que limitada a la facultad de contratar o no.

Los contratos predispuestos y las cláusulas predispuestas son de uso corriente en la contratación de masa, pero los mismos se pueden realizar en los contratos individuales (por ejemplo en los de arrendamiento); generalmente este tipo de contratos son redactados mediante formularios que suministra la parte que determina su contenido (predisponente).

Los Principios de UNIDROIT se refieren a las cláusulas standard, y se las define como: "aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte" (art. 2.19 (2).

El Código Peruano en su artículo 1392 define a las cláusulas generales como: "aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".

Por su parte, se ha manifestado que nos encontramos frente a un ***contrato de adhesión*** cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar. (art. 1390 del Código de Perú), en tanto que el art. 28 de la ley 17.250 inc. 1° lo define como "aquél cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su

contenido. La teoría del contrato celebrado **por adhesión concierne a la *aceptación*.** No deben ser confundidas **la pre - redacción** y **la sujeción a condiciones generales** con la celebración por adhesión: en el contrato predispuesto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo y esto es subjetivo.

La celebración por adhesión, suele darse en la contratación masiva, pero no está excluida en la contratación singular del oferente con el aceptante del caso.

La aceptación en los contratos por adhesión

En los contratos por adhesión sólo subsisten la igualdad y la libertad jurídicas, pues la igualdad y la libertad económicas están desequilibradas. Una de las partes establece los términos del contrato, fija todas sus cláusulas, y a la otra sólo le queda la alternativa de aceptar o no aceptar, de adherirse o no a la oferta y, en ocasiones, de rechazarla (como en los casos de mediar un monopolio de jure o de facto en manos de la otra parte)

La libertad contractual del adherente se limita, en su caso, a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar), pero ni siquiera ésta existe cuando se trata de bienes imprescindibles que son ofrecidos en el mercado únicamente mediante contratos por adhesión. La autorregulación (facultad de concertar las cláusulas del contrato) en cambio, desaparece en lo absoluto.

Las normas respecto de estos temas originariamente la encontrábamos en el derecho comparado en las leyes referentes a la protección de los consumidores, pero poco a poco se van incorporando a los Códigos, tal lo que sucede en el Código Civil peruano de 1984, el que regula los contratos "por adhesión" y los sujetos a "cláusulas generales de contratación" (arts. 1390 a 1401) y el Código Civil de Paraguay de 1987 que se ocupa de los contratos por adhesión con cláusulas leoninas (art. 691)

XIX. DESEQUILIBRIOS NEGOCIALES

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional francesa del 26 de agosto de 1979 predicó que los hombres "nacen y viven libres e iguales en derechos" (art. 1). Expresa Roopo citado por Alterini[26] "Quizás haya igualdad al tiempo del nacimiento y al tiempo de la muerte. Pero la vida de todos no es igual y - en lo que aquí interesa - hay contratantes ricos, pobres, instruidos, ignorantes, de bienes lujosos o de primera necesidad, necesitados de tutela o capaces de tutelarse por sí, etc."

Circunstancias.

El poder de negociación de las partes suele ser distinto: algunas tienen un gran poder de negociación, otras lo tienen muy menguado, o directamente no lo tienen.

Las desigualdades en el poder de negociación al celebrar un contrato pueden resultar de diferentes circunstancias, y tener efectos diversos:

1. Hay desigualdades negociables que derivan de circunstancias socio - económico - culturales.
2. Los profanos están en situación de inferioridad respecto de los profesionales, quienes tienen "una superioridad considerable en las relaciones contractuales" (GHESTIN)
3. También está en situación de superioridad quien dispone de información apta para influir en el consentimiento de la otra parte.

En los ***contratos de empresa las condiciones generales y las cláusulas abusivas*** tuvieron su primera expresión en las pólizas de seguros, que fueron usadas por lo menos desde el siglo XIV.

Son en estos contratos de empresas donde suelen aparecer las cláusulas abusivas.

La idea central gira en torno de la noción de *desnaturalización de las obligaciones de las partes.* En cierto sentido los casos de aplicación puntuales contemplados expresamente en distintas normas, como por ejemplo la renuncia a la indemnización de los daños corporales; la renuncia a la indemnización de los daños materiales; la renuncia sin contravalor a la indemnización de los daños materiales; la variación del régimen común de la carga de la prueba; la modificación injustificada del Derecho supletorio - mediante renuncia o limitación a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente - sacan de quicio a las obligaciones correlativas propias del contrato. Permitir al predisponente que pueda dañar sin ser responsable, o que pueda rescindir unilateralmente el contrato, o que pueda demorar la entrega de la cosa cuyo precio ya le fue pagado.

26 Alterini Atilio Aníbal, CONTRATOS civiles comerciales de consumo, Teoría General, Edit. Abeledo Perrot 1999 Bs. As. pág. 379

Una clave para la calificación de la cláusula como abusiva es la *desnaturalización* de las obligaciones del predisponente.

La idea de *desnaturalización* constituye un *standard* de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación negocial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso. De alguna manera se relaciona con la noción de *causa final* (LORENZETTI) entendida ésta como el propósito común de las partes de alcanzar un resultado económico y jurídico. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos toma en cuenta la existencia, en detrimento del consumidor, de "un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes resultantes del contrato, aunque el profesional sea de buena fe" (art. 30, inc. 6°).

En las legislaciones se emplea a veces el mecanismo de enunciar tanto listas negras como listas grises: las cláusulas enunciadas en las primeras son inválidas; las enunciadas en las segundas pueden ser invalidadas por el tribunal. La Directiva europea 93/13/CEE sobre condiciones generales trae una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas.

El artículo 3.1 de la Directiva europea 93/13/CEE de la Unión Europea sienta como principio que una cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato.

XX. DERECHO URUGUAYO

En nuestro código civil no se mencionan ni los contratos por adhesión, ni las cláusulas abusivas, tampoco surge expresamente un principio *"favor debilis"*, a lo sumo lo que existe en forma explícita el principio *"favor debitoris"* (art. 1304 C.C.U), pero en éstos casos generalmente la parte acreedora es la débil de la relación, consecuencia de ello no puede invocar la norma mencionada

Aún antes de sancionada la ley de relaciones del consumo, en nuestro país se comenzó a tratar el principio *"favor debilis"*, - tema tratado e inclusive incorporado a los códigos europeos, siendo tal vez Alemania quien inició visiblemente esta transformación - por el Escribano Juan Blengio, civilista, profesor de la Universidad de la República, en el último anuario los Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Dr. Santiago Carnelli (catedrático de derecho civil) y Dr. Oscar Sarlo Profesor de la materia de Filosofía del derecho, controvirtieron arduamente la posición del civilista.

Creemos que esta discusión solo ameritaría un trabajo, dado el escaso tiempo que se dispone se dará un pantallazo de las mismas y se aventurará una posición.

Dado la trascendencia de la discusión se realizarán transcripciones largas de estos autores, para tratar de reflejar sus posiciones.

A) Posición del Esc. Blengio[27]

El civilista[28] comenzó esta discusión expresando: *"Dentro del derecho de libertad amparado constitucionalmente se encuentra la libertad de iniciativa, particularmente en el plano económico (arts. 7, 10, 36) dichas normas son el antecedente necesario y suficiente para fundar la autonomía de la voluntad como clásicamente se hace y la cual se ha convertido en un dogma, que resulta apoyado legislativamente 1246, 1291, 779 y ss del C.C o la ley de títulos valores (ley 14.701)."*

"De las normas referente al contrato puede desprenderse: en primer lugar las diversas manifestaciones del principio de la libertad, es decir decidir si se contrata o no, de elegir el tipo negocial y al cocontratante y de determinar el contenido de la autorregulación; pero debe señalarse que esta potestad de crear normas jurídica a través del acuerdo de voluntades, es admitida dentro de ciertos márgenes que determinan entonces su frontera. Pero es necesario además que ese acuerdo de voluntades se ajuste a las previsiones de la ley (las que se denomina ordenativas) y en especial a las contenidas en el art. 1261 del C.C. que suministran el modelo legal de validez al cual han de ceñirse quienes decidan recurrir al contrato para reglar normativamente sus relaciones de contenido patrimonial, y, en particular, los intercambios de bienes y servicios.

"Entre ellas, tienen especial relevancia las referentes al objeto, a la causa y las denominadas cláusulas generales, como las de orden público, buenas costumbres, buena fe, y abuso de derecho, sobre todo si se admite, como creo que es inevitable hacerlo, que la individualización de su contenido y de su rol, debe hacerse

27 Posteriormente a la entrega de la presente tesina el Profesor Esc. Blengio ahondó en su posición, contestando las criticas que le hicieran los Profesores Santiago Carnelli y Oscar Sarlo en una primera entrega de un trabajo publicado en el A .D.C.U t. XXXII, págs. 571 a 588, FCU octubre del 2002

28 Blengio, Juan; "La autonomía de la voluntad y sus limites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir." En ADCU T. XXVII, FCU Montevideo 1997, pág. 395 y ss.

no ya sólo en base a las normas del Código, sino recurriendo a la globalidad del ordenamiento jurídico, y, en primer lugar, a las disposiciones constitucionales."

"El acuerdo de voluntades es uno de los elementos constitutivos (consentimiento), pero no el único. No basta que haya un acuerdo de voluntad entre sujetos capaces, para que exista contrato. Se requiere que éste verse sobre un objeto lícito y suficientemente determinado, que tenga una causa lícita, y que, en determinados casos, la voluntad se exprese a través de una cierta forma."

"Por otra parte, el contrato es, además, y medularmente, una operación económica (la referencia es hecha a los contratos onerosos). ...Se ha puesto asimismo de relieve que el examen de las necesidades concretas que a través de los contratos se procura satisfacer lleva a asumir que la operación económica es un elemento esencial del fenómeno contractual, que induce a una consideración realista de las relaciones contractuales."

"En un sentido similar, en el ámbito del common law, a partir de la crítica de las nociones del contract fundadas en el agreement y la pormise, se desarrolló la tesis según la cual, el contrato consiste en un bargain, o sea en un negocio por el cual las partes intercambian recíprocas prestaciones económicas.[29]

"El contrato, es pues no sólo acuerdo de voluntades, sino también operación económica. A los dos aspectos, que no deben verse aisladamente, sino como facetas de una única figura, se conectan por el legislador consecuencias normativas específicas. El art. 1291 dice que los contratos obligan no solo a lo que ellos expresan sino además a coas consecuencias normativas de la naturaleza del negocio celebrado, que según la buena fe, sean conformes a la equidad, a los usos o la ley."

"Es decir que en el C.C. el acuerdo de voluntades, si bien es un elemento esencial, no es la única fuente de efectos normativos.

¿Es indispensable que el contrato para ser tal, para ser jurídicamente vinculante necesite además del acuerdo de voluntades, una regulación equilibrada y justa?

Para la doctrina liberal que se desarrolló fundamentalmente en el siglo XIX y a principios del S. XX, la autonomía de la voluntad de las partes, es garantía necesaria y suficiente de la justicia contractual. Ya Kant, identificaba en la voluntad no sólo la fuente de obligaciones jurídicas, sino a la fuente justa por excelencia pues nadie presta su consentimiento para realizar un negocio que no sea satisfactorio y adecuado a sus intereses. Lo cual se corresponde con la frase célebre de Fouillé "Quien dice contractual dice justo"

Estas ideas perduran en, al menos, buena parte de la doctrina moderna - Cafaro y Carnelli pág. 19 eficacia contractual en Uruguay) o Alfaro Aguila - Real quien comentando el C. C. español, expresa que el art. 1300 (1277 CCU) al dejara fuera del campo de vicios del consentimiento a la lesión, demostraría cabalmente que la libertad reconocida por el ordenamiento a los particulares, no es la libertad para alcanzar acuerdos objetivamente justos, sino para lograr acuerdos que a los contratantes les parezcan justos.

Asimismo al considerar la doctrina dominante que la equivalencia que constituye la médula del concepto de onerosidad es sustancialmente subjetiva, viene a ser un ulterior argumento, pues no resulta relevante el objetivo desequilibrio de las prestaciones ya que es suficientes que las partes las consideren como equivalentes.

Apunta también en igual sentido la tesis que postula la plena vigencia del principio de inmutabilidad del vínculo obligacional, que infiere de los arts. 1291 y 1294 del C.C. y de la circunstancia de que el deudor sólo pueda liberarse del vínculo cuando la prestación deviene imposible (art. 1549 C.C). Tales normas formarían en el sentir de la opinión - hoy dominante en nuestra jurisprudencia - un conjunto monolítico por el cual no pueden filtrarse teorías como la de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superviniente.

29 "La *law of contracts* se refiere principalmente a *echanges*, intercambios : son estas las promesas que las cortes reconocen como vinculantes, mientras que con relación a aquellas en las que el promisario no de nada a cambio de la promesa que se le hace, los tribunales se han mostrado renuentes a conceder el *enforcement*. La razón tiene sin dudas un estrecho vínculo con la importancia primaria que en el sistema económico tiene el intercambio en el marco de la idea de Adam Smith de que no se puede recibir ayuda de otros confiando en su benevolencia y que la única manera de asegurarla radica en que los otros reciban para sí una ventaja de lo que nosotros le pedimos hacer."
También conviene tener presente que como dice Farnswort (Contracts) el derecho contractual se limita a las promesas es decir a los intercambios que se refieren a un comportamiento futuro de las partes (*"the law of contracts is confined to promises"*).. Por lo cual aquellos actos que implican un intercambio inmediato de cosa por cosa (*bater*) o de cosa por precio (*sale*), se consideran fuera de los confines del contrato, como pone de relieve Servetti (Equality in the Exhange versión Web, julio de 1997)"
"Las teorías fundamentales que han pretendido dar cuenta de la fuerza vinculante del contrato, son las de la *consideration* (que hace fundamentalmente hincapié en el contrato como *bargain*, la doctrina de la *reliance (o del promissory estoppel)*, que se basa en la confianza y la doctrina del *oftfter and acceptance* (quizás la más próxima a las ideas de nuestra doctrina del derecho civil), que pretende dar cuenta del carácter vinculante de las promesas en las que falta *consideration*, en base al acuerdo de voluntades (por lo que un autor como Atiyah (An Introduction to the low of contracts 4, p. 130 citado por D'Angelo, ob. cit. p. 14) puede afirmar que la mayoría de contratos pueden ser negocios pero no todos los contratos son negocios. Debe tenerse asimismo en cuenta que la doctrina norteamericana ha tenido ulteriores desarrollos, que hacen hincapié en otros factores para identificar la fuerza vinculante de una promesa (a cuya presencia, más que el acuerdo de voluntades, suele referirse la identificación del contrato), como la doctrina de la (*un*) *conscionability* y la tesis de Gordley que funda la fuerza vinculante del contrato en la substantive *fairness* de las prestaciones.

Tesis que postulan la necesidad de un acuerdo equilibrado y justo.

En muchos países (ley española, Directiva de la comunidad, ley argentina de defensa del consumidor) se ha producido una profunda legislación especial que ha incidido sobre la determinación de los precios, las condiciones generales del contrato y la defensa del consumidor, mediante una normativa orientada a tutelar al contratante más débil en la relación contractual, protegiéndolo frente a prácticas restrictivas del mercado, falseadas por la presencia de monopolios u oligopolios, los contratos de adhesión, los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas o vejatorias, etc. Tal circunstancia, ha puesto de manifiesto la aspiración de una justicia contractual diferente a la postulada por Fouillé. Se comienza a desconfiar de la autonomía de la voluntad como medio para alcanzarla y se procura el amparo de normas y principios heterónomos, como mecanismos para lograr una justicia emparentada con la idea que tenían de ella los filósofos griegos, Aristóteles, en particular.

Entre los autores para quienes el contrato no obliga sino es justo, debe ubicarse en primera línea a Ghestin), quien haciendo hincapié (entre otras razones): a. en las normas legales o pretorianas sobre la lesión; b. en el art. 1131 del CC francés (1288 CCU) que dispone que "La obligación y por consiguiente el contrato que se funda en una causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno", que interpreta como una afirmación virtual de la necesaria subordinación de la voluntad contractual a la justicia, que apunta asimismo o a la utilidad social del contrato; c. en una particular forma de concebir los vicios del consentimiento; d. en las reglas especiales en materia de contratos de adhesión y de defensa del consumidor, y e. en la existencia de un orden público de protección y de dirección, llega a la conclusión de que "La conformidad del contrato al derecho objetivo, es entonces una conformidad a la justicia del derecho objetivo. En consecuencia, el principio fundamental que debe inspirar la interpretación y la orientación del derecho positivo, es el de la justicia. El mismo debe ser complementado por el principio de la buena fe.

A conclusiones parecidas llegan Marty y Reynayd y Sacco y Nova en Italia conjuntamente con otros Doctrinos, en España se enmarca en esta posición De Castro y Bravo, quien postula que las normas dispositivas, no son meramente supletorias, y por lo tanto descartables ad nutuum, sino que constituyen la expresión de la regulación contractual que la legislación considera normal, adecuada y digna de tutela, las que en tanto tales, gozan de una cierta imperatividad, por lo que no pueden ser desplazadas sin que medie una justificación razonable."

"En Alemania, sobre el eje de la cláusula general de la buena fe y la teoría del abuso de la libertad contractual, se admitido el control y la revisión del contenido de los acuerdos negociables.".

"En los Estados Unidos de Norteamérica, una muy reciente tesis de James Gordley, que puede significar por el prestigio del autor y sobre todo por el peso de sus razones, un cambio radical en la concepción de la razón de ser de la vinculatividad del contrato (enforceability), en el derecho y jurisprudencia norteamericanos, postula que la misma radica en la substantive fairness o equality in tue exchange (Dnforcong Promises, Californian Law Review, 1995, N° 82 p. 547 y ss) o sea en la igualdad de los términos del intercambio, que puede entenderse como una suerte de retorno a la concepción aristotélica - tomista de justicia".

Blengio manifiesta que a diferencia de otras ramas del derecho como el Público y el de Familia, en el Derecho Civil, más específicamente en las relativas a los contratos, la doctrina no se ha ocupado del tema, el cual mencionan sólo tangencialmente. En cuestiones relativas a la incidencia del misma en alguna faceta del contrato o de la relación obligacional.

Del mismo modo, el examen de la jurisprudencia que procure identificar los fallos en los cuales el principio de igualdad la jugado un rol directo en la solución de los problemas que tienen como eje la disciplina contractual, ha de constatar que no abundan y que son sin duda escasos los que basan en tal principio constitucional, el fundamento exclusivo de la solución.

Sin embargo a juicio de Blengio, *"parece claro que sea como sea, una posición de desigualdad frente al contrato, como derivada de una desigualdad de poder negociador, no deja de ser desigualdad jurídica, que, en la medida en que se traduce en una situación de desequilibrio contractual injustificado, debe tener relevancia, como tienden por otra parte a demostrarlo largamente las leyes de defensa del consumidor, que expresan a nivel de derecho comparado una concepción que hoy puede calificarse de dominante, Y que no es otra cosa que una especificación del principio de igualdad que acota y modela (ajustándolo a la justicia y a la buena fe) el principio de libertad de iniciativa o de autonomía de la voluntad."*

"Son tres las razones que conducen a negar la plena aplicabilidad del principio constitucional de igualdad a las relaciones regidas por el derecho contractual:

El **primero**, es el de considerar **inviable** la aplicación directa e inmediata de las normas de derecho constitucional, (y, en la especie de la que consagra el principio de igualdad) a las relaciones jurídicas privadas, y en particular, a las contractuales.

El **segundo**, es el derivado de la inexistencia de una norma legislativa que lo establezca.

El **tercero** es el de que admitir el principio de igualdad en el contrato y por el contrato, colidiría con el

principio de la autonomía privada, y, en especial, con el poder asignado a los particulares de autorregular sus relaciones de contenido patrimonial vinculante, independientemente del equilibrio objetivo de las prestaciones pactadas."

"El art. 8 de la Constitución se limita a consagrar en forma general y absoluta, sin condicionantes y sin precisar sus modalidades. Como señala Valdes Costa es un concepto de contornos imprecisos, la parquedad de cuya formalidad esta compensada por los arts. 72 y 332 de la Carta magna."

"La doctrina y la jurisprudencia lo han interpretado con racionalidad y amplitud admitiéndose que el mismo tiene una pluralidad de manifestaciones: Igualdad en la ley, por lo cual ésta no debe establecer discriminaciones injustas; Igualdad ante la ley, que determina que la norma deba aplicarse con estricta igualdad a todos los afectados por ella; y Igualdad por la ley, que menta su función correctiva de las desigualdades imperantes."

"La igualdad en la ley y por la ley, en cuanto se refieren al contenido de ésta con el alcance señalado, son expresiones del principio de igualdad, que lo vinculan estrechamente con la justicia conmutativa y la justicia distributiva, en tanto lo perfilan como un instrumento preordenado a evitar que los hombres en iguales circunstancias reciban un tratamiento desigual y a suprimir o atenuar desigualdades que deban ser corregidas."

"Estas modalidades del principio de igualdad, y en especial la última, entroncan con la nueva concepción de los fines del Estado en materia económica y social, acentuada por el obrar de múltiples Organismos Internacionales, como la ONU, el art. 13 de cuya Carta prescribe que se "debe promover el progreso económico y social y elevar el nivel de vida y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que postula en un ser humano libre de temor y miseria".

Blengio, citando el pasaje de Jiménez de Aréchaga que expresa: *"La filosofía democrática exige que el Estado reconozca la existencia de ciertas desigualdades y busque restablecer la igualdad efectiva entre los individuos mediante un tratamiento. Entiende que el mismo pone de relieve un aspecto medular del significado de la noción de igualdad. Esta debe ser entendida en términos aristotélicos, no como una igualdad aritmética sino como una igualdad proporcional. La igualdad, en efecto, requiere igualdad trato para quienes son (o están en posiciones) iguales. Pero existe una consideración diferenciada para quienes no lo son."*

"La igualdad, debe entenderse no sólo como igualdad formal - al estilo del iluminismo francés -, sino como igualdad sustancial Esta última, como señala Perlingieri, tiene el valor de una expresión cultural producto de largas convergencias ideales que la erigen en un instrumento de eliminación de privilegios injustificados de cualquier clase, jurídicos, económicos o burocráticos de "algunos" con relación a "otros", que impidan a cada uno su libre desarrollo en un ámbito de igualdad dignidad".

"Se entiende que el principio también comprende el derecho de igualdad entre las partes. Si bien no lo dispone expresamente el texto constitucional, la interpretación que predomina en nuestro medio del art. 8, impone esa conclusión. Así lo entiende Valdés Costa, para quien, además, su aplicación al campo de derecho privado, especialmente al del derecho comercial, no ofrece dificultades, estando ínsito en la relación obligacional a la que concibe "no como una relación de poder sino de crédito."

"Esta afirmación encuentra su apoyo decisivo en dos argumentos adicionales:

El primero es el postular la aplicación del principio de igualdad a los particulares en el ámbito de la relación contractual, es una consecuencia de la naturaleza de ésta, porque no sólo es una norma jurídica sino además es una norma jurídica asimilada a la ley, de acuerdo al 1291 CC (a su favor igual asimilación realiza la Corte, y lo empleo conforme el principio iura novit curia

*El **segundo**, es que tal aplicación viene impuesta por el art. 332 de la Constitución. (leer se va a las leyes análogas principios generales y doctrina más recibida)"*

Entiende Blengio que *"éste artículo. que tiene muchos puntos de contacto con el 16 de la CC hace inútil la discusión de la aplicabilidad directa de los textos constitucionales a las relaciones entre particulares, en la medida que estos consagren derechos como el de ser tratado en igual forma a quien está en igual posición que nosotros."*

*"Por otra parte, no existen obstáculos dogmáticos para admitir la aplicación directa de las normas constitucionales, como las que consagran el principio de igualdad, Si bien es cierto que históricamente, ellas se vinculan a las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, no lo es menos que el sistema de garantías constitucionales **(y especialmente en el marco de una interpretación teleológica) entiende dar protección a los individuos no sólo contra el gobierno, sino también frente a otras personas o entes privados.**" (se apoya en Stahoopoulos)*

"La conclusión que viene de hacerse, constituye sin dudas, un firme soporte para sostener que el contrato es (debe ser) un medio para la realización de la justicia conmutativa y un instrumento para la actuación de la distributiva." En definitiva, de los que se trata, como enseñaba Aristóteles es de poner en práctica no ya una igualdad aritmética sino substancia o distributiva, que implica tratar de manera igual a quienes están en la misma situación, pero de manera diferente, a quienes están en posición desigual. Tal manera de entender el principio de igualdad y la justicia distributiva, es por otra parte admitida de manera uniforme por doctrina y jurisprudencia."

Blengio si bien admite *"que no hay una disposición legal que establezca expresamente el principio de igualdad con la amplitud que viene de señalarse, igualmente conduce a su admisibilidad varias de las llamadas cláusulas generales, como la buena fe, la equidad, y el abuso de derecho, especialmente si se tiene en cuenta que, para identificar su sentido, debe acudirse no sólo a las normas y principios de la legislación, sino también a las normas, valores, y principios de rango constitucional. Porque como manifiesta Larenz la Ley Fundamental es "una pauta decisiva, tanto para la legislación ordinaria como también para la jurisprudencia en el ámbito jurídico - privado"*

"Por lo tanto, si, como en el caso, de la Carta magana surge como principio y valor la igualdad en el sentido resultante de sus tres manifestaciones referidas (ante, en y por) que apunta a realizar la equidad y racionalidad de las relaciones jurídicas, y en el mismo se ve uno de los pilares de la organización social, la noción de orden público se verá incuestionablemente integrada por él."

"Razonamiento que mutantis nutandis es extensible a buena fe, a la equidad, y a las restantes cláusulas generales."

"En síntesis, la igualdad la igualdad formal y substancial, con su carga de justicia distributiva y conmutativa, incide en el campo de las relaciones particulares, no sólo a través de su aplicación directa, sino también en sede de interpretación, contribuyendo de manera decisiva a individualizar el contenido y el alcance de las cláusulas generales como el orden público, la buena fe, la equidad, la diligencia, y hasta nociones más concretas como la causa extraña, Ha de jugar un rol trascendente en la determinación de institutos fundamentales del Derecho Civil, aunque debe armonizarse con otros como el de la libertad de iniciativa económico - jurídica, de manera de alcanzar un adecuado balance entre el interés individual y el general."

"Ante las objeciones que la autonomía de la voluntad donde tiene mayor vigor y expansión es en el derecho contractual, ya que supone la libertad de los particulares de autorregular normativamente sus intereses, (si van a contratar, con quien, a través de que contrato y además determinar el contenido negocial, y que si una persona en el vínculo contractual admite ser tratada desigualmente, ello no implicaría una afectación al derecho de la igualdad, sostener lo contrario chocaría con el principio de la libertad de iniciativa en materia económica, que tiene rango constitucional y constituye la esencia y el fundamento de la autonomía privada"

Blengio establece las siguientes precisiones: *"el planteo tiene el grave defecto de dar por demostrada el principio de la libertad de iniciativa sobre otro el de la igualdad; tampoco se trata dejar de lado el principio de la libertad o de instituciones que son su expresión; lo que se trata es de armonizar ambos principios."*

"Porque la libertad el ejercicio de una parte puede entrar en conflictos con la libertad de la otra parte, disminuyéndola o hasta eliminándola, por lo que esa autonomía privada, y en particular la libertad contractual o autonomía de la voluntad que esta en la base de la institución contractual puede y debe ser sometida a restricciones en función del principio de la libertad."

"Aún dando por bueno el principio volenti non fit injuria, sólo seria admisible un tratamiento desigual, si fuere el ejercicio de un real acto de autonomía, lo cual no sucede cuando existe desigualdad de poder de negociador o el sujeto consiente sin tener conciencia del alcance de su consentimiento."

"Y no ocurre cuando no existe posibilidad de optar, porque la autonomía supone la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones. Lo cual explica que el principio de la igualdad juegue un rol más decisivo cuando las alternativas no existen o están muy acotadas."

"Una marcada desigualdad del poder de negociar, es la base del surgimiento de leyes especiales encaminadas a tutelar a los contratantes más débiles, como los consumidores, dichas leyes son especificaciones del principio de igualdad por la ley, es decir actuando en su vis de justicia distributiva."

"La desigualdad es legítima cuando tiende a favorecer a la parte más débil, compensando la diferencia en el poder de negociación."

"Se traduce en resultados injustos el ejercicio de la libertad (autonomía privada) cuando existe una discriminación o un desequilibrio negocial carentes de justificación racional, resultando arbitrarias."

"La esencial identidad entre el criterio de la unconscionability aplicado por las cortes norteamericanas y el que tiene en cuenta la Suprema Corte (aunque referido a otra especie normativa) hace que la doctrina y jurisprudencia del common low en esta materia sean útiles."

"La noción de unconscionability (irracionalidad en una traducción aproximada) a la que recurre el derecho norteamericano para negar carácter vinculante (enforceability) a las cláusulas irracionales, tiene dos facetas substantive (sustantiva) y procedural (de procedimiento)."

"La primera se produce en los casos en que los términos de un contrato son irrazonablemente favorables a una parte, y falta una explicación con sentido para esa situación de desigualdad."

"La segunda, se verifica cuando no existe un consentimiento consciente del alcance de las condiciones contractuales o existe una disparidad de poderes entre las partes. En general se utilizan en forma combinada".

"Se postula (Blengio) *que para identificar el ámbito de relevancia de la desigualdad en materia contractual, habrá que concluir que el principio de igualdad de las partes ha sido violado, si una relación contractual se presenta irracionalmente*

favorable a una de ellas, por ser expresión de un desequilibrio arbitrario y sin una justificación adecuada, constituyéndola, naturalmente, la derivada de la existencia de un mayor poder negociador de la parte favorecida."

"El desbalance no solo cuando del contenido del contrato se traduce una ecuación económica substancialmente desequilibrada, por desigualdad en los términos del intercambio, sino a otros aspectos (exoneración de responsabilidad o la limitación sin explicación razonable."

Blengio entiende *"que los desequilibrios negociales arbitrarios que no tienen justificación racional son nulos, sea por que se entienda que no están comprendidos en la autonomía contractual (aplicación directa del principio de igualdad, que acotaría la autonomía de los particulares, limitando su poder normativo negocial) o porque encartan en la situación de contrariedad del orden público, del cual forma parte el principio constitucional violado o en más de un caso se podría invocar la violación de actuar de buena fe y el abuso de la libertad contractual, y a veces usar acumulativamente estas figuras."*

"**Problema a parte es cuando el desequilibrio es de las prestaciones en juego** porque allí se choca con el art. 1277, "por sí sola"

"Narvaja sentó la solución en aras de una concepción liberal según la cual el libre funcionamiento del mercado y la autonomía de la voluntad ejercida a través del contrato como instrumento, son piezas angulares. Y en la especie en que la libertad de una de ellas viene a faltar, por la disparidad de poder negociador (lo cual es particularmente evidente en los casos de mercado controlado por la parte dominante), estaría ausente de presupuesto ideológico de la solución de regla de texto, y llevaría a encartar la especie den el marco de la excepción implícita, pero inequívocamente mentada en el giro "por sí sola"

"No se trataría de enmendar la actuación de un contratante imprudente, sino el resultante de una posición de inferioridad".

Por lo que para Blengio *"se podría admitir al igual que lo hace el código italiano la lesión calificada, entendiendo que la tesis "es la que mejor se amolda al texto constitucional pues éste no sólo consagra en general el principio de igualdad, sino que también lo hace en forma más concreta a través de otras normas como la que prohibe la usura (art. 52). Lo cual implica sin duda una escala de valores que apunta a la igualdad del intercambio, que fue durante varios siglos el elemento medular de la causa de los contratos onerosos, con clara inspiración en la filosofía aristotélica y el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y que es reflotada en la actualidad entre otros por James Gordley, Jaques Ghestin y varios doctrinarios italianos que Sacco califica como de los más sensibles."*

"Por lo cual, deberíamos acudir a una antropología más rica que la que heredamos del siglo diecinueve y quizás recurrir, como quiere Gordley, con las precauciones adecuadas, a la tradición aristotélico - tomista y de los juristas de la llamada segunda escolástica, volviendo a un derecho menos materialista y más ético, en el que partiendo de la libertad y la potestad de los particulares de autorregular sus relaciones jurídicas de contenido patrimonial, haya espacio para asegurar un trato igualitario, que combine en una medida adecuada, como quiere Ghestin, lo útil y lo justo"

También antes de que fuera promulgada la ley 17.250, el Esc. Blengio[30] y teniendo en cuenta que el contrato de *"adhesión, no agota el universo de las especies en las que puede aparecer en juego una cláusula abusiva. Y tampoco es el consumidor un protagonista cuya presencia sea indispensable para la existencia de tal tipo cláusula. Porque los contratos de adhesión celebrados por proveedores o profesionales con consumidores, donde se da una regulación injustificadamente desequilibrada, puede por ejemplo verificarse en la contratación entre profesionales."*

Blengio parte de la base de *"será lesiva del principio de igualdad, aquélla cláusula que determine un desequilibrio arbitrario, de la relación contractual, carente de una justificación racional".*

"Es claro que no constituye una justificación de este tipo, la que deriva de la existencia de un mayor poder de negociar de la parte favorecida (de regla situable en el marco en el marco del abuso de poder), que nos permite entender el porqué de la existencia del desequilibrio y adjetivación como abusiva de la cláusula que lo genera."

"Debe tenerse presente que la libertad contractual de cada sujeto no debe interferir en el derecho de quien entra en contacto con él, de gozar igualdad libertad negocial, no indiferente para el derecho."

Entiende que:*"La figura de abuso de poder dominante, si bien no ha sido contemplada expresamente como tal en nuestro derecho positivo, es sin embargo una consecuencia necesaria del fenómeno descripto. Podría encontrar asimismo fundamentación en la figura del abuso de derecho y en las propias limitaciones que se derivan del derecho a la libertad de iniciativa (arts. 7, 10, y 36 de la Constitución) y la libre competencia. La figura no aparece sólo en juego cuando existe competencia".*

30 Blengio, Juan; "La noción de cláusula abusiva o vejatoria. El desequilibrio arbitrario y la desigualdad de poder de negociar". En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra ; FCU, 2001 Montevideo, pág. 60 y ss.

Este autor propone a efectos de subsanar estos desequilibrios: *"**La aplicación indirecta de los principios constitucionales (rectius, coordinada con las normas y principios legales) a las relaciones privadas, a través de figuras como la noción de orden público, la buena fe y la causa.**"*

Entendiendo que:*"La incidencia de las reglas constitucionales en el ámbito de las relaciones privadas, va más allá de la aplicación directa de aquéllos a éstas, pues influyen en la determinación del sentido y el alcance de las normas de rango inferior que rigen directamente tales relaciones, en función de los principios hermenéuticos y en especial en el de la interpretación sistemática, dado que el ordenamiento jurídico es una unidad. Tal influencia, es sin duda importantes, habida cuenta de la estructuración jerárquica de las fuentes normativas del derecho positivo, especialmente si se tiene en cuenta que la misma involucra los valores en juego. Es por ello que me resulta compartible la afirmación de Larenz, de que la Ley Fundamental es "una pauta decisiva, tanto para la legislación ordinaria como también para la jurisprudencia en el ámbito jurídico - privado."*

"La buena fe, el orden público, la causa, el abuso de derecho operan como mecanismos de control de la autonomía de la voluntad."

Razonando que la buena fe *"Es un principio general de derecho, de una extensión y rango no diferentes al naeminen laedere, que tiene dos manifestaciones: la buena fe objetiva, es una regla de conducta impregnada de contenido ético, que impone el deber de ajustar la conducta a un standard jurídico (como es el buen padre de familia con relación a la culpa), que implica actuar con lealtad, corrección y honestidad."*

"Según la doctrina, con discrepancias, que entre las funciones que cumple la buena fe, se encuentra la correctiva del contenido negocial, la cual plantea la cuestión muy controvertida de las facultades del juez."

"Los que admiten su incidencia, admiten que puede intervenir en el contrato, mediante el postulado de la buena fe correctiva"

"Esta manera de entender la buena fe ha sido acogida por la doctrina alemana, fue ahí también donde nació y tiene mayor fuerza la teoría que postula la aplicabilidad indirecta de las normas constitucionales.".

"Existe una importante corriente que tiende a valorizar la incidencia de la buena fe en la contratación, incluso en la doctrina francesa. Los códigos recientes que le asignan a texto expreso a la buena fe un rol preponderante, al de Québec, del año 1993, y el holandés de 1993, (aunque, éste, significativamente utiliza las palabras razón y equidad); en dirección similar, los Principios de Unidroit (art. 1.7). subraya además que es la base de la Lex Mercatoria."

"El comportamiento desleal no es, por hipótesis, lícito, por ser violatorio de un deber jurídico (que ordena actuar con corrección)"

"La buena fe, por lo tanto, se regiría en un límite a la autonomía privada cuya violación repercutiría en le plano de la (in) eficacia del negocio. Por otra parte, siendo un acto ilícito, determinaría la sanción resarcitoria de los daños que ocasionara esa infracción."

Blengio define el orden público: *"como el conjunto de principios fundamentales e intereses generales, sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado."*

Alineándose *"con la tesis que postula que el orden público es una expresión configurada por los preceptos constitucionales y con aquellas que lo conciben con una figura con un contenido genérico y elástico, expresión sintética de un conjunto de principios fundamentales e intereses generales - aún cuando no se hayan formulado en normas concretas - sobre las que reposa el ordenamiento jurídico del Estado, inmanentes en el sistema e inferibles el mismo; y cuya función apunta a la protección de los derechos del individuo, operada mediante la prohibición de lesionar los valores fundamentales, esenciales y caracterizados de la sociedad.."*

A juicio de este autor *"Esta manera de concebir el orden público ha de llevar a que, en el plano de las relaciones jurídicas patrimoniales, se considere contrario al mismo contrato, (o a alguna de sus cláusulas) que se dirija contra esos valores, principios e intereses, En cuyo plano, con su principal incidencia sobre las cláusulas abusivas, habrá de jugar un rol relevante el principio de igualdad, con su esencia de justicia atributiva y retributiva, que lo hacen especialmente apto para configurar un especial sector del orden público, el de protección perspectiva que será necesario enfocar la función delimitante de la autonomía de la autonomía privada que el Ordenamiento jurídico le asigna a esta cláusula".*

Asimismo señala que la causa puede dar excelentes resultados como medio de protección contra las cláusulas abusivas en el derecho común como lo ha hecho la jurisprudencia francesa.

Refiriendo que *"Corte de Casación francesa, ha utilizado la noción de causa como instrumento de contralor de desequilibrios flagrantes, como por ej, en el fallo que se refiere a la conocida cláusula claim made, (que condiciona la viabilidad del recurso al seguro, a que la reclamación se efectúe durante la vigencia del contrato, aunque el hecho generador de la indemnización se hubiere producido antes), y lo considera nula por crear en "una ventaja ilícita pues está desprovista de causa y es por consiguiente contraria a las disposiciones del art. 1131 del C. Civil, en beneficio solamente del asegurador, que habría entonces recibidos primas sin contrapartidas; ella debe, por ello, ser considerada como no escrita."*

"También en nombre de la causa se ha intentado eliminar los abusos que algunos bancos sometían a sus clientes, mediante la utilización en su beneficio y en detrimento de sus clientes de la práctica de la llamada fecha de valor (que

determina el momento desde la cual comienzan a correr intereses activos y pasivos de una cuenta). La Corte, fundándose en el 1131 del CCF, decidió que las fechas de valor, desde que no están requeridas por un plazo de técnico indispensable para disponer de los fondos, pecan de ausencia de causa. La exigencia de equilibrio contractual condujo a condenar las fechas de valor aplicadas a los depósitos y a los retiros porque, pata esas operaciones la obligación del titular de la cuenta de pagar interese "sobre una base de tiempo extendida por referencia a la duración aparente" del crédito "está privada de causa."

"El affaire Chronopost Chronopost, era una empresa especializada en transporte rápido, que hacía hincapié en la rapidez y fiabilidad de sus servidos. En los contratos que celebraba con sus clientes, incluía una cláusula limitativa de responsabilidad por la cual en caso de incumplimiento de su obligación de entregar en el tiempo previsto las cosas que fueran encomendadas, sólo quedaría obligada a reembolsar a la otra parte del precio del transporte".

" En el litigio que se planteó entre Chronopost y la sociedad Blanchereau, por no haber entregado en tiempo un pliego de condiciones, la Corte consideró nula la cláusula limitativa de responsabilidad, fundándose también en el art. 1131, por cuanto resultaba contradictoria con la portada de la obligación asumida."

Concluye Blengio: *"El mensaje de la Corte de Casación, resultaba claro: la cláusula limitativa de responsabilidad desnaturalizaba la obligación del expedidor, privándola de causa, y por tal razón "debería reputarse no escrita"*

Nuestro doctrino entiende que: *"lo que resulta especialmente relevante de los fallos que vienen de referirse, es el rol particularmente dinámico que la Corte le asigna a la causa. Esta no aparece como una garantía desencarnada y abstracta contra los desequilibrios contractuales, sino que, como subraya Mazeaud, ella adquiere una dimensión que conduce a identificarla como el instrumento de control de la utilidad y del interés del contrato en consideración del cual un contrayente se vincula."*

"Y cuando una cláusula desnaturaliza un contrato, afectando su interés esencial, la Justicia puede, en nombre de la causa reequilibrar el contrato y reescribirlo, prugándolo la cláusula."

Concluyendo que *"desde la perspectiva de la buena fe y la del abuso de derecho, identificará un hecho ilícito y su respectiva sanción indemnizatoria."*

"Con Mazeaud, se puede afirmar que la protección contra las cláusulas abusivas, encuentra su inspiración en el respecto de una ética contractual, que se traduce por la exigencia de lealtad y la necesidad de un equilibrio mínimo en las relaciones contractuales; y que sin que esto implique confundir el Evangelio con el Código Civil, el contrato debe ser el crisol del interés común de los contratantes y como tal, no puede ser el sitio de un individualismo exacerbado ni el terreno de un altruismo negador de los interés particulares."

"El contrato en el marco particular del mencionado régimen de las cláusulas abusivas y en el general derivado de la incidencia del principio de igualdad, basado en una ética que conjugue la búsqueda de la satisfacción del interés y del beneficio individual con la lealtad y la solidaridad (virtudes que no son incompatibles con la seguridad y la previsibilidad) tendrá una faz menos egoísta, más solidaria, más justa, y podrá ser un efectivo instrumento de cooperación, determinante de una regulación equilibrada de los intereses en juego."

Luego de la sanción 17.250 de relaciones de consumo, se ha planteado en nuestra doctrina diferentes posiciones respecto de la naturaleza de la misma, como se dijera Caumont y Mariño sostiene que es un "microsistema"; otros han postulado que es una ley excepcional, sostener cualquiera de las posturas antes referidas tiene una igual consecuencia, no es posible realizar una interpretación extensiva de la mencionada ley.

Por su parte ***Blengio***[31] que si se comparte su opinión (la que viene de transcribirse) *en cuanto a que las soluciones dadas por la ley serían expresiones más concretas y articuladas de las que ya se encontraban en el Ordenamiento Jurídico, sería posible la extensión analógica de la ley.*

El civilista uruguayo compartiendo las opiniones de *"Donato Busnelli, entiende que existe un común denominador entre el derecho general y la ley de consumo, el cual sería la buena fe objetiva, ello hace que las disposiciones de la ley no sean excepcionales, sino que se presentarían con la solución general una relación de continuidad, de genus a species, lo que haría admisible la extensión analógica."*

Tal posición se encontraría reafirmada, si se entiende que al individualizarse al consumidor dentro de un régimen tuitivo legal, se estaría institucionalizándolo la figura del sujeto débil, ya que para Blengio compartiendo la posición Gatt, entiende que la ley *"lleva a no excluir, en línea de principio, la posibilidad de individualizar análogas posiciones de inferioridad, y, consiguientemente, análogas exigencias de tutela, que involucren a sujetos diversos al consumidor."*

No le caben dudas al profesor uruguayo *"que la ratio de la ley se encuentra en la protección del sujeto débil, el cual y con respecto de la ley serían los consumidores en principio y como paradigma, pero también podrían ser los profesionales, comerciantes o fabricantes, en cuanto a que los consumidores son quienes generalmente se encuentran en*

31 Blengio, Juan E., "Ambito subjetivo de aplicación de ley de relaciones de consumo perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica" En ADCU ; T. XXX ; FCU; Montevideo; pág. 463 y ss.

una posición de debilidad frente a su cocontrante, por tener un menor poder de negociar, por el mayor poderío económico, o mayores conocimientos técnicos de éstos últimos."

Agregando: *"que lo que torna necesaria una norma tuitiva no es la calidad de consumidor o cualquier otro rol per se, sino la posición de debilidad de un sujeto frente a otro que tiene un mayor poder negocial y que tal condición hace posible que éste último en desde su posición dominante, cometa abusos contra su contraparte".*

Compartiendo lo expresado por que sostiene que: *"el legislador al establecer los elementos que identifican al consumidor (persona física o jurídica, que actúa por finalidades no profesionales o empresariales y es el destinatario final de los bienes y servicios que adquiere a título oneroso de otro sujeto que actúa en forma y con finalidad profesional en el marco de acto de consumo),* ***viene a individualizar al sujeto institucionalmente débil en el plano de la relación contractual".***

Asimismo se agrega, "que si bien tanto profesionales, empresarios como comerciantes **normalmente** están en mejores condiciones de negociar un contrato por el que adquieren un bien o servicio, ello no quiere decir que se de en todos los casos, y que no pueda existir una situación de debilidad en la que sea necesaria la tutela, y citando a Alfaro Aguila - Real, anota que en el marco de contratos entre empresarios (por ejemplo leasing y franchising) es donde se emplean con más frecuencia condiciones generales abusivas.

Entiende Blengio que en tales contrataciones debería aplicarse en forma analógica la ley 17.250. Ya que esa solución se ajustaría en forma armónica y justa con la ratio de la ley. Pues que no sería coherente, justo y racional que cuando la debilidad se da dentro de una relación de consumo, sería protegido el sujeto débil y no así cuando los intervinientes en la negociación no fueran consumidores, pero se encontraran en la misma situación de debilidad.

El abuso de la posición dominante. Artículo 14 de la ley 17.243. Respecto de ésta normativa que fue aprobada por la ley de urgencia N° 1, que en principio tendría como finalidad eliminar ciertas conducta que se entienden distorsionantes del régimen de competencia del mercado, Blengio considera en especial a los efectos planteados, la prohibición relativa al *"abuso de uno o más agentes económicos"*, por el cual entre otras cosas **se está "penalizando" a las distorsiones originadas en el diferente poder de negociación de los agentes y el abuso de esta situación por la parte dominante**

A juicio de este autor: *<propósito del legislador es impedir que la posición dominante se ejerza abusivamente tanto contra empresarios débiles, como contra los consumidores, prohibiéndoles a los que detentan, por ejemplo: "aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia" (art.14, C); o restringir "de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o consumidores" (14, B); así como imponer en forma permanente, directa o indirectamente "precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores" (art. 14, letra A)>.*

Lo cual hace que la ley tutela el mercado en el sentido vertical y horizontal, lo cual a juicio del autor resulta trascendente a la hora de admitir la extensión analógica de la ley sobre relaciones de consumo, en la cual intervengan sujetos diferentes a los que se perfilan al *"acto de consumo", "pero que involucren situaciones equiparables desde la perspectiva del desequilibrio que pueda resultar del abuso de una posición dominante".*

Entendiendo que se puede detectar un principio de origen legislativo (de las leyes 17.243 y 17.250) en consonancia con otro de orden constitucional que *"se traduce en la necesidad de contemplar tales situaciones satisfaciendo la necesidad de amparo del sujeto débil, hace que sea legítima, como dice Iúdica, y aún necesaria, una interpretación, que, respetando los límites resultantes de la actuación de los correctos cánones hermenéuticos, tienda a ampliar y no a restringir la portada de aplicabilidad de la ley de las relaciones de consumo."*

Asimismo este autor entiende que si no se admitiera la extensión analógica de la ley, ello no sería obstáculo para que atento al principio constitucional de igualdad y las llamadas cláusulas generales (buena fe, abuso de derecho, etc.), *"eliminar los desequilibrios de una relación negocial no paritaria" "mediante la determinación de la inexistencia o nulidad absoluta de esas regulaciones desproporcionadas e injustificadamente desequilibrada."*

B) Posición de los Doctores Santiago Carnelli y Oscar Sarlo

Contra está posición han reaccionado en forma fortísima los profesores Carnelli y Sarlo[32] quienes entienden que las premisas utilizadas por Blengio son equivocadas y por lo tanto resultan equivocadas sus conclusiones.

32 Carnelli, Santiago; Sarlo, Oscar : "El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil" En ADCU T. XXXI ; FCU, Montevideo; pág. 597 y ss.

A tal conclusión llegan partiendo de que la igualdad esta siempre asociada a la justicia, por lo que aunque la Constitución no hable del *derecho de justicia,* se puede entender que el mismo esta expresado en el principio de igualdad.

Asimismo manifiestan, que se pueden distinguir dos clases de justicia y tomando las palabras de Gustav Radbruch entienden que *"Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma una forma distinta el postulado de la igualdad: la justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo, entre la mercadería y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo, el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación, su promoción a tono con su antigüedad en el servicio y con sus méritos. La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre si; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinados a ella..."*

Estos autores entienden que Blengio supone que los problemas de justicia conmutativa se resuelven en base del art. 8 de la Constitución, artículo que para Carnelli y Sarlo, consagra la justicia conmutativa, porque la expresión: *"...todas las personas son iguales ante la ley..."*, alude a una situación en la que hay pluralidad de sujetos enfrentados a un poder que se les impone; además entienden estos profesores que dicho artículo no consagra ningún criterio sustantivo de igualdad, sino uno formal o procedimental (igualdad de oportunidades).

Carnelli y Sarlo entienden que el principio de igualdad conmutativa se encuentra en el art. 10 de la Constitución y la cual conforme al sistema liberal que sostiene al expresar en dicho artículo *"...las acciones de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados..."* esta reconociendo el ámbito de libertad de los sujetos para arribar a sus acuerdos, esa libertad solamente tendría como límite, el orden público - el cual para éstos autores no es una escala determinada de valores, sino, requisitos formales que aseguran la libre determinación de los acuerdos - y el de no perjudicar a los terceros que sería un complemento natural de lo anterior, a efectos de conservar la convivencia.

Conforme a ello entienden que el contrato es el procedimiento para realizar la igualdad conmutativa, agregando que cuando el legislador entendió que no existía simetría entre los contratantes ha intervenido para controlar el contenido de los acuerdos, ejemplo de ello lo veríamos en las leyes sobre arrendamientos o en la reciente ley sobre relaciones de consumo, aunque es señalado que en las últimas leyes de arrendamiento se está tornando a la autonomía privada.

Estiman estos autores que el Código Civil reglamentó el principio de igualdad conmutativa consagrado para ellos en el art. 10 de la Constitución. Entendiendo que el cuerpo de leyes mencionado *"consagra una igualdad de tipo procedimental, característica del sistema liberal antes mencionado, lo que significa excluir el sistema contrario, por el cual el juez puede llegar a examinar la ecuación económica del contrato para verificar si se cumple con el equilibrio objetivo de las prestaciones. Es decir: en el sistema vigente, el control de la igualdad se verifica únicamente respecto de las condiciones de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del acuerdo, y en cuanto al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa. Los requisitos del Código Civil (art. 1261 - 1560) apuntan exclusivamente a ello."*

En el art. 1261, la tutela de la norma jurídica, a la cual ha dado vida el contrato y que el art. 1291 en sus inc. 1° asimila a la ley, se justifica en el carácter voluntario de aquel, y para esto requiere que los contratantes tengan madurez, discernimiento intelectivo y aptitud lingüística (capacidad), hayan expresado sus voluntades libremente (sin vicios: error, dolo, violencia).

"Cuando los sujetos de derecho concluyen el contrato libremente, están obligados por sus términos cualquiera sean éstos, porque el control de su resultado refiere únicamente al objeto lícito y que ambos contratantes se obliguen en el contrato oneroso o solo uno lo haga en el gratuito (causa)."

Carnelli y Sarlo recogiendo las definiciones de John Rawls, distinguen tres concepciones de la justicia: <a) la **justicia procidemental perfecta,** se caracteriza porque *"...existe un criterio independiente de lo que es una división justa, un criterio definido previa y separadamente del procedimiento que ha de seguirse"*, y además *"...es posible encontrar un procedimiento que produzca seguramente el resultado deseado"*>; b) <en la **justicia procidimental imperfecta,** existe también un criterio independiente que indica lo que es correcto, pero *"...no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad."* c) finalmente, la **justicia procedimental pura,** es aquélla el la cual *"no hay un criterio independiente para el resultado correcto"* pero *"en su lugar, existe un procedimiento correcto o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento."* Carnelli y Sarlo coincidiendo con Sandel expresan: *"...en tanto un contrato plasma el ideal de autonomía, se aproxima el caso de la justicia procesal pura, en el cual el resultado es justo, sea el que fuere, en virtud del contrato que lo produce. Dentro del ideal de reciprocidad, un contrato en su caso de justicia procesal imperfecta, que de hecho intenta aproximarse a una norma de justicia definida independientemente."*

En función de las distinciones que venimos de transcribir, los profesores citados entienden que en nuestro Código Civil no existe un criterio independiente de justicia (justicia procidemental perfecta o imperfecta) que permita comparar el resultado contractual, resultando el sistema nuestro caracterizado como de justicia procedimental pura.

En función de ello, es que el control de la adecuación contractual esta referido a lo querido por las partes, y que se cumpla lo por ellas acordado, y cuando se analizan la equidad, el uso o la ley es para deducir las consecuencia de lo acordado contractualmente, teniendo el juez sólo posibilidad de verificar la licitud del objeto y de la causa; por lo que en definitiva no existe posibilidad para el juez de verificar si en el contrato existe el vicio de "irracionalidad del desequilibrio."

C) Nuestra posición.

Manifiesta el profesor argentino Lorenzetti[33] que en los *"derechos primitivos la obligación se confundió con el estado de obligado, con la idea de sometimiento del deudor; el crédito era principalmente un señorío sobre determinados actos de conducta el obligado de un modo similar al derecho real. Podía el acreedor ejercitar la fuerza sobre el deudor y aún su familia, obligándoles a trabajar para él".*

"La suavización de estos rigorismos supuso un cambio epistemológico: progresivamente el deudor dejó de ser cosa, o de ser tratado bajo principios análogos a los del derecho real."

A través de la obra de Pothier, el Código de Luisiana, el de Prusia que disponían el principio *"favor debitoris"* el principio llego al derecho hispánico y el C. Civil uruguayo lo recoge en su art. 1304.

Pero en la sociedad moderna se aprecia que existen ciertos acreedores - débiles (trabajadores) y ciertos deudores - fuertes (empleadores) en relación con el salario; la misma situación se ha dado con los arrendatarios, entre otros.

Entonces aquel principio de *favor debitoris* pasa a ser *favor debilis*, el cambio estriba que la noción de acreedor o deudor tiene relación con la situación del sujeto en la relación bilateral, en cambio cuando se habla de trabajadores, arrendatarios se mira en la posición estructural que tienen en el mercado.

Es decir se mira la posición del individuo en el mercado, admitiendo que éste tiene fallos estructurales, por lo cual es necesaria su corrección.

En este mundo masificado se trata de aplicar ***el principio de centralismo de la persona, a través de los derechos fundamentales*** pretendiendo que dejen ser simplemente enunciados para que bajen al derecho positivo. Y es así que Lorenzetti expresa: *El grupo de derechos fundamentales actúa como un núcleo alrededor del cual se pretende que gire la persona. No se trata de una mera comprobación fáctica o de una instalación pasiva, sino de un verdadero principio activo.*

Como se recordará los derechos fundamentales se dividen en:

a. Primera generación: la libertad negativa

Estos tratan de poner límites a la actividad del Estado en cuanto importa una intromisión en la vida de los individuos, ejemplos de los mismos tenemos a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad. Fueron consagrados a partir de la Declaración de los derechos del hombre y tienen como característica negativa, que son obligaciones de no hacer por parte del Estado en beneficio de la libertad individual. Están inspirados en una lógica garantista y constituyen la declaración jurídica básica del Estado liberal.

b. Segunda generación: derechos económicos - sociales.

Dentro de estos derechos que son conocidos como "derechos sociales" tenemos el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud. Y fueron incorporados a través del constitucionalismo social a mediados de siglo. Se caracterizan porque importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado. Esta es la diferencia con los de primera generación, en los que piden que el Estado se abstenga

Estos derechos de segunda generación constituyen la base jurídica del "estado de Bienestar"

c. tercera generación: calidad de vida

También denominados "nuevos derechos" surgen como respuesta al problema de la "contaminación de las libertades" Es decir se tiene en cuenta la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados.

33 Lorenzetti, Ricardo Luis; "El derecho privado como protección del individuo particular" en Revista de Derecho Privado y Comunitario; 7; Derecho Privado en la reforma constitucional; Rubinzal - Culsoni Editores; pág. 53 y ss.

También dentro de éstos se suelen incluir los que protegen el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, defensa del patrimonial genético de la especie humana.

d. cuarta generación: derecho a ser diferente.

Estos derechos si bien son derivados de la libertad, se trata de aplicarla aun campo en que tradicionalmente reino lo público, lo homogéneo y que se consideró vital para el funcionamiento social

e. Finalmente se ha señalado que el *derecho al desarrollo* que es fundamental a nivel internacional y se basa en la igualdad de oportunidades para el desarrollo .

La aplicación efectiva de estos derechos conduce a un nuevo orden económico internacional.

Si bien en su primer momento los derechos fueron dirigidos para las personas, o de clases de personas, luego han surgido entre otros los derecho de los animales, o el *derechos de las personas jurídicas, dentro de lo cuales se señalan: derecho a la marca, a la razón social, a la tutela de la intimidad. integridad moral etc.*

La aplicación directa de los principios constitucionales al derecho privado.

El Profesor Pedro Serna[34] señalaba que todo acto de derecho es interpretación y creación de derecho, las normas persiguen un fin, por eso él se pronuncia por la interpretación teleológica, asimismo afirma que cuando se decide utilizar un standard que no se encuentra explícitamente en la Constitución, se tiene que justificar, derivándolo de un principio constitucional, justificación que en caso de los jueces va dirigido al legislador, los demás tribunales y la doctrina.

Cuando existe un cambio (ya sea doctrinal o jurisprudencial) se debe justificar el cambio, por las circunstancias especiales del caso o de la realidad social.

Como se sabe los principios son implícitos, apuntan a un fin y más generales a diferencia de las normas que son explícitas, tienen un fin extrínseco.

Señalaba el Profesor Serna que los artículos 72 y 332 de la Constitución, constituyen una verdadera panacea para la aplicación de los derechos fundamentales.

Nuestra doctrina sigue discutiendo la aplicación directa de los derechos fundamentales, resultando interesante la discusión planteada entre los Doctores Mariano Brito y Miguel Semino, respecto a la aplicación de los derechos económicos y sociales[35]

En función de todo ello es que creemos posible probar la existencia del principio *"favor debilis"* en nuestro ordenamiento jurídico sin perjuicio de lo que disponen las normas de relaciones de consumo.

Asimismo debe tenerse presente conforme lo expresado por el **Dr. Rafael Mandressi**[36] en cuanto que en los discursos, pueden emplearse como argumentos **las definiciones**, éstas pueden ser explícitas o implícitas, siendo sumamente importantes porque delimitan el objeto y esto es neutro, y además, a veces las mismas funcionan como ***doxas***, es decir como una tesis en apariencia irrefutable, porque dado los actores del debate integran un acuerdo básico, ya que en ese contexto es admitida dicha doxa y es por ello que funciona como irrefutable. Pero también debe advertirse que las definiciones ***tienen plasticidad, no existe una única definición, son todas revisables, de acuerdo a los nuevos contextos,*** por lo que si cae la definición, cae la doxa y en consecuencia el argumento.

Humildemente, nos parece que lo que está en discusión aquí son las ***"definiciones sobre buena fe y orden público"*** como así también que se entiende por ***"contratar libremente"***

Los Doctores Carnelli y Sarlo expresan en su exposición: *"Ni la constitución ni el Código Civil contienen un criterio independiente de justicia o igualdad conmutativa, requisito indispensable para poder implementar la justicia procesal perfecta o imperfecta. Por consiguiente, sólo es viable una concepción de la justicia puramente procesal, con correctivos en caso excepcionales"*

Ello resulta del art. 10 de la Constitución vigente, que al expresar que "...las acciones de las personas que en **ningún modo atacan el orden público** ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados", esta reconociendo que existe un ámbito de libertad de los sujetos para determinar libremente el contenido de sus acuerdos."

"El límite del orden público dice relación, no con una escala determinada de valores, sino, en cambio, con los requisitos formales que aseguran, precisamente, la libre determinación de esos acuerdos particulares. *El otro*

34 Serna, Pedro, (Profesor de la Universidad de la Coruña de Filosofía de Derecho y Profesor de Derechos Humanos de la Universidad de Montevideo) en Curso: "Aspectos claves en la aplicación del Derecho: interpretación y argumentación jurídica" dictado en la Universidad de Montevideo del 9 de agosto al 6 de setiembre del 2001

35 A.A.V.V Obra Colectiva "El Poder y su control. Edit. UCADAL 1990; págs. 95 y ss

36 Mandressi, Rafael; (Dr. Rafael Mandressi, Doctor en Arte, Filosofía y Estética, Universidad de París, VIII); en curso "Retórica Jurídica" dictado en el Centro de Estudios Judiciales del 11 al 15 de marzo del 2002.

límite (no perjudicar a terceros) es el complemento natural de lo anterior, para preservar un orden de conveniencia." (los destacados en negritas son nuestros).

Como se advierte dentro de los argumentos que dan los profesores Carnelli y Sarlo, existen definiciones (orden público, explícita) (libre determinación de esos acuerdos particulares, implícita), las cuales se utilizan como doxa.

Entendemos que hoy por hoy, no existe una doxa en cuanto al concepto de orden público, en efecto como se señala por el Esc. Blengio[37] *"a partir de la década del 30 ha cambiado el enfoque sobre el orden público, comenzando a afirmarse un movimiento que apunta a identificar una función autónoma del orden público. Especialmente en algunos juristas franceses inclinados a ver a la jurisprudencia como fuente secundaria de derecho, que encuentran en la noción elástica y proteiforme del orden público, un mecanismo muy útil para armarla con un poder especialmente dúctil y eficaz".*

Por su parte Jacques Ghestin[38] expresa: *"L' ordre public est une notion particulièrement fuyante qui en se laisse guère enfermer dans une définition précise. Un auteur a pu relever dans la doctrine e la jurisprudence vingt - deux définitions. Il en propose une vingt -troisième: "L' ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispesnsable à la cooectivitè"*

Agregando: *"C'est finalment la définition donnée par Planiol qui exprime sans doute cette réalité contemporaine de la facon la plus satisfaisante. Une dispostition est d'ordre public "toute les fos qu'elle est inspirée par une considération d´inteéret général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empecher l'application de la loi"*

Es así que a aquella tradicional definición de orden público de que identifican al orden público con el conjunto de normas inderogables de un ordenamiento jurídico, de las que no se distinguía marcadamente, por carecer de relevancia autónoma, más allá de una mayor fuerza imperativa, para muchos autores ha quedado en desuso.

Surgiendo otras como la de los argentinos (Salvat y Llambías) que entienden por orden público el conjunto de principios de índole superior (políticos, económicos, morales, religiosos) a los que una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y la conservación de su organización social. El orden público, en el sentido tradicional, y en lo que interesa al contrato, tiene estas características: a) es de índole moral y está fundado en las buenas costumbres (FARJAT); b) computa "el cambio en razón de sus consecuencias frente a las instituciones"; c) determina la invalidez de los actos contrarios a sus preceptos, por lo cual le corresponde una función "esencialmente negativa" (GHESTIN). Modernamente se ha expandido la idea de ***orden público económico***, con estas características: a) atañe a las relaciones económicas; b) toma en cuenta "el cambio de los bienes y servicios considerados en si mismos"; c) agrega la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente, y procura "imponer de manera positiva cierto contenido contractual" (GHESTIN) Dentro del orden público económico se distingue: a) El de dirección, por el cual los poderes públicos se proponen "realizar ciertos objetivos económicos" (WEILL .TERRÉ), a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos a autorizaciones estatales, y "es menester una apreciación previa de la situación concreta por una autoridad competente" (FARJAT), dándose la "aprobación cuando el Estado no se opone al contrato, pero quiere controlarlo" (SANTOS BRIZ); y b) El de protección, que tiende a resguardar "a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato" (GHESTIN) El orden público económico de dirección se diluye, en los sistemas económicos que acentúan la libertad de mercados, porque entonces el Estado minimiza su función regulatoria. Pero aún en ellos, subsiste el orden público de protección, puesto que las "precauciones legislativas" que implica no tienden a afectar al albedrío negocial, sino tan bien a afirmarlo, mediante, "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada. El orden público económico de dirección tiene un carácter variable (sistemas de protección a la producción interna o desrregulatorio del comercio interior y exterior); en cambio, ***el orden público económico de protección es permanente***, porque lo que interesa es la justicia conmutativa. **Orden público económico de coordinación**. Se estima adecuado en el "sistema actual en orden público económico de coordinación, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado; ha pasado de moda la función estatal de firme dirección de la economía pero, subsistiendo necesariamente su función de protección de la debilidad jurídica, la coordinación puede resultar el modo más apropiado para llevarla a cabo. El rol de coordinación, se apoya sobre "un piso, un mínimo inderogable que condiciona a la autonomía privada y también a la dirección económica del Estado." (LORENZETTI). Estos conceptos sobre el orden público, aunque no se compartan prueba la caída de la doxa, ya que no hay un acuerdo en el contexto jurídico y con ello el argumento que esgrimen Carnelli y Sarlo.

37 Blengio, Juan; En "Las cláusulas abusivas...." Nota 76

38 Ghestin Jacques; Traité de Droit Civil, Les obligations, Le Contrat: Formaction; 2 edición, Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, París, 1988; pág. 84 yss

Por otra parte ***introduciendo los derechos fundamentales (a través de los artículos 72 y 332 de la Constitución) de tercera generación,*** en relación de "la contaminación de la libertades" entendemos que puede internalizarse el principio *favor debilis;* o por lo menos debe admitirse que no hay una definición unívoca de que se entiende por *"la libre determinación de esos acuerdos particulares";* como se ha visto en el contexto doctrinal y de derecho positivo internacional lo que se entiende por igualdad ha cambiado, por lo que ***aunque no se comparta la institucionalización de la figura del sujeto débil, por lo menos se puede afirmar que también a caído esta doxa.***

Por lo que se podría afirmar que sin perjuicio de que en el contrato moderno subsisten sus pilares básicos: el consensualismo, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo convenido y el efecto relativo, actualmente entendemos se le han asignado nuevos alcances, señalaremos como relevantes para el presente trabajo: La autonomía de la voluntad la que ha sido restringida en los derechos modernos por las teorías del abuso de derecho, de la lesión y de la imprevisión, y especialmente en los contratos predispuestos y de los que se ha dado en llamar derecho de consumo donde las restricciones se tornan más fuertes en cuanto se dispone la interpretación en favor del no predisponente, la prohibición de ciertas cláusulas que se consideran abusivas, la atribución a favor de la parte protegida de un tiempo de reflexión, o la facultad del contrato a su solo arbitrio. Por lo tanto la fuerza obligatoria de los contratos establecido en el 1291 del CCU en cuanto a que los contratos obligan como a la ley misma, ha sido acotado (cuando se configuran ciertas circunstancias), ya que el sistema suele proteger a una de las partes llamada débil, quien puede hacerse "dueña del contrato". (Por ejemplo en la ley sobre relaciones de consumo, art. 16, e inc final del art. 31) Los contratos tienen standards éticos, (ya sean civiles o comerciales) los cuales resultan de la regla moral y del principio de la buena fe. Respecto de la moral el Código Civil patrio expresa en su art. 11 de que no puede derogarse por convenio entre los particulares las leyes en que ***está interesado el orden público y las buenas costumbres,*** por su parte el 1284 en su inc. 2° expresa: "es moralmente imposible el prohibido por las leyes o ***contrario a las buenas costumbres o al orden público***", en tanto el 1288 inc. 2° dispone: "la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley o ***contraria a las buenas costumbres o al orden público***"; también el Código de Comercio tiene referencias a esta regla, es así que se expresa en su artículo 198 inc. 2° "Son ilícitos los contratos que recaen sobre objetos prohibidos por la ley, o cuyo fin fuese ***manifiestamente ofensivo de la sana moral o de las buenas costumbres"*** Esto implica que **la moral influye en la teoría general del contrato** y consecuencia de ello son las teorías sobre el abuso en el obrar; de los vicios ocultos de la voluntad, la de la simulación, del fraude, el cuasi delito de enriquecimiento sin causa; o las soluciones nuevas que se han dado a los contratos predispuestos y los celebrados por adhesión, en especial los de consumo, la revisión del contrato, en ciertos derechos el recibimiento de la teoría de la imprevisión, etc. Como colorario se podría establecer que la regla moral tiende a la justicia y a la equidad en las relaciones contractuales ya sean comerciales o civiles. ***También la buena fe es una pauta de conducta en la vida jurídica (y un principio general de derecho).*** Pudiéndose distinguir: La buena fe subjetiva o buena fe creencia y es la que consiste en la conciencia de estar obrando conforme a Derecho, ej. art. 699 inc. 1° C.C.U, el cual es antecedente para la adquisición de por ejemplo un derecho real, es decir se considera de buena fe al adquirente que tiene la convicción que está recibiendo la cosa de manos de su dueño. ***La buena fe objetiva o buena fe - probidad o buena fe - confianza. Implica una regla de conducta de probidad,*** que genera en los demás confianza en que será acatada. Es un standards jurídico que se traduce como la entiende por el criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entres las partes, o lo que es lo mismo, como un comportamiento leal y honesto que tiene la gente de bien, es el buen padre de familia del código civil o el buen hombre de negocios del Código de Comercio. En el derecho anglonorteamericano, ese modelo sería el del reasonable man (el hombre razonable) ***De tal exigencia en el comportamiento es que surge el impedimento para obrar abusivamente.*** El art. 1291 inc. 2 del C.C. y el inc. 2 del C. Co. establecen que los contratos deben ejecutarse de buena fe, tal comportamiento implica una actuación en sentido negativo, es decir una prohibición a actuar en forma deshonesta (no engañar, no defraudar) como también un deber positivo, colaborando para que se ejecute el negocio, siendo diligente. Además tal buena fe, debe estar presente al momento de celebrarse el negocio, como cuando se interpreta, es decir que esta actitud o comportamiento se exige durante todo el negocio desde su formación hasta su culminación. Tal exigencia de esa buena fe objetiva es imprescindible en el comercio, teniendo presente la informalidad existente los contratos modernos, piénsese en aquellos que se concretan a través de un fax, de un e-mail, telex, por teléfono, o con un "click" del "mouse". Es por todo ello que sostenemos la posibilidad de la admisión en nuestro derecho de el "sujeto débil", pero teniéndose presente que para su aplicabilidad, deberá utilizarse el ***principio general constitucional de razonabilidad,*** por lo que a nuestro criterio, esta posición no implica que se el juez va a intervenir en lo que el art. 1250 del CCU expresa como lo que entre las partes ***"se mira como equivalente";*** es decir la cosa por el precio (en el caso de la compraventa) sino y justamente efectuar ***"el control de la igualdad se verifica únicamente respecto de ejercicio de la autonomía contractual, esto es: igual libertad en la formación del acuerdo, y en cuanto***

al contenido de éste, únicamente la licitud del objeto y de la causa" como expresan los Profesores Carnelli y Sarlo, pero nosotros agregamos que no existe ***"igualdad en la formación del acuerdo"*** cuando existe una parte con una posición dominante de la que abusa y otra que resulta débil.

XXI. CONCLUSIONES

Entendemos que en **las relaciones entre la seguridad jurídica, la justicia y el bien común**, hay un camino de dos vías: la justicia exige que haya seguridad jurídica pero, correlativamente, la seguridad jurídica reclama que exista justicia. Por eso, en ciertos casos se da prevalencia a la justicia, o al bien común, y se debilita la seguridad. El Código Civil holandés de 1992 (L° 6, art.2.2) establece que la regla a la cual está sometida una obligación, "en virtud de la ley, de los usos o de un acto jurídico, no se aplica en la medida en que, según las circunstancias, sería inaceptable conforme a los criterios de la razón y de la equidad"; al hacer esa salvedad, "lo que la regla gana en justicia lo pierde en seguridad".

Por eso se coincide con el profesor ALTERINI [39] en cuanto que: a) "El *contrato mantendrá intacta su función de principal fuente de obligaciones: no hay signo alguno de crisis como tal. Pero no con los moldes clásicos, sino con modalidades proteicas apropiadas a una realidad negocial multiforme. b) La autonomía de la voluntad en los megacontratos y en los celebrados por profesionales con particulares. En una visión pragmática, que evalúa a la autonomía de la voluntad no ya como fundamento de la obligatoriedad de lo pactado, sino en la medida en que el albedrío conserva vigencia operativa, es adecuado considerar: 1. Lo convenido sigue teniendo plena eficacia - cuando menos como principio - en la categoría del megacontrato celebrado entre empresas; éste tiene "un gran alcance económico y social", su celebración es "precedida de importantes tratativas", incide "sobre un número considerable de personas" y tiene larga duración y es perpetuamente negociable (MALAURIE.AYNÉS). 2. En los contratos discrecionales o paritarios en general, cuyas partes se encuentran en situación de igualdad jurídica, "rige la plena autonomía privada. En principio, las desigualdades que consiente el desfavorecido son admisibles, "salvo cuando se trata de situaciones extremas", en las cuales les cabe "considerar el consentimiento como contrario a las buenas costumbres" (LARENZ). 3. En cambio, en los contratos celebrados entre profesionales y particulares - en especial los contratos de consumo - continuará el tránsito del contrato al status y sobresaldrá el orden público, en especial el económico de protección o coordinación, poniendo acento especial en la solidaridad. c) La perspectiva de justicia. Lo justo en los contratos entre iguales, constituirá - por lo general - en el sometimiento estricto a los términos del pacto; y en los contratos entre desiguales, en el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. En el primero, la libertad exigirá el reconocimiento de plenitud de efectos para el albedrío; en el segundo, su reafirmación a favor del sindicado como débil jurídico."* No se trata de declinación o de crepúsculo del contrato, sino *"de transformación y de renovación" (JOSSERAND)"* La cuestión tiene que ver con los valores que son privilegiados. En la actualidad, además de la libertad, hay otros valores a los que se les asigna también rango prevalente. Esto, que muchas veces aparece como novedoso o subversivo de los conceptos, ni es original ni es ajeno al liberalismo clásico: según ROUSSEAU, *"hay que distinguir la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la libertad general", concerniente al "interés común"; y sería "insensato" este argumento: "yo hago contigo un convenio todo en perjuicio tuyo y todo en provecho mío, convenio que cumpliré mientras me plazca y que tu cumplirás mientras me plazca."* O como dice con su claridad habitual el Profesor francés **Jean Carbonnier**[40] *"En el Derecho del patrimonio, propiedad, contratos, responsabilidad. La reacción individualista ha sido más precoz y reconoce un origen político distinto (el autoritarismo en materia económica que puede correr paralelo al individualismo en materia familiar y viceversa). Bajo el influjo de factores diversos: desarrollo de la gran industria, progresiva influencia de las masas obreras, crisis económicas y depreciaciones monetarias) el liberalismo económico se ha batido en retirada y se ha considerado que la intervención estatal es deseable y necesaria en orden al logro del bien común. Éste es el motivo de que el interés colectivo haya determinado la multiplicación de las restricciones a la propiedad privada,* ***el desarrollo de la noción de orden público que coarta la autonomía contractual,*** *y la propensión a indemnizar a todo perjudicado, con independencia de que haya o no incurrido en falta aquel a cuyo cargo corre la reparación y siempre que sus medios económicos le permitan hacerlo (teoría del riesgo).* ***En suma, estamos asistiendo a una socialización del Derecho Civil ante la que cabe preguntarse si, más que una deslealtad hacia el espíritu de 1789 e incluso de 1804 no se trata, acaso, de la conclusión lógica del principio de igualdad que, en aquel entonces, se enarbolaba por vez primera."*** (Los destacados son nuestros)

[39] Alterini, Atilio Aníbal; Contratos... pág. 76

[40] Carbonier, Jean; Derecho Civil, Tomo I, Volumen I (Doctrina General y Derecho de las Personas); traducción del profesor Manuel Ma. Zorrilla Ruiz ; BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1960, pág. 67

BIBLIOGRAFIA NACIONAL

Alterini Atilio Alberto. "Tendencias en la Contratación Moderna" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001

A.A.V.V. Obra colectiva: El Poder y su Control. Editado por la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo 1990

Blengio Juan. "La autonomía de la voluntad y sus limites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir" En ADCU T. XXVII. FCU Montevideo.

Blengio Juan E. "Ambito subjetivo de aplicación de ley de relaciones desde las relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumo y la viabilidad de su extensión analógica" En ADCU T. XXX. FCU Montevideo

Blengio E. Juan. "¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual" En ADCU XXXI; FCU Montevideo

Blengio Juan. "Las Cláusulas Abusivas desde la perspectiva de la aplicación coordinada de los principios de libertad e igualdad a la contratación" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra FCU Montevideo 2001

Caffera Gerardo. "Negocio Jurídico y Derecho de Defensa de la Competencia" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Mdeo. Mayo 2001

Caffera Gerardo. Autonomía privada: los cambios y las tensiones del presente" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje Profesor Jorge Gamarra FCU Montevideo 2001

Caffera Gerardo. "El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (antitrust)" En ADCU T. XXXI; FCU Montevideo.

Carnelli Santiago-Cafaro Eugenio. Eficacia Contractual; Edit. Abeledo- Perrot 1989 Bs.As.

Carnelli Santiago; Sarlo Oscar. "El principio de igualdad y la contratación del Código Civil" en ADCU XXXI; FCU Montevideo

Caumont Arturo-Larrañaga Luis. "Reflexiones técnicas sobre los conceptos de existencia, validez, eficacia, e integración en relación la contratación de consumo" en Rev. Del Colegio de Abogados del Uruguay Tomo XXVII mayo de 1994

Caumont Arturo. "La protección del consumidor en el ámbito contractual ensayo de fundamentación técnica" en ADCU T. XXVI; FCU; Montevideo

Caumont Arturo, Mariño Andrés. "Referencias semiótica para el estudio de problemas de hermenéutica contractual. Examen del favor debilis como factor interpretativo. Análisis de su admisibilidad en Derecho uruguayo. En ADCU T. XXVI; FCU; Montevideo.

Caumont Arturo. Derecho subjetivo del consumidor a una tipología contractual transparente e inequívoca. El negocio jurídico y su Teoría General como garantía del respeto al debido a tal derecho. ADCU T. XXVII; FCU, Montevideo.

Creimer Israel. "La Protección del Consumidor" en Anuario de Derecho Comercial N° 2, FCU; Montevideo

Gamarra Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomos: VIII, IX, XII, XVI, XVIII.

Ghersi Carlos Alberto. "El Contrato ante el tercer milenio: perspectivas del derecho privado contractual contemporáneo y ante las exigencias sociales y económicas de fin de siglo" En Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001

Gutiérrez Falla Laureano. "El Derecho Mercantil y el Derecho del Consumidor, El consumidor y la clientela." En Anuario de Derecho Comercial - N° 6. F.C.U Montevideo.

Holz Eva. Mercado y Derecho FCU. Montevideo 1993

López Fernández Carlos. "Las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas abusivas con especial referencia a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad" en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra FCU 2001 Montevideo

Mariño López Andrés. "En Torno al concepto de Consumidor, estudio del ámbito subjetivo de la ley uruguaya de relaciones de consumo" en IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Montevideo, mayo 2001

Mariño López Andrés. "El control de contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumo" en ADCU T. XXXI, Montevideo 2002

Mariño López Andrés . "El control de Contenido del contrato de adhesión en la ley uruguaya de relaciones de consumos" En ADCU; T. XXXI Montevideo 2002

Mautone Carlos. "Contratos de adhesión, cláusulas abusivas. Alcance de los contratos negociados" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Esc. Eugenio Cafaro mayo 2001 Montevideo.

Mercant Juan Manuel. "Normas en defensa de la competencia" en Tribuna del Abogado N° 117 junio - julio 2000. Montevideo. Nicoliello Ariel J. "Alcances de la Regla de la norma más favorable en la determinación competente en Derecho Internacional del Trabajo" en Judicatura N° 40. 1999 Montevideo.

Ordoqui Castilla Gustavo. Derecho del Consumo. Ediciones del Foro 2000. Montevideo

Olivera García Ricardo. "El Concepto de "consumidor" en la Ley de Relaciones de Consumo" en Tribuna del Abogado N° 119 Octubre - Diciembre 2000. Montevideo.

Olivera García Ricardo. "Introducción al Derecho de la Competencia" en El nuevo Régimen del Derecho de la Competencia, Universidad de Montevideo. Montevideo. 2001

Porras Fuica Bernardo. "El Derecho de la competencia y los Acuerdos de Exclusividad" en Rev. Tribuna del Abogado N° 126 enero febrero 2002. Montevideo

Rippe Siegbert; Bugallo Beatriz; Langone María; Miller John Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo FCU Montevideo 1996.

Saux Edgardo Ignacio. "Los contratos y la autonomía de la voluntad en el régimen del MERCOSUR" En Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU Montevideo 2001

Sconfienza Roberto. "Concepto de "consumidor" en el derecho positivo uruguayo (ley 17.250) y su tutela dentro de la Relación de Consumo" (consumidor, usuario, bystander)" En ADCU T. XXX. Montevideo 2002

Szafir, Dora. El Consumidor en el Derecho Comunitario. FCU. Montevideo. 1998

Szafir Dora. Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.189 Montevideo FCU 2000

Tellechea Bergman E. "La autonomía de la voluntad en la contratación jusprivatista internacional contemporánea". En Rev. De Derecho Comercial y de la Empresa. Enero - junio 1984. Montevideo.

Wonsiak de Haskel María. "El concepto de consumidor en la ley N° 17.250 que regula las relaciones de consumo" En IV Jornadas Uruguayas de Derecho Privado. Prof. Eugenio Cafaro. Montevideo Mayo 2001

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

ARGENTINA

Alterini Atilio Aníbal. CONTRATOS civiles - comerciales - de consumo. Teoría General. Edit. Abeledo- Perrot. 1999

Benedetti Giuseppe. "Soluciones modernos de reparación" en Los daños Ghersi (coordinador) Edit. Hammulabi , 2000 Bs.As.

Contarino Silvia. Contratos Civiles y Comerciales. Ambito Contractual y Teoría General. Edit. Depalma 2000

Dromi-Ekmekdjian- Rivera. Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR. Edit. Ciudad Argentina; Bs. As. 1995

Kemelmajer de Carlucci Aída. "Publicidad y Consumidores" en Rev. de Derecho Privado y Comunitario; N° 5 Consumidores

Lorenzatti Ricardo Luis. "Tratamiento de las Cláusulas Abusivas en la ley de defensa del Consumidor"; en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; N° 5 Consumidores.

Lorenzetti Ricardo Luis. "El Derecho Privado como Protección del individuo particular"; en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; N° 7 Derecho Privado en la Reforma constitucional.

Lorenzetti Ricardo. "Protección Internacional del consumidor. La relación de consumo. Conceptualización dogmática en base al D. del MERCOSUR en libro de ponencias Jornadas Uruguayas -Santefesinas. Santa Fe junio 1997.

Mosset Iturraspe Jorge. "Contratos de colaboración empresaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario; Contratos Modernos N° 3

Mosset Iurraspe Jorge. "Introducción al Derecho del Consumidor" en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; Consumidores N° 5

Rezzonico Juan Carlos. "Cláusulas abusivas en condiciones contractuales generales: Panorama y soluciones" en L.L 1983-B Sec. Doctrina.

Rivera Julio Cesar: "Cuestiones Vinculadas a Contratos de Distribución" en Rev. De Derecho Privado y Comunitario; Contratos Modernos N° 3

Stiglitz Rubén S. "Directivas especificas en interpretación de los contratos por adhesión a condiciones generales" en L.L. 1983-D doctrina.

Stiglitz Rubén S y Gabriel A. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor Depalma Bs. As. 1985.

Stiglitz Gabriel A. Protección Jurídica del Consumidor. 2a. EDE actualizada Depalma 1990. Bs.As.

Stiglitz Rubén y Gabriel. "Cláusulas limitativas de responsabilidad" en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Dr. Alberto Bueres. Edit. Abeledo - Perrot; Bs. As. 1990

Vázquez Ferreyra Roberto A. "La buena fe y las relaciones jurídicas: con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor" en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Dr. Alberto Bueres. Edit. Abeledo - Perrot; Bs. As. 1990.

ESPAÑA

Botana García, Gemma Alejandra. Los contratos realizados fuera de los Establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores.

José Ma. Bosch. Editor Barcelona 1994 Chuliá Vicent E. y Beltran Alandete T. Aspectos jurídicos de los Contratos Atípicos I. Cuarta edición (revisada) J.M. Bosch Editor. Barcelona 1999.

De Castro y Bravo Federico. Derecho Civil de España; Parte general; T. I; Tercera edición; Editor Instituto de Estudios Políticos; Madrid 1955.

FRANCIA

Carbonnier Jean. Derecho Civil; Tomo I; Volumen I; Disciplina General y Derecho de las Personas; traducción de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz; Bosch Casa Editorial; Barcelona; 1960.

Ghestin Jaques. Traité de Droit Civil- Les Obligations LE CONTRAT: FORMATION; 2° edic. Librairie générale de droit et jurisprudence, E.J.A. París 1988.

ITALIA

Ferri Luigi. La autonomía privada. Traducción Luis Sancho Mendizabal. Edit. Rev. De Derecho Privado Madrid 1969.

Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción Sentis Melendo Santiago; Tomos I, II, IV Ediciones Jurídicas. Europa - América Bs. As. 1979

Normas nacionales

Constitución Uruguaya de 1967; actualizada 1997, 3a. edición 1999, al cuidado de Alberto Pérez Pérez. F.C.U. Montevideo. Código Civil anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli. Edit. FCU 9a. edición (1996) Código de Comercio anotado y concordado por Ricardo Olivera García con colaboración de Beatriz Bugallo. Edit. FCU 3a. edición (1998) Ley sobre las relaciones de consumo N° 17.250.

Normas sobre defensa de la competencia arts. 13, 14 y 15 de la ley de urgencia N° 17.243

Normas extranjeras

Código Civil francés. En Mazeaud . Derecho Civil . Parte 4a. T. 16; traducido por Luis Alcalá - Zamora y Castillo. Edit. Jurídicas Europa - América Bs. As. (1965) Código Civil italiano. En Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial; T.I. traducido por Santiago Sentis Melendo; Edit. Jurídica Europa - América; Bs. As. (1979) Código Civil español. Edición Civitas; Biblioteca de Legislación, 21a. edición, (1998) Madrid - España Código Civil argentino. Editado por Euros Editores (1999) Buenos Aires Argentina. Código Civil peruano. Edición oficial del Ministerio de Justicia de la República del Perú (1984)

Código Civil paraguayo. Ediciones Librería El Foro S.A; Asunción Paraguay Ley Argentina de Defensa del Consumidor N° 24.240/93

Código de defensa del consumidor Ley N° 8078 de 11/09/1990

Ley española "General para la defensa de consumidores o usuarios 1984

Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR.

Proyecto de Código Civil argentino de 1988 en CD (proporcionado por la organización de las XVII Jornadas Nacionales DE DERECHO CIVIL, organizadas por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

-CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS (Viena 1980)-PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) (Roma 1995)- Directiva europea CEE 93/13 del 5- IV-1993. Disertaciones en los cursos:

"Aspectos claves en la aplicación del Derecho : Interpretación y argumentación jurídica" dictado en la Universidad de Montevideo por el Dr. Pedro Serna, Profesor de la Universidad de la Coruña de Filosofía del Derecho y Profesor de Derechos Humanos en la Universidad de Montevideo, los días 9 de agosto a 6 de setiembre del 2001.

"Retórica Jurídica" dictada en el Centro de Estudios Judiciales por el Dr. Rafael Mandressi Dr. en Arte, Filosofía, y Estética, Universidad de París VII), entre los días 13 a 15 de marzo del 2002.

"Curso de Actualización en Derecho en Derecho Civil" organizado por el Centro de Postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y dictado del 2 de octubre al 29 de noviembre del 2001, en Montevideo.

INCENTIVOS TRIBUTARIOS

MARÍA BEATRIZ VIERA
Master en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

I. EL INCENTIVO TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO ECONOMICO. II. INCENTIVOS DE CARÁCTER GENERAL. A) Impuesto a las Rentas de Industria y Comercio (IRIC) 1. Exoneración por inversiones. 2. Donaciones. 3. Gastos de prevención, capacitación e investigación. B) Impuesto al Patrimonio (IP). 1. Fondos de ahorro previsional. 2. Valores Públicos. 3. Inversiones en otras empresas. C) Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Específico Interno. 1. Devolución de impuestos indirectos. 2. Exoneración de IMESI en la exportación. 3. Venta en Departamentos de Frontera. D) Contribuciones Especiales a la Seguridad Social (CESS). 1. Contratación de Jóvenes. 2. Partidas exentas. 3. Otras partidas exentas. III. INCENTIVOS ESPECÍFICOS. A) Sector Industrial. 1. Ley de inversiones No. 16.906. 2. Ley de promoción industrial No. 14.178. 3. Canalización del ahorro. 4. Bienes muebles del equipo industrial. 5. Ley de Urgencia No. 17.243. B) Sector Agropecuario. 1. Ley Forestal No. 15.939. 2. Medidas tributarias en el sector agropecuario. 3. Ley de Urgencia No. 17.243. 4. Segunda Ley de Urgencia, No. 17.292. C) Sector Turístico. 1. Decreto de promoción de complejos turísticos No. 291/95. 2. Empresas de Turismo. D) Concesiones de Obras Públicas. IV. REGÍMENES OFF-SHORE. A) Zonas Francas. B) Sociedades Anónimas Financieras de Inversión. C) Sociedades de Trading. D) Entidades de Intermediación Financiera Externa. E) Ley de Puertos. V. CONCLUSIONES GENERALES

I. EL INCENTIVO TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO ECONOMICO

El objeto de este trabajo es el análisis de los principales instrumentos tributarios que buscan incentivar determinados tipos de inversión o actividad y aspectos sociales.

La Política Económica es la intervención deliberada del Gobierno en la actividad económica, con el objeto de conseguir ciertas metas u objetivos mediante la utilización de determinados instrumentos.

Los gobiernos, en busca de soluciones a la falta de inversión de riesgo en la economía de los países, tratan de incentivar la inversión a través de la exoneración de impuestos, generando de esa manera un gasto tributario que no siempre es determinado ni ponderable[1].

Se puede constatar que a lo largo de los años los gobiernos se han encargado de ordenar el marco institucional dentro del cual operan los agentes económicos privados, y han intervenido en el proceso económico con el fin de corregir y superar ciertas imperfecciones del mercado. Esta filosofía lleva implícita la creencia de que el mercado no asigna eficientemente los recursos, pero no hay que perder de vista que los inversores no deciden únicamente en función del sistema tributario.

La política fiscal tiene determinados objetivos. La meta más obvia consiste en obtener los ingresos que se necesitan para solventar el gasto público; en definitiva se trata de repartir una carga fiscal predeterminada

1 Cr. Raúl D'Alessandro – Revista Tributaria Tomo XIX – Número 108.

respetando los principios de justicia tributaria y minimizando el costo social que los impuestos generan. Una segunda meta posible consiste en perseguir una redistribución del ingreso o la riqueza mediante el uso de instrumentos tributarios, es decir repartir la carga fiscal según la capacidad de cada contribuyente. La tercera meta consiste en el uso del instrumento tributario para corregir fallas de los mercados.

La formulación de la Política Económica debe basarse por un lado en la identificación de los propios problemas económicos, y por otro lado en la voluntad de modificar algunos aspectos de la realidad económica. A partir de ahí se definen los objetivos, y los instrumento a utilizar.

Es importante, a la hora de fijar incentivos, que los mismos cumplan lo siguiente:

deben ser específicos, selectivos, requieren de un estudio previo de la capacidad instalada de los factores productivos para saber si existen factores ociosos

deben ser generalizados, no deben ser concedidos en forma indiscriminada

deben mantenerse por períodos breves

Se puede concluir que la utilización de incentivos tributarios plantea ventajas y desventajas.

Como ventajas podemos nombrar a:

a. son un instrumento para aumentar y mejorar las inversiones
b. son un instrumento para fomentar el comercio exterior

En definitiva:

a. aumentan la actividad económica,
b. mejoran las condiciones en que se realiza la producción
c. eliminarían o reducirían desigualdades, siempre que estén bien aplicadas
d. son fáciles de establecer ya que únicamente es necesaria una ley y una reglamentación para que sean operativos

Como desventajas, tenemos las siguientes:

a. dan un tratamiento discriminatorio a favor de quienes los obtienen, es decir que no respetan el principio de igualdad
b. no siempre alcanzan a los contribuyentes mas necesitados, sino a aquellos que cuentan con la estructura administrativa o condiciones necesarias para obtenerlos
c. reducen los ingresos del Estado, y dado que la meta recaudatoria igual debe alcanzarse, entonces constituirían subsidios ocultos que implican transferencias de unos contribuyentes a otros
d. muchas veces son innecesarios
e. es difícil medir los efectos y evaluar los beneficios de los instrumentos
f. afectan la productividad y eficiencia

Por último, antes de proceder al análisis de los incentivos tributarios vigentes a la fecha, corresponde destacar que en nuestro país existen condiciones legales que crean un ambiente propicio para la inversión: rige una economía abierta de mercado, no existiendo registro ni autorización previa para invertir, hay libertad de importación y exportación, libertad de operaciones bancarias y en el mercado de cambios, hay libre transferencia de capitales y utilidades, e igualdad para el inversor extranjero y el nacional.

II. INCENTIVOS DE CARÁCTER GENERAL

A) Impuesto a las Rentas de Industria y Comercio (IRIC)

Los incentivos de carácter general que inciden sobre el IRIC son los siguientes:

1. Exoneración por inversiones

Se pueden distinguir dos tipos de beneficios:

a) Por su naturaleza.

El art. 31 del Texto Ordenado 1996 establece, entre otras como rentas exentas los dividendos o utilidades acreditados o pagados por los sujetos pasivos del IRIC siempre que el beneficiario de dichas rentas no sea una persona física o jurídica domiciliada en el exterior, o en caso de que lo fuera si estas rentas están gravadas en el país del domicilio del titular y no existe crédito fiscal en el mismo por el impuesto abonado en Uruguay o si dichas rentas no están gravadas en el país del domicilio del titular.

Es decir que la norma o regla general es que los dividendos o utilidades no se gravan a menos que el hecho de gravarlos no signifique un mayor costo fiscal para el contribuyente.

A los efectos de beneficiarse de esta exoneración deberá presentarse un certificado expedido por la autoridad estatal competente que justifique que las rentas indicadas están gravadas en el país de su titular y

no existe crédito fiscal por el impuesto abonado en la República o que no se encuentran gravadas. Dicho certificado puede ser sustituido por otro expedido por una firma auditora acreditando tales extremos. Tal certificación deberá estar debidamente traducida y legalizada

Por otra parte esta exoneración también comprende las variaciones patrimoniales derivadas de la tenencia de participaciones de capital.

b) Por su destino.

El art. 447 de la ley 15.903 de 10 de noviembre de 1987 exonera del IRIC y del Impuesto a las Rentas Agropecuarias (en el caso que corresponda) las rentas que se destinen a la adquisición de determinados bienes de uso.

Esta exoneración fue reglamentada en el Decreto 840/88 de 14 de diciembre de 1988.

Se trata de una exoneración limitada ya que son tres las limitantes cuantitativas de este régimen[2]. La primera establece que la exoneración no será superior al 40% de la inversión en determinados bienes y al 20% en construcción y ampliación de hoteles, moteles y paradores y de edificios destinados a la actividad industrial. La segunda limitante es que las rentas que se exoneren por este motivo no podrán superar el 40% de las rentas netas del ejercicio una vez deducidas las exoneradas por otras disposiciones (se infiere de esta disposición que una misma inversión puede generar un doble beneficio para la empresa si se dan las condiciones necesarias. Esta posición fue confirmada por la Dirección General de Impositiva en la consulta 2947 de 9/1/89). Y la tercera limitante son las utilidades del ejercicio ya que la norma obliga a la creación de una reserva con el monto exonerado cuyo único objeto final será la capitalización como forma de garantizar su no distribución (el órgano social competente deberá resolver su creación en el plazo de 120 días a partir del cierre del ejercicio).

Los bienes cuya adquisición dará lugar a la exoneración son los enumerados a continuación, de los cuales a su vez el decreto 840/88 en su art. 102 definió cual era el alcance:

i. Máquinas e instalaciones industriales.

La reglamentación define como máquinas industriales las utilizadas para realizar la manufactura, la extracción, la conservación, envasado y acondicionamiento de bienes. Por otra parte establece que el concepto de instalaciones industriales comprende las que sean necesarias para poder realizar un ciclo productivo, definiéndose como tal el que va desde la recepción de la materia prima o la extracción, hasta la entrega del producto manufacturado, extraído o conservado, realizado por la empresa industrial.

Por consulta 2981 de 7/8/89 evacuada por la Dirección General de Impositiva (DGI) se estableció que las máquinas viales quedan comprendidas en el concepto de máquinas industriales. Respecto a los autoelevadores la DGI respondió en la consulta 3419 de 12/5/94 que si el adquirente de un autoelevador es una empresa industrial y lo destina a alguna de las actividades establecidas podrá beneficiarse de la exoneración.

ii. Maquinarias agrícolas.
Se definió, a través de la reglamentación, como maquinaria agrícola la utilizada por los establecimientos agropecuarios para la producción de bienes primarios.

iii. Mejoras fijas en el sector agropecuario.
Comprende tajamares, represas, pozos y perforaciones, molinos de viento y tanques australianos.

iv. Vehículos utilitarios.
Se consideran tales a los chasis para camiones, camiones, tractores para remolque, remolques y zorras.

v. Bienes muebles destinados al equipamiento y reequipamiento de hoteles, moteles y paradores.

vi. Bienes de capital destinados a mejorar la prestación de servicios al turista en entretenimiento, esparcimiento, información y traslados.
El Decreto determinó como tales a la adquisición realizada por los hoteles de televisores y de ómnibus para el traslado de pasajeros.

vii. Equipos para el procesamiento electrónico de datos y para las comunicaciones.
Se excluyó de la exoneración a la programación (software).

Para acceder a estas exoneraciones se debe cumplir una serie de requisitos y respetar normas de valuación que se enumeran a continuación:

Cuando en el ejercicio en que se hayan efectuado inversiones o en los tres siguientes se vendan los bienes alcanzados por esta exoneración, deberá computarse como renta del año fiscal en que se produzca esa enajenación el monto de la exoneración efectuada por inversión, además del resultado por enajenación.

2 Cr. Raúl D´Alessandro Revista Tributaria Tomo XVI Número 88 enero – febrero 1989

El art. 104 del dec. 840/88 establece que junto con la declaración jurada en la que se liquide el impuesto se deberá detallar los bienes y las construcciones o ampliaciones que motiven la exoneración.

No se computarán como inversiones a los efectos de esta exoneración la adquisición de inmuebles ni de empresas o cuotas de participación en las mismas.

Respecto a los bienes muebles se entiende que fueron adquiridos en los siguientes casos:

- si por un contrato de compraventa o de permuta el bien fue recibido por la empresa en forma real o ficta
- si fue construido por la propia empresa
- La exoneración rige en el ejercicio en el cual la empresa adquirió el bien o finalizó la construcción del mismo. (art. 101 dec. 840/88)

Respecto a los edificios el monto exonerado es el costo de la obra de construcción o ampliación del mismo, incurrido en el ejercicio (art. 101 dec. 840/88)

El art. 103 del dec.840/88 establece que el concepto de ampliación de edificios implica mayor área construida.

El art. 105 del dec. 840/88 establece que los bienes que generan esta exoneración podrán ser nuevos o usados y su utilización podrá ser realizada por su propietario o por terceros.

2. Donaciones

El objetivo de este incentivo es el de estimular las donaciones a las escuelas públicas y otros establecimientos dedicados a la educación.

El marco normativo está dado por la Ley 16.226 de 29 de octubre de 1991 (art. 462) y leyes modificativas, las que fueron recopiladas en los arts. 46 a 51 del Título 4 del Texto Ordenado 1996.

Los arts. 46, 48 y 49 del referido Título establecen que las empresas contribuyentes del IRIC e IP gozarán de los siguientes beneficios tributarios por las donaciones que realicen para la compra de alimento, útiles, vestimenta, construcciones y reparaciones a establecimientos de Educación Primaria, Secundaria, Técnico Profesional y Formación Docente que atiendan a las poblaciones más carenciadas, establecimientos públicos dependientes de los Consejos de Educación Secundaria y Educación Técnico-Profesional, servicios que integren al Consejo de Educación Primaria, equipos técnicos universitarios interdisciplinarios que funcionen en el marco de proyectos dirigidos a mejorar la calidad educativa previamente estudiados y aprobados por las autoridades pertinentes:

El 75% de las donaciones, convertidas en unidades reajustables a la cotización de la fecha de la entrega efectiva de las mismas, se imputará como pago a cuenta del IRIC e IP.

El 25% restante podrá ser imputado como gasto de la empresa a todos los efectos fiscales.

A los efectos de obtener estos beneficios tributarios, las donaciones deberán realizarse en efectivo, debiendo depositarse el importe en una cuenta bancaria oficial de la Inspección Departamental de Educación Primaria respectiva o del Consejo de Educación Primaria. Presentando el boleto de depósito a la Inspección Departamental de Educación Primaria, ésta expedirá el recibo correspondiente, el que se podrá canjear por certificados de crédito de la DGI.

Por otra parte, el art. 47 incorpora a los beneficios antes mencionados a las empresas contribuyentes de IRIC, IRA e IP por las donaciones que realicen a la Universidad de la República. En este caso la donación deberá ser entregada a la Universidad de la República, la que deberá expedir recibos canjeables por certificados de crédito de la DGI.

El art. 50 faculta al Poder Ejecutivo a incorporar al beneficio establecido en art. 46 a las empresas contribuyentes de IRIC, IRA e IP que realicen donaciones para la construcción de locales o adquisición de útiles, instrumentos y equipos que atiendan a mejorar los servicios de las fundaciones con personalidad jurídica dedicadas a la atención de personas en el campo de la salud mental, las que deberán demostrar que han tenido una actividad mínima de cinco años ininterrumpidos al 11 de enero de 1994. A través del Decreto 299/99 de 22 de setiembre de 1999 se reglamentó esta exoneración, estableciéndose que el monto máximo de estas donaciones será de UR 2.500 por institución y por cada año civil. Las empresas entregarán su donación en efectivo al Ministerio de Economía y Finanzas, detallando la institución elegida.

3. Gastos de prevención, capacitación e investigación

El objetivo de este incentivo es el estímulo de la inversión por parte de las empresas en la capacitación de su personal.

El marco normativo es el art. 13 ltral. p del Título 4 del Texto Ordenado 1996 y los arts. 41 a 51 del Decreto 840/88.

El beneficio consiste en que los gastos destinados a capacitar el personal en áreas consideradas prioritarias en cursos de perfeccionamiento técnico, gerencial o de dirección podrán computarse entre una vez y media y dos veces su costo a los efectos de su deducción de la renta bruta para el cálculo del IRIC.

Por otra parte los gastos y remuneraciones que se realicen para mejorar las condiciones y medio ambiente de trabajo a través de la prevención podrán computarse dos veces su costo a los efectos del IRIC y del IRA.

Como primer elemento hay que tener en cuenta que debe tratarse de gastos necesarios para obtener la renta y conservarla, deben estar debidamente documentados y deben corresponder al ejercicio económico.

La reglamentación establece además una serie de requisitos para poder computar los gastos de capacitación a los efectos de la liquidación del IRIC por una vez y media su monto real, y que son los siguientes:

Los cursos deben ser afines a los intereses de la empresa, deberán ser dictados por instituciones públicas o privadas con personería jurídica cuya capacidad profesional en educación empresarial sea reconocida en plaza, y deberán ser cursos orientados a la tarea que el dependiente realice o vaya a realizar en la empresa (no se consideran dependientes los directores de sociedades anónimas a estos efectos).

Debe tratarse de dependientes regulares de la empresa, con responsabilidades debidamente asignadas.

El beneficio solo abarca el costo de la matrícula y precio del curso

Se excluye del beneficio la realización de carreras como maestrías, licenciaturas, doctorados o similares.

Se limita a los gastos correspondientes a un curso por dependiente y por año (a no ser que se trate de un programa publicado por la Institución Educacional que los brinde y que forme parte de un plan de perfeccionamiento en el tema de que se trate).

Los gastos por cursos que se realicen en el exterior sólo gozarán de este beneficio si además de cumplir con el resto de los requisitos la institución que los brinda está habilitada en su país para expedir el título, los cursos no están disponibles localmente y representan una transferencia de conocimiento para el mejor desarrollo de la empresa.

El art. 49 del Decreto 840/88 dice así: "En los proyectos de inversión que se declaren de Interés Nacional podrá disponerse que los gastos en que se incurran en programas seleccionados de investigación tecnológica aplicada orientados a la capacitación de técnicos y obreros se computen a los solos efectos de impuestos por el doble de su monto real."

B) Impuesto al Patrimonio (IP)

Referente al IP podemos enumerar los siguientes incentivos de carácter general:

1. Fondos de ahorro previsional

La Ley 16.713 de 3 de setiembre de 1995 en su art. 131 establece que los fondos acumulados en las cuentas individuales de ahorro, administrados por las sociedades Administradoras de Fondos de Inversión (AFAP), no se computarán a efectos de la liquidación del IP.

2. Valores públicos

A los efectos del cálculo del monto imponible del IP no se computarán en el activo:[3]

títulos de Deuda Pública, Nacional o Municipal
valores emitidos por el Banco Hipotecario del Uruguay
valores emitidos por el Banco Central del Uruguay
Bonos y Letras de Tesorería
Acciones de la Corporación Nacional para el Desarrollo

3. Inversiones en otras empresas

Tampoco se computan en el activo, para la determinación del monto imponible del IP las participaciones en el patrimonio de los siguientes sujetos pasivos:

sociedades con o sin personalidad jurídica, que sean sujetos pasivos del IRIC
los titulares de empresas unipersonales sujetos pasivos del IRIC
los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados que integran el dominio industrial y comercial del Estado sujetos pasivos del IRIC
los titulares de explotaciones agropecuarias, siempre que el patrimonio afectado a dichas explotaciones exceda el 50% del monto mínimo no imposible correspondiente a personas físicas y sucesiones indivisas.

3 Título 14 Texto Ordenado 1996, art.22

Con esta norma se busca no duplicar el pago del IP, el que se liquidará en cabeza de la sociedad en la que se invierte.

C) Impuesto al Valor Agregado e Impuesto Específico Interno

Los incentivos de carácter general sobre IVA e IMESI son los siguientes:

1. Devolución de impuestos indirectos

Las exportaciones de bienes y servicios se encuentran excluidas de la aplicación del IVA. Si bien el art. 5 del Título 10 del Texto Ordenado 1996 establece el criterio de fuente nacional para la aplicación del IVA, con lo que no comprendería las exportaciones, las excluye expresamente, estableciendo que el Poder Ejecutivo determinará cuales son las operaciones que quedan comprendidas en el concepto de exportación de servicios.

Esto último se debe a que es suficientemente clara la conceptualización de exportación de bienes, al contrario de la de exportación de servicios. La legislación establece que están gravadas las prestaciones de servicios realizadas en el territorio nacional, faltando definir donde se considerarán realizadas. Se manejan en la Doctrina distintas alternativas: el lugar de utilización del servicio, el lugar de establecimiento del beneficiario del servicio, el lugar de ejecución del servicio o el del establecimiento de quien presta el servicio. La posición de la DGI en diferentes dictámenes ha sido que el servicio se considera realizado en el lugar donde el mismo es prestado, por lo que para que se trate de una exportación de servicio el mismo debe ser prestado en el territorio nacional y aprovechado económicamente en el exterior.

El Decreto 220/98 de 12 de agosto de 1998 en su art. 34 nomina como operaciones comprendidas en el concepto de exportación de servicios a las siguientes:

a) fletes para el transporte de bienes al exterior de la República, y a los recintos aduaneros, recintos aduaneros portuarios y zonas francas, y los servicios de transporte prestados en territorio aduanero nacional en relación a mercaderías manifestadas en tránsito aduanero.

Como vemos, la norma no establece el tramo del flete al exterior del territorio nacional que se considera exportación. En consulta 3722 de 6 de agosto de 1999 la DGI entendió, cambiando el criterio que surgía de consultas anteriores, que solamente el tramo recorrido dentro del territorio nacional constituye exportación, siendo el resto del flete un servicio prestado en el exterior. Se establecen los siguientes criterios para determinar el tramo recorrido en Uruguay:

para fletes aéreos el 3% del total
para fletes terrestres el tramo desde el punto de partida hasta la frontera
para fletes marítimos el recorrido realizado dentro de las aguas jurisdiccionales uruguayas

Por otra parte el art. 242 de la Ley 16.462 de 11 de enero de 1994 estableció que se entiende exportación de servicios (sin perjuicio de la facultad del Poder Ejecutivo de determinar cuales son tales operaciones) los fletes internacionales para el transporte de bienes que circulan en tránsito en el territorio nacional.

b) servicios prestados por las empresas de reparaciones o de construcciones navales y aéreas, correspondientes a su actividad de construcción, reparación, conservación y conversión de naves de desplazamiento superior a una tonelada, cualquiera sea su nacionalidad, incluyendo también los materiales utilizados.

En este punto se incluye dentro del concepto exportación de servicios a una circulación de bienes (los materiales utilizados), lo que excedería las potestades del Poder Ejecutivo.

c) actividades de limpieza, mantenimiento o aprovisionamiento de naves.

En este punto se incluye, igual que en el anterior circulación de bienes.

d) arrendamientos de servicios industriales prestados en territorio aduanero nacional, siempre que cumplan determinadas condiciones, en especial que dichos servicios se realicen sobre bienes consignados desde fuera del territorio aduanero nacional, en régimen de admisión temporaria.
e) servicios prestados por los concesionarios de obra pública, siempre que el Poder Ejecutivo haya exonerado del IVA a tales servicios
f) servicios de seguros y reaseguros que cubran riesgos sobre:
   naves o aeronaves
   mercaderías transportadas del territorio extranjero a territorio aduanero nacional o a los exclaves o a Zonas Francas
   mercaderías transportadas del territorio aduanero nacional o desde los exclaves o desde Zonas Francas a territorio extranjero
   mercaderías transportadas del extranjero al extranjero, transiten o no por territorio nacional
   riesgos operativos de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande

g) servicios no incluidos en los numerales anteriores, prestados exclusivamente en las siguientes áreas y siempre que los mismos deban prestarse necesariamente en las mismas:
   recintos aduaneros y depósitos aduaneros
   recintos aduaneros portuarios
   Zonas Francas

Por otra parte el Decreto 389/000 de 28 de diciembre de 2000 incluyó a los siguientes servicios en la nómina de exportaciones, siempre que los mismos sean prestados a personas del exterior y aprovechados exclusivamente en el exterior:

h) servicios de asesoramiento prestados en relación a actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente fuera de la República
i) servicios prestados para el diseño, desarrollo o implementación de soportes lógicos específicos, entendiéndose por tales aquellos que se produzcan previa orden del usuario
j) licencia del uso de soportes lógicos por un período o perpetuidad
k) cesión total de los derechos de uso y explotación de soportes lógicos
l) los servicios prestados por los Centros Internacionales de Llamadas, siempre que la actividad principal tengo como destino el exterior y por la parte referida a la misma.

La no gravabilidad de las exportaciones se trata de un beneficio económicamente efectivo ya que se podrá deducir el IVA correspondiente a los bienes y servicios que integran directa o indirectamente el costo del producto exportado.

Los exportadores y asimilados tendrán derecho a solicitar certificados de crédito endosables con destinatario (tipo B) por el crédito originado por el IVA incluido en las adquisiciones de insumos asociados en forma directa o indirecta a los bienes exportados. El endoso puede ser exclusivamente a favor de los proveedores que suministraron los insumos, los cuales podrán utilizarlo para el pago de sus propias obligaciones. El monto del certificado no puede ser superior al importe del IVA que adeude el exportador al proveedor.

También es posible solicitar certificados no endosables (tipo A) para cancelar las propias obligaciones tributarias del exportador.

Se logra de esta manera que el producto exportado salga del país libre de carga impositiva.

2. Exoneración del IMESI en la exportación

El art.6 del Título 11 del Texto Ordenado 1996 establece que las exportaciones estarán exoneradas del IMESI.

Asimismo estarán exoneradas las enajenaciones a proveedores marítimos en cuanto se demuestre el efectivo aprovisionamiento de naves.

3. Ventas en Departamentos de Frontera

Se establecen tasas diferenciales del IMESI para las bebidas sin alcohol elaboradas con un 10% como mínimo de jugo de frutas uruguayas que se reducirá el 5% cuando se trate de limón, aguas minerales, sodas y otras bebidas sin alcohol, cuando la enajenación de los mismos sea realizada en los Departamentos de Artigas, Rivera, Cerro Largo y Rocha (llamada zona I) y en los Departamentos de Salto, Paysandú, Treinta y Tres y Tacuarembó (llamada zona II).

La normativa exige que los bienes objeto de esta reducción de tasas solo podrán ser comercializados en el Departamento en el que se realice su primera enajenación.

Los bienes cuya comercialización se realice en la zona I tributarán IMESI a la tasa del 0,1% y en la zona II la alícuota será del 15%.

Dichos bienes deberán ser identificados una vez producida la primera enajenación de la siguiente manera:

a) en zona I con la letra F
b) en zona II con la letra P

D) Contribuciones Especiales a la Seguridad Social (CESS)

1. Contratación de jóvenes

Con la Ley 16.873 de 16 de octubre de 1997 y el decreto reglamentario 318/98 de 4 de noviembre de 1198 se otorgan beneficios a las empresas que incorporen jóvenes a su personal. Este régimen tiene como objetivo facilitar la inserción de los jóvenes al mercado laboral, incentivando con beneficios tributarios y en materia de derecho laboral a las empresas que los contraten.

A continuación se analizarán las diferentes modalidades previstas de contratación de servicios, los requisitos que se deben cumplir así como los beneficios que se obtienen.

a) Modalidades.

Hay cuatro formas contractuales previstas por la ley para el ingreso de jóvenes a la empresa, las que analizaremos a continuación. Cada una de las modalidades está prevista para diferentes grados de preparación técnica, y si bien en todos los casos la finalidad es el inicio del joven en el mercado laboral, cada una tiene un objetivo formativo diferente.

En todas las modalidades se exige un contrato de trabajo por escrito el que deberá registrarse ante la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Esto constituye una excepción dentro del régimen general de contratación laboral. Se exige también en todas las modalidades que el empleador brinde un puesto y una práctica acorde a la preparación del joven y a la finalidad de cada contrato. Otro carácter común es, que el empleador deberá expedir una constancia explicitando la experiencia adquirida, asistencia, comportamiento y adaptación al trabajo.

i. Contrato de práctica laboral para egresados
Duración del contrato: de 3 a 12 meses
Edades: hasta 29 años
Beneficiarios: egresados de universidades, centros públicos o privados habilitados de formación docente, de enseñanza técnica, comercial, agraria o de servicios, en busca de su primer empleo vinculado con la titularidad que posean
Relación estudio - puesto de trabajo: deben ser adecuados al nivel de formación y estudios cursados por el joven
Instituciones habilitadas: no participan
Habilitación de: contrato directo empresa - practicante
Relación contractual central: empresa – practicante
Empresas habilitadas: privadas
Objetivo: realizar trabajos prácticos complementarios y aplicar los conocimientos teóricos

ii. Becas de trabajo
Duración: hasta 9 meses
Edades: entre 15 y 24 años
Beneficiarios: jóvenes pertenecientes a sectores de bajos ingresos, buscando su primer empleo formal
Relación estudio - puesto de trabajo: no requiere formación previa alguna
Instituciones habilitadas: INAME, INJU, ANEP podrán acordar con organismos públicos estatales o no estatales
Habilitación de : INAME, INJU, ANEP
Relación contractual central: Institución habilitada o empresa - becario
Empresas habilitadas: Públicas estatales o no y privadas
Objetivo: vincularse a un medio laboral y realizar una adecuada primera experiencia laboral

iii. Contrato de aprendizaje
Duración: máximo 24 meses
Edades: hasta 29 años
Beneficiarios: sin especificaciones
Relación estudio - puesto de trabajo: programa establecido por un instituto de formación técnico - profesional
Instituciones habilitadas: Institución de formación técnico – profesional, públicas o privadas habilitadas
Habilitación de : Junta Nacional de Empleo
Relación contractual central: Instituto educativo – empresa - aprendiz
Empresas habilitadas: privadas
Objetivo: aprendizaje de un oficio calificado o profesión

iv. Contrato de aprendizaje simple
Duración: entre 4 y 6 meses
Edades: hasta 25 años
Beneficiarios: sin especificaciones
Relación estudio - puesto de trabajo: se canaliza a través del instructor
Instituciones habilitadas: no participan

Habilitación de : contrato directo empresa - aprendiz
Relación contractual central: empresa - aprendiz
Empresas habilitadas: privadas
Objetivo: capacitación en forma metódica sobre conocimientos prácticos necesarios para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo calificado

b) Requisitos

Los requisitos que deben cumplir las empresas para acceder a esta exoneración son:

Estar en situación regular de pagos con las contribuciones especiales de seguridad social. Para acreditar dicha situación se deberá contar con el certificado único vigente.

No haber despedido ni enviado al subsidio por desempleo a personal dependiente que realice iguales o similares tareas a las que el joven que se va a contratar vaya a realizar en los sesenta días anteriores a la contratación ni durante la misma

Tener más de un año de actividad en el país, salvo autorización expresa

Que el total de las contrataciones que prevé esta ley no supere el 20% del total de trabajadores de la empresa.

Inscripción del contrato en Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

c) Beneficios

i. Beneficios para las empresas

- Aportes patronales

Las empresas que contraten en cumplimiento de lo establecido por la ley, estarán exoneradas de los aportes patronales con destino al régimen jubilatorio y los aportes patronales con destino al seguro social por enfermedad. Para la industria y comercio y el servicio doméstico las tasas son del 12,5% y 5 % respectivamente. El complemento de cuota mutual, por tratarse de un aporte patronal con destino al seguro social por enfermedad se encuentra también exonerado.

Si el empleador rescinde unilateralmente el contrato antes del vencimiento del plazo, siempre que no sea dentro del período de prueba dispuesto, deberá reintegrar al BPS los aportes mencionados anteriormente por el período en que existió relación laboral.

- Indemnización por despido

Cuando la relación laboral finalice por le expiración del plazo contractual establecido, el empleador no estará obligado al pago de la indemnización por despido. Se recoge aquí un principio general en materia de derecho laboral para los contratos con plazo, por lo que no se trata de ningún beneficio especial.

ii. Beneficios para los jóvenes

Además del beneficio base que es el establecimiento de un régimen flexible para la contratación de personal joven que desea ingresar al mercado laboral brindándole la posibilidad de desempeñarse en tareas para las cuales fueron preparados, se prevé que en todos los casos los contratos serán remunerados, con una remuneración no inferior al mínimo salarial de la categoría correspondiente en la empresa, aplicándose los mismos criterios de incrementos que el resto del personal.

Los jóvenes contratados gozan durante el período de vigencia del contrato de todos los derechos y beneficios que surgen de las normas laborales y de las prestaciones de seguridad social, excepto el subsidio por desempleo.

Si finalizado el plazo del contrato el joven continúa desempeñando tareas se considerará una contratación definitiva, por lo que pasará a regirse por toda la normativa laboral y previsional vigente.

2. Partidas exentas

Con las exoneraciones que analizaremos a continuación, se trata de mejorar la calidad de vida de los trabajadores, siendo por otra parte una herramienta para disminuir costos en la empresa.

El art. 167 de la Ley 16.713 de 3 de setiembre de 1995 estableció que las siguientes partidas no constituyen materia gravada ni asignación computable con un tope del 20% de la retribución que el trabajador reciba en efectivo por conceptos que constituyan materia gravada:

a) La alimentación de los trabajadores en los días trabajados, ya sea que se provea en especie o que su pago efectivo lo asuma el empleador.

El decreto reglamentario 113/96 de 27 de marzo de 1996 en su art. 8 en relación a la provisión de la alimentación fija que "... el empleador contra recibo del trabajador, podrá suministrarla en especie o asumir

su pago mediante la entrega de órdenes de compra personalizadas emitidas por él o por terceros, destinadas a la alimentación del trabajador en los días efectivamente trabajados."

De lo expuesto surge que la prestación para estar exenta debe ser recibida solo por el trabajador (contra recibo) y que debe estar necesariamente relacionada con los días efectivamente trabajados (no puede ser una partida fija).

El Directorio del Banco de Previsión Social por R.D. No, 13-32/97 fijó pautas en cuanto a las órdenes de compra: "... deben ser para alimentos preparados o los elementos primarios necesarios para su elaboración.." También estableció que las empresas contribuyentes serán directamente responsables del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios.

b) El pago total o parcial, de las siguientes prestaciones, debiendo estar debidamente documentadas:
Cobertura médica u odontológica, ya sea:
asistencial o preventiva
integral o complementaria

Y deberán ser otorgadas al trabajador, su cónyuge, sus padres (que estén a cargo), hijos menores de 18 años o mayores de 18 y menores de 25 si se encuentran cursando estudios terciarios e hijos incapaces (sin límite de edad).

c) El costo de seguros de vida y de accidente personal del trabajador cuyo pago se haya asumido total o parcialmente por el empleador.

En caso de que el monto de estas partidas supere el tope del 20% antes mencionado el excedente estará gravado por las contribuciones especiales de seguridad social que correspondan.

Para el cálculo del tope de exoneración " ... se tomará en cuenta la retribución nominal del trabajador, no considerándose aquellas que se perciban en especie o cuyo pago lo asume el empleador, y las que percibidas en efectivo no constituyen materia gravada."[4]

Por último, cabe destacar que la provisión de ropa de trabajo y de herramientas necesarias para realizar la tarea asignada al trabajador no constituye materia gravada ni asignación computable, no existiendo en este beneficio tope alguno.

3. Otras partidas exentas

a) Salario vacacional

El salario vacacional o suma para el mejor goce de la licencia está exento de todo gravamen fiscal o social.[5]

La ley 16.101 de 10 de noviembre de 1989 fija el salario vacacional en el monto equivalente al 100% del jornal líquido de vacaciones.

Las sumas complementarias para el mejor goce de la licencia no están gravadas por las contribuciones especiales de seguridad social siempre que se cumpla con los dos requisitos siguientes:

- que no excedan del 100% del monto legal a percibir por el trabajador
- que se abonen en forma simultánea con el pago del salario vacacional.[6] Es decir que se deben abonar al inicio de la licencia y en caso de fraccionamiento en proporción a los días de licencia de cada período.

b) Viáticos indemnizatorios

El art. 157 de la Ley 16.713 exceptúa de aportación aquellas sumas destinadas a locomoción, alimentación y alojamiento, ocasionadas en el cumplimiento de tareas encomendadas por las empresas, cuando están sujetas a rendición de cuentas y escrituración contable, o se pruebe fehacientemente e inequívocamente su calidad indemnizatoria a juicio de la Administración.

c) Gratificaciones

El art. 158 de la Ley 16.713 incluye como partidas no gravadas a:

las gratificaciones que la empresa otorgue a sus trabajadores en forma discrecional o con motivo no vinculado a la prestación de servicios propia de la relación de trabajo

las gratificaciones no regulares ni permanentes de conformidad con la presunción establecida por el art. 4 del Decreto 113/96 de 27 de marzo de 1996 y por el art. 27 del Decreto 526/96 de 31 de diciembre de 1996. Se presume que un ingreso es regular y permanente cuando es percibido en no menos de tres oportunidades a intervalos de similar duración, cualquiera sea la causa de la prestación.

d) Complementos de subsidios por inactividad compensada

4 Art.9 Dec.113/96 de 27 de marzo de 1996
5 Art.27 Ley 12.590 de 23 de diciembre de 1958 y art.4 del Decreto 615/89 de 22 de diciembre de 1989
6 Art.11 Decreto 113/96 de 27 de marzo de 1996

El art. 160 de la Ley 16.713 establece que los complementos que las empresas otorguen a los subsidios por inactividad compensada no constituyen materia gravada, siempre que no excedan la remuneración nominal habitual del trabajador. Si se excede dicho tope el exceso quedará gravado.

III. INCENTIVOS ESPECÍFICOS

A) Sector Industrial

1. Ley de inversiones No. 16.906

La ley 16.906 de 7 de enero de 1998 declara de interés nacional la promoción y protección de las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros en el territorio nacional.

Esta ley vino a cumplir con dos objetivos fundamentales:

- Hasta la promulgación de la misma existía una dispersión de la legislación nacional en materia de estímulos a las inversiones que originaba dificultades al inversor potencial, ya que se hacía necesario recopilar, interpretar y armonizar diversas normas.[7]

La ley 16.906 crea un marco jurídico que recopila todo lo previsto en materia de regímenes aplicables a las inversiones en un solo texto.

Se consagran una serie de estímulos a la inversión, de carácter tributarios y no tributarios.

Se establecen en la ley importantes principios y garantías como son la admisión de determinadas inversiones sin necesidad de autorización previa o registro, el otorgamiento de un tratamiento justo a las inversiones comprometiéndose el Estado a no perjudicarlas con medidas injustificadas o discriminatorias, y la garantía del Estado de permitir la libre transferencia al exterior de capitales, utilidades u otras sumas vinculadas con la inversión en moneda de libre convertibilidad, así como la garantía del Estado de asegurar a los inversores amparados en los regímenes establecidos en esta ley y por los plazos establecidos en cada caso las exoneraciones tributarias, beneficios y derechos que la ley le otorgue.

La ley consagra tres grupos de beneficios tributarios con diferente alcance:

a) Beneficios tributarios automáticos (arts. 6 a 8)

Estos beneficios fueron reglamentados por el Decreto 59/98 en sus artículos 1 a 6.

Son beneficiarios los contribuyentes del IRIC, IRA e IMEBA, que realicen actividades industriales (manufactureras y extractivas) o agropecuarias (destinadas a obtener productos primarios, vegetales o animales tales como cría o engorde de ganado, producción de lanas, cueros, leche, avicultura, cunicultura, producción agrícola, frutícola, hortícola y floricultura). Los beneficios que analizaremos a continuación operan en forma general y automática para todos los sujetos mencionados.

Se define como inversión la adquisición de los bienes que se enumerarán a continuación destinados a integrar el activo fijo o el activo intangible, entendiéndose que un bien mueble ha sido adquirido cuando es recibido en forma real o ficta como consecuencia de un contrato de compraventa o de permuta, o cuando ha sido construido por la propia empresa:

i. Bienes muebles destinados directamente al ciclo productivo, que incluye:
   - i.i. Máquinas industriales, que comprende las utilizadas para realizar la manufactura, la extracción, la conservación, envasado y acondicionamiento de bienes.
   - i.ii. Instalaciones industriales que sean necesarias para poder realizar un ciclo productivo, que incluirá desde la recepción de la materia prima o la extracción, hasta la entrega del producto manufacturado, extraído o conservado, realizada por la empresa industrial.
   - i.iii. Maquinaria agrícola, entendiéndose por tal la utilizada por los establecimientos agropecuarios para la producción de bienes primarios.
   - i.iv. Vehículos utilitarios, que incluye los chasis para camiones, camiones, tractores para remolque, remolques y zorras.

Es de destacar, como señala el Dr. Alberto Varela, que respecto a estos bienes ya existía al momento de la ley normativa otorgando beneficios fiscales a los mismos, y es la exoneración por inversiones (que ya fue analizada en este trabajo). [8]

7 Cr.Carlos Alberto Borba, Boletín No.200 Tea Deloitte & Touche

8 Dr.Alberto Varela, Revista Tributaria No.145 Tomo XXV, julio – agosto 1998 pag.508

ii. Equipos para el procesamiento electrónico de datos, que comprenden los bienes muebles necesarios para su funcionamiento integral y se excluye la programación (software).

Esta definición concuerda con la manejada en la exoneración por inversiones.

Los beneficios fiscales que se otorgan son los siguientes:

- Exoneración del IP de los bienes mencionados anteriormente a partir de la vigencia de la ley en análisis. Estos bienes se consideran gravados a los efectos de la deducción de pasivos.

No rige la exoneración cuando los bienes mencionados deban valuarse en forma ficta.

- Exoneración del IVA y del IMESI correspondientes a la importación de dichos bienes y devolución del IVA incluido en las adquisiciones en plaza de los mismos. La exoneración se hará efectiva mediante un certificado de exoneración que expedirá la DGI y la devolución del IVA incluido en las adquisiciones en plaza mediante el mismo sistema que rige para los exportadores. Cuando se trate de máquinas industriales o instalaciones industriales los interesados deberán obtener para solicitar el mencionado certificado o para solicitar la devolución del IVA una constancia del Ministerio de Industria, Energía y Minería que deberá estar conformada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

b) Beneficios tributarios no automáticos (arts.9 y 10)

El otorgamiento de estos beneficios depende del Poder Ejecutivo.

Alcanzan igualmente a los sujetos pasivos del IRIC, IRA e IMEBA que desarrollen actividades industriales o agropecuarias.

Los beneficios tributarios que se otorgan son los siguientes:

Exoneración del IP de los bienes mencionados a continuación los que se computarán como gravados a los efectos de la deducción de pasivos:

i. Mejoras fijas afectadas a las actividades industriales
ii. Bienes inmateriales tales como marcas, patentes, modelos industriales, privilegios, derechos de autor, valores llaves, nombres comerciales y concesiones otorgadas para la prospección, cultivos, extracción o explotación de recursos naturales.
iii. Otros bienes, procedimientos, invenciones o creaciones que incorporen innovación tecnológica y supongan transferencia de tecnología a criterio del Poder Ejecutivo.

El establecimiento a los efectos del IRIC, IRA e IP de un régimen de depreciación acelerada que abarca a los bienes mencionados anteriormente (I a III) y los bienes mencionados en los beneficios tributarios automáticos (punto a) ref. I a II).

El Decreto 277/98 de 5 de octubre de 1998 reglamentó este régimen estableciendo que los sujetos comprendidos podían optar por el régimen de amortización acelerada a los efectos de la liquidación del IRIC e IRA.

Están alcanzadas las inversiones realizadas en:

* bienes muebles destinados al ciclo productivo y
* equipos para el procesamiento electrónico de datos

que se incorporaran entre el 1º de octubre de 1998 y el 31 de diciembre de 2000 y aplicándose el alcance de los términos definido por el decreto 59/98.

El plazo de amortización podía ser de dos o tres años a opción del contribuyente, el que podía ser variado solamente con autorización expresa de la DGI y siempre que se respetaran los plazos antes mencionados.

El Decreto 395/000 de 8 de enero de 2001 amplió el plazo de aplicación de la amortización acelerada por el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2002. Asimismo modificó el plazo de amortización, que será de dos a cuatro años, manteniendo el resto de las condiciones establecidas en el Decreto 277/98.

Corresponde precisar que si bien existe la facultad para aplicar el régimen de amortización acelerada para las cinco clases de bienes mencionados anteriormente, el Poder Ejecutivo, en ambos decretos otorgó el beneficio solo para los bienes muebles destinados al ciclo productivo y a los equipos para el procesamiento electrónico de datos. Por otra parte, sólo se aplica este régimen a los efectos de la liquidación del IRIC y del IRA según lo establecieron ambos decretos, quedando excluido el IP.

Disminución hasta 3 puntos de la alícuota de aportes patronales a la seguridad social

El Poder Ejecutivo no hizo uso de esta facultad.

Corresponde aclarar que la Ley 16.697 de 25 de abril de 1995 había facultado al Poder Ejecutivo a reducir en seis puntos porcentuales las tasas de aportes patronales a la seguridad social de la industria manufacturera. El Poder Ejecutivo hizo uso de esa facultad a través de los decretos 187/95 y 454/95 disminuyendo la tasa de aportación en un 6%. La Ley 17.243 derogó el art. 25 de la ley 16.697 pero igualmente dejó la tasa de aportación en 6,5% por lo que a la fecha actual no tuvo efecto modificativo, pero si lo podría tenerlo en el futuro si se cambiara la tasa de aportes patronales a la seguridad social (hoy en 12,5%).

c) Beneficios tributarios respecto a inversiones específicas de actividades y empresas promovidas (arts. 11 a 17)

A diferencia de los beneficios analizados anteriormente, sólo podrán acceder a este régimen empresas cuyos proyectos de inversión sean declarados promovidos por el Poder Ejecutivo, pudiendo ser la empresa de cualquier rama de actividad: industrial, agropecuaria, comercial y de servicios.

Por otra parte la declaratoria promocional podrá abarcar una actividad sectorial específica (conjunto de emprendimientos conducentes a producir, comercializar o prestar, determinados bienes o servicios).

El Decreto 84/99 de 24 de marzo de 1999 declaró de Interés Nacional la actividad de producción del sector software, en condiciones de competencia internacional. Para acceder a los beneficios de la ley, las empresas dedicadas a esta actividad debían presentar ante la Comisión de Aplicación un proyecto de inversión que resultara viable técnica, comercial, financiera y económicamente. El 28 de diciembre de 2000 el Poder Ejecutivo emitió el Decreto 387/00 sustituyendo artículos del Decreto 84/99, y exonerando del IRIC a las rentas derivadas de la actividad de producción de soportes lógicos por los ejercicios finalizados a partir del 1º de enero de 2001 y hasta el 31 de diciembre de 2004. Para acceder a esta exoneración la empresa deberá presentar declaración jurada con descripción de la actividad a desarrollar ante la Comisión de Aplicación al solo efecto de su registro. Por otra parte se establece que en el caso que el producto de la actividad exonerada no forme parte del costo de los bienes o servicios comercializados por el adquirente de los mismos, a los efectos de la liquidación del IRIC deberá aplicarse el tope determinado en el art. 15 del Título 4 del Texto Ordenado 1996 (tope de honorarios profesionales, 2% de los ingresos brutos).

A los efectos de otorgar estos beneficios a inversiones específicas se tendrá especialmente en cuenta las inversiones que:

i. incorporen progreso técnico que permita mejorar la competitividad
ii. faciliten el aumento y la diversificación de las exportaciones, especialmente aquellas que incorporen mayor valor agregado nacional
iii. generen empleo productivo directa o indirectamente
iv. faciliten la integración productiva, incorporando valor agregado nacional en los distintos eslabones de la cadena productiva
v. fomenten las actividades de las micro, las pequeñas y medianas empresas por su capacidad efectiva de innovación tecnológica y de generación de empleo productivo
vi. contribuyan a la descentralización geográfica y se orienten a actividades industriales, agroindustriales y de servicios, con una utilización significativa de mano de obra e insumos locales.

Para el establecimiento de las franquicias el Poder Ejecutivo actuará asesorado por una Comisión de Aplicación, integrada por representantes de varios Ministerios así como de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Comisión de Descentralización. Los procedimientos para la declaración promocional fueron reglamentados a través del Dec. 92/98, donde a su vez se establece que a los efectos de la declaratoria promocional serán consideradas la inversiones enumeradas anteriormente en punto a) ref. I a II y en el punto b) ref. I a III.

La Ley 16.906 no contiene beneficios adicionales a los antes previstos para inversiones declaradas promovidas, siendo aplicables las mismas facultades que en materia de beneficios el Decreto – Ley 14.178 le había otorgado al Poder Ejecutivo (por lo tanto, incluso la canalización externa), pero limita las facultades en cuanto al otorgamiento de exoneraciones arancelarias que contravengan los compromisos asumidos por el país en los acuerdos del MERCOSUR. (ver Ley de Promoción Industrial No. 14.178).

El Poder Ejecutivo fijará el monto del beneficio y el plazo en el que se otorga.

Si el Poder Ejecutivo otorgara exoneraciones del IP, los bienes objeto de la exoneración se considerarán gravados a los efectos del cálculo del pasivo computable.

Se prevén dos situaciones especialmente beneficiadas, en las que se discrimina por localización y monto:

i. Para los proyectos o actividades declaradas promovidas en virtud de la importancia de su aporte al proceso de descentralización geográfica de la actividad económica se le otorgará beneficios superiores en plazo o cuantía a los otorgados a proyectos equivalentes o actividades similares del departamento de Montevideo
ii. Se podrá otorgar beneficios especiales a las inversiones que cumplan con los requisitos para otorgar estas franquicias y que alcancen un monto de $ 500.000.000 (cifra establecida en la ley que se actualizará anualmente en base a la variación del Indice de Precios al Consumo) en el plazo del plan de inversión.

Analizaremos a continuación otros tipos de regímenes y beneficios previstos en la ley.

* El art. 18 establece un régimen de especialización productiva a efectos de facilitar la reconversión de las empresas en el marco del proceso de integración regional, creándose un régimen de aceleración de la

adecuación. Este régimen trata de alentar a las empresas a especializarse en aquello en que son competitivas, con el fin de posicionarse en el mercado interno y en el externo.[9]

Según este régimen las empresas podrán importar exoneradas del IMADUNI y de recargos aquellos bienes que tengan por origen Estados miembros del MERCOSUR, de la misma naturaleza y con el mismo destino económico que aquellos cuya producción discontinúan o reducen, estando esta exoneración sujeta al cumplimiento de un programa de exportación.

Este régimen fue reglamentado en el capítulo II del Decreto 92/98, estableciéndose que podrán acceder al mismo las empresas que presenten programas de reconversión que sean calificados por la Comisión de Aplicación y que se encuentren en situación regular de pagos de los tributos nacionales.

El programa de reconversión estará orientado a adecuar la situación de la empresa a la nueva situación creada por los acuerdos del MERCOSUR, y que a su vez deberá contemplar la especialización de la producción para atender la demanda del mercado ampliado. Por otra parte deberá incluir el compromiso de aumentar las exportaciones y de discontinuar total o parcialmente la producción de otros bienes. El beneficio consiste en la desgravación arancelaria de las importaciones incrementales de los bienes cuya producción se discontinúa y que sean originarios de los Estados partes del MERCOSUR. El monto de las importaciones a obtener el beneficio no podrá ser superior a la menor de estas dos cantidades: el incremento de exportaciones alcanzado y el monto de la reducción de la producción del bien en cuestión. En definitiva, la plena utilización del beneficio consiste en mantener cierta relación entre exportaciones y ventas locales, ya que si las exportaciones son pocas el beneficio es reducido y si se exporta mucho el beneficio se desaprovecha.

* Los arts. 20 a 23 de la ley 16.906 sustituyen artículos de la ley 16.072 de 9 de octubre de 1989 que aprobó el contrato de crédito de uso (leasing), siendo de aplicación estas normas para los contratos que se celebren a partir de vigencia de la ley 16.906. Solo los arts.20 y 21 se refieren a beneficios fiscales.

La ley 16.205 (que modificó entre otros el art. 1 de la ley 16.072) define al contrato de uso como el contrato de crédito por el cual una Institución Financiera se obliga frente al usuario a permitirle la utilización de un bien por un plazo determinado y el usuario se obliga a pagar por esa utilización un precio en dinero abonable periódicamente.

En la ley 16.906 se exonera del IVA las contraprestaciones resultantes de contratos de crédito de uso que cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

i. que el contrato tenga un plazo no menor a tres años
ii. que los bienes objeto del contrato no sean vehículos no utilitarios, ni bienes muebles destinados a la casa – habitación

El Dec. 59/98 en su art. 7 definió los vehículos que no son utilitarios:

automóviles de pasajeros
motocicletas, motonetas, triciclos motorizados y vehículos similares
vehículos marítimos y aéreos utilizados con fines deportivos
vehículos marítimos con desplazamiento igual o menor a una tonelada
vehículos con tracción en las cuatro ruedas cuyo peso sea inferior a 2000 kg.

iii. que el usuario sea sujeto pasivo del IRIC, IRA o IMEBA

Asimismo se estableció que en caso de no cumplir alguna de estas condiciones el IVA se aplicará sobre la amortización financiera, a no ser que el bien objeto del leasing se encuentre exonerado por otras disposiciones. En el caso de no cumplir algunas de las dos primeras condiciones, pero de tratarse de un sujeto pasivo del IRIC, IRA o IMEBA las diferencia entre las prestaciones pactadas y la amortización financiera de la colocación y los reajustes de precio estarán exentos del IVA.

Por otra parte se le otorga a las instituciones acreditantes un crédito por el IVA incluido en las adquisiciones de los bienes que sean objeto de contratos de crédito de uso, siempre que se cumplan con las tres condiciones detalladas anteriormente. El art.8 del Dec. 59/98 estableció que esta devolución se realizará a través de certificados de crédito, con valor cancelatorio al primer día del mes siguiente al del contrato de crédito de uso. El certificado será emitido a favor de la institución acreditante quien podrá solicitar su endoso al proveedor del bien objeto del contrato.

En caso de realizarse cancelaciones anticipadas que reduzcan el plazo a menos de tres años, deberá liquidarse el IVA correspondiente más el recargo mensual indemnizatorio establecido en el art. 94 del Código Tributario.

9 Dr.Alberto Varela, Revista Tributaria No 143 Tomo XXV, marzo - abril 1998, pag.264

Cabe recordar que el art. 48 de la Ley 16.072 exonera del IMABA a los créditos que se generen por la celebración de contratos de crédito de uso.

* Otro beneficio de carácter tributario que se prevé en el Ley 16.906 en su art. 26 es la facultad otorgada al Poder Ejecutivo de exonerar del IRIC, IVA e ITP que se generen en caso de fusiones, escisiones y transformaciones de sociedades, siempre que las mismas permitan expandir o fortalecer a la empresa solicitante. En los casos en que el Poder Ejecutivo ejerza esta facultad no será exigible la escritura pública para la transferencia de bienes, derechos, obligaciones o gravámenes comprendidos en la transmisión patrimonial que resulte como consecuencia de los mencionados actos.
* Por último, el art. 27 de la Ley 16.906 deroga el impuesto a las hipotecas establecido por la Ley 10.976 y modificativas.

2. Ley de promoción industrial No. 14.178

Esta Ley tiene como finalidad la promoción de las actividades industriales que cumplan con los objetivos de los Planes de Desarrollo Económico y Social como condición para que el Poder Ejecutivo las declare de Interés Nacional. El Interés Nacional se traducirá en la aplicación de diversas medidas de asistencia crediticia directa y franquicias fiscales, a través de los organismos de financiamiento o de recaudación, según los mecanismos que fije la reglamentación.

La declaración de Interés Nacional y las medidas promocionales tendrán en cuenta de que manera la solicitud prevé uno o varios de los siguientes objetivos:

a) Obtención de mayor eficiencia en la producción y comercialización en base a niveles adecuados de dimensión, tecnología y calidad
b) Aumento y diversificación de las exportaciones de bienes industrializados que incorporen el mayor valor agregado posible a las materias primas
c) Localización de industrias nuevas y ampliación o reforma de las existentes, cuando esto signifique un mejor aprovechamiento de los mercados proveedores de materia prima así como de la mano de obra disponible
d) El respaldo a programas seleccionados de investigación tecnológica aplicada, orientados a la utilización económica de materias primas nacionales inexplotadas y a la obtención o perfeccionamiento de productos del país, a la capacitación de técnicos y obreros y al contralor y certificación de la calidad.

Los beneficios fiscales establecidos en el Decreto – Ley 14.178 (art. 8). que el Poder Ejecutivo puede otorgar son los siguientes:

a) Exoneración total o parcial de toda clase de tributos, ya sean impuestos, tasas o contribuciones, así como rebajas de tarifas o precios en servicios prestados por el Estado.
b) Exoneración de hasta un 60% de las obligaciones por aportes patronales al BPS en la parte correspondiente a la mano de obra incorporada a los bienes que se produzcan para la exportación
c) Exoneración de todo tributo que grave las rentas de la empresa, así como su distribución o adjudicación sea cual fuere la forma como se realice, siempre que provengan de la parte del giro declarada de Interés Nacional
d) Exoneración de proventos, tasa portuarias y adicionales que recaigan sobre la importación de bienes necesarios para el equipamiento industrial de la empresa, ya sean equipos, maquinarias, repuestos y materiales que no sean competitivos de la industria nacional.
e) Las obligaciones fiscales por importaciones (recargos e impuestos aduaneros a la importación) que se generen por la implantación de una nueva actividad o ampliación, o adecuación con equipos nuevos de una ya existente, para producciones de exportación podrán ser liquidados en un término equivalente al plazo medio proporcional de financiación que dichos equipos tenían del exterior.

Asimismo estas importaciones estarán exoneradas de consignaciones previas, y los equipos no podrán ser enajenados ni prendados hasta la total liquidación de las obligaciones fiscales.

El Poder Ejecutivo establecerá el monto y el plazo de estas franquicias previo dictamen de la Unidad Asesora.

El Dec. 733/91 de 30 de diciembre de 1991 en su art. 13 estableció que el Poder Ejecutivo no otorgará exoneraciones ni devoluciones del IVA ni del IMESI al amparo de la Ley 14.178. Las resoluciones del Poder Ejecutivo que hayan declarado individualmente de interés nacional las actividades de determinadas empresas mantendrán su vigencia.

Asimismo la Ley establece el régimen de canalización de ahorro, que por su importancia será analizado en un punto aparte.

El art. 13 de la ley establece que el incumplimiento o violación de las obligaciones asumidas por los responsables de las empresas promovidas significará la pérdida de los beneficios concedidos, sin perjuicio de

las sanciones penales establecidas por la legislación vigente. Y agrega que los directores de las mismas responderán personal y solidariamente de los daños y perjuicios causados a la Administración o a terceros y por las sanciones patrimoniales que se apliquen, salvo en el caso de directores que hayan dejado constancia en acta de su voto negativo a los actos violatorios de esta ley.

3. Canalización del ahorro

Existen dos beneficios impositivos denominados Canalización del Ahorro Externo y Canalización Interna. Analizaremos a continuación cada uno de ellos así como la posibilidad de combinar los dos regímenes.

a) Canalización del Ahorro Externo

El art. 9 del Decreto-Ley 14.178 de 28 de marzo de 1974 y sus modificativas determinaron que el Poder Ejecutivo podrá establecer que las personas físicas o jurídicas que efectúen aportes documentados en acciones nominativas en empresas comprendidas en el antes mencionado Decreto-Ley 14.178 puedan deducir para la liquidación del IRIC el monto de lo invertido antes de la presentación de la declaración jurada. Se establece asimismo que en caso de enajenarse dichas acciones antes de los tres años de adquiridas deberá reliquidarse el impuesto correspondiente abonándose la diferencia resultante.

La empresa deberá presentar un proyecto de inversión ante la Comisión de Aplicación con el fin de obtener una declaratoria de Interés Nacional por parte del Poder Ejecutivo. Si se le otorga dicha declaratoria, se fijará el plazo durante el cual se otorga el beneficio de canalización de ahorro y el monto máximo de la integración de capital generadora de la exoneración del IRIC.

Como se puede apreciar, hay una limitante importante respecto al aspecto temporal de la deducción de la inversión en la liquidación del IRIC. Resulta lógico pensar que en el caso de inversiones de cierta magnitud las diferencias entre el monto invertido y el susceptible de deducir en el exiguo plazo que las normas otorgan pueden ser de gran significación lo que desestimularía este tipo de inversión. Por otra parte el decreto reglamentario además de recordar el plazo fijado en la ley establece que "...Las declaraciones de interés nacional deberán establecer el plazo por el cual la integración de capital otorga el beneficio de canalización de ahorro, el que no excederá en más de seis meses la fecha en que el proyecto prevea el aporte de capital propio para financiarlo.... El monto invertido a que se refiere el presente artículo, que supere el monto de las rentas gravadas, no originará pérdidas deducibles en futuros ejercicios."[10]

Sin embargo el propio decreto reglamentario refiriéndose a las declaraciones genéricas de promoción industrial (atendiendo a actividades desarrolladas o al lugar de radicación), prevé la posibilidad que los períodos para gozar del beneficio puedan ser mayores.

El decreto reglamentario también establece un plazo que no excederá del cierre del segundo ejercicio siguiente en el cual se realizó la inversión para canjear los certificados provisorios y los recibos de aportes irrevocables que se hubieran emitido por las acciones nominativas correspondientes. En caso de no hacerlo la empresa inversora deberá reliquidar el impuesto por los ejercicios que corresponda. Como instrumento de control se prevé que conjuntamente con la presentación de la declaración jurada del ejercicio en que se realizó la inversión y en los tres siguientes se deberá presentar una constancia emitida por la empresa promovida de la titularidad de las acciones, certificados provisorios y recibos de aportes irrevocables.

b) Canalización Interna

La ley autoriza al Poder Ejecutivo a exonerar del pago del IRIC a las empresas comprendidas en el Decreto-Ley 14.178, que tengan la forma jurídica de sociedad por acciones, por el monto que surja al deducir de la renta neta fiscalmente ajustada, del ejercicio en que se realiza la inversión o de los ejercicios comprendidos en la resolución respectiva, el monto del aumento de capital integrado derivado de la capitalización de reservas o de la distribución de dividendos en acciones equivalentes a la inversión referida. [11]

Como se puede apreciar, en este caso está especialmente previsto que el beneficio tributario opera en el ejercicio que se realiza la inversión o en los comprendidos en la resolución respectiva. Esto marca una diferencia con la canalización externa que sólo podría tener como justificación el hecho que se busque que el beneficio sea más amplio en la empresa declarada de interés nacional que en el inversor.

Se establece también que el órgano social competente deberá resolver la capitalización de reservas o distribución de dividendos en acciones, en un plazo máximo que se fija en el momento de presentación de la declaración jurada de impuestos respectiva. Se excluye de la capitalización a las reservas legales por reinversiones y por mantenimiento de capital circulante. Si no se cumpliera con la efectiva capitalización de acciones se

[10] Decreto 840/88, art.111

[11] Art.38 del Título 4 del Texto Ordenado 1996. Fuente Decreto-Ley 15.548 de 17 de mayo de 1984, art.1º y Ley 15.903 de 10 de noviembre de 1987,art.419

adeudará el impuesto sobre las rentas exoneradas desde la fecha en que se devengaron, aplicándose las sanciones correspondientes.

En la resolución de exoneración se fijará además de los ejercicios fiscales en los que será aplicable la misma, su monto máximo y el plazo para realizar las modificaciones estatutarias y trámites judiciales que correspondan para ampliar el capital autorizado y emitir las acciones correspondientes al aumento del capital integrado.

La exoneración estará limitada al menor de los siguientes importes: el monto establecido en la resolución que otorgó la exoneración, el monto nominal da las acciones emitidas y el costo de la inversión que resulte de la efectiva implantación del proyecto.

Al momento de presentar la declaración jurada del IRIC se deberá adjuntar un anexo con el detalle de la reunión del órgano social competente que resolvió la capitalización de reservas o distribución de dividendos en acciones, fecha de la resolución y denominación de las reservas que se capitalicen. [12]

Las empresas que se acojan al beneficio de auto canalización (o canalización interna) tendrán prohibido rescatar acciones antes de los 5 años de vencido el plazo máximo previsto en la resolución para realizar las integraciones de capital. [13]

Por último y respecto a la posibilidad de acumulación el art. 40 del Título 4 del Texto Ordenado 1996 establece que cuando se otorgue la exoneración por canalización interna, el beneficio de canalización de ahorro externo será reducido en el monto equivalente, debiendo establecer la sociedad, al emitir cada acción, si la misma es apta para la deducción del IRIC de la empresa o del accionista. De esta norma se concluye que los beneficios no se pueden acumular, y puede entenderse que luego de finalizado el proceso de inversión realizado a través de la canalización externa y respecto de nuevas inversiones realizadas por la propia empresa declarada promovida sería posible evaluar la solicitud del beneficio de canalización interna (o viceversa).

4. Bienes muebles del equipo industrial

Existen dos clases de normas que benefician respecto al IP la tenencia de bienes muebles del equipo industrial, una se refiere a valuación de los mismos y otra clase establece exoneraciones.

a) Valuación

El art. 15 del Título 14 del Texto Ordenado 1996 establece, entre otros, que los bienes muebles del equipo industrial directamente afectados al ciclo productivo y que se adquieran con posterioridad al 1º de enero de 1988 se computarán por el 50% de su valor fiscal.

El art. 27 del Dec. 600/88 que reglamentó esta disposición estableció que los bienes comprendidos son las máquinas, instalaciones, aparatos y sus accesorios siempre que se destinen a la actividad industrial y se encuentren afectados al ciclo productivo.

Se define como empresas con actividad industrial las que realicen directamente actividades manufactureras y extractivas.

Y se establece que el ciclo productivo abarca desde la recepción de la materia prima o la extracción, hasta la entrega del producto manufacturado o extraído, realizado por la empresa industrial.

Ante la duda que se planteó acerca del procedimiento para el cómputo del pasivo para la liquidación del IP, la Consulta No. 3178 manifestó que dado que es claro que se trata de una forma especial de valuación y no de una exención parcial no corresponderá por el 50% de la reducción del valor, disminución alguna del pasivo deducible.

b) Exoneración

El art. 667 de la Ley 16.736 de 5 de enero de 1996 (art. 40 Título 4 del Texto Ordenado 1996) incluye como activos exentos a los efectos del IP, los bienes muebles directamente afectados al ciclo productivo industrial incorporados a partir del 1º de enero de 1991, por un plazo de 5 años entre el cierre del ejercicio de la incorporación y la fecha de determinación del patrimonio. Es decir que frente a cada liquidación del IP, se deberá exonerar solamente los bienes incorporados en los 6 ejercicios anteriores. Pasado ese plazo, los bienes podrán ser valuados al 50% (según el mecanismo analizado anteriormente) o bien podrán estar comprendidos en las exoneraciones dispuestas por la Ley de Inversiones (16.906).

Por otra parte los bienes exonerados bajo esta normativa se consideran gravados a los efectos del cómputo de pasivos.

Ya que no hay reglamentación al respecto, se debe entender como válidas las definiciones dadas por el art. 27 del Dec.600/88 sobre bienes muebles del equipo industrial.

[12] Art.39 Título 4 Texto Ordenado 1996 y art.112 del Decreto 840/88

[13] Art.41 Título 4 Texto Ordenado 1996

Finalmente, cabe recordar la exoneración de IP a los bienes muebles destinados directamente al ciclo productivo y a los equipos para el procesamiento electrónico de datos, que estableció la Ley 16.906, antes analizada.

5. Ley de Urgencia No. 17.243

El art. 1º de la Ley 17.243 publicada el 6 de julio de 2000 fija en 6,5% la tasa de aportes patronales jubilatorios de la industria manufacturera al Banco de Previsión Social.

Como comentamos anteriormente, hasta el dictado de esta norma se encontraba vigente la disposición del art. 25 de la ley No 16.697 de 25 de abril de 1995 que facultó al Poder Ejecutivo a rebajar los aportes de la industria manufacturera hasta en 6 puntos porcentuales, el cual hizo ejercicio de dicha facultad con el dictado del Dec. 187/95 La Ley de Urgencia derogó el art. 25 de la ley 16.697, y posteriormente el Dec. 245/00 de 4 de setiembre de 2000 (reglamentario de la ley 17.243) derogó el Dec. 187/95 (reglamentario de la ley 16.697).

Como analizamos anteriormente a la fecha la tasa de aportación de la industria manufacturera no se vio modificada. (ver análisis ley 16.906)

El Dec. 245/00 define como beneficiarios a los contribuyentes que desarrollen las actividades comprendidas en la Gran División Tres (Industrias Manufactureras) del C.I.I.U. (Clasificación Internacional Industrial Uniforme).

La empresa deberá discriminar las remuneraciones gravadas en las siguientes categorías:

a) retribuciones por tareas que estén directa y exclusivamente vinculadas al ciclo industrial manufacturero (desde la recepción de la materia prima hasta la entrega del producto manufacturado).

A estas retribuciones se le aplicará la tasa del 6,5%

b) retribuciones por tareas que estén directa y exclusivamente vinculadas a la producción y venta de bienes o prestación de servicios no comprendidos en el giro industrial objeto del beneficio

Estas retribuciones aportan por la tasa general de aportación (actualmente 12,5%)

c) retribuciones no comprendidas en los literales anteriores

En estos casos el 6,5% se aplicará sobre el monto que surja de aplicar a dichas retribuciones la siguiente proporción:

Ventas de bienes y servicios por actividad manufacturera % Ventas de bienes y servicios totales

A los efectos de obtener esta relación se excluirá el IVA de ambos conceptos y se considerarán las ventas del último ejercicio económico y será de aplicación hasta el quinto mes siguiente al del cierre del ejercicio en curso. Si la empresa no hubiera obtenido ingresos en el ejercicio anterior o este fuera su primer ejercicio se aplicará una relación estimada.

Para ampararse a este régimen se deberá presentar ante la DGI una declaración jurada de los montos de ingresos y la relación antes mencionada. Además la DGI podrá solicitar todos los datos que considere pertinentes a los efectos de analizar la situación tributaria de los beneficiarios. Una vía intervenida de esta declaración jurada será remitida al BPS.

Si no se realizara correctamente el cálculo de la base imponible deberá efectuarse la reliquidación de los tributos impagos con las multas y recargos correspondientes.

B) Sector Agropecuario

1. Ley Forestal No. 15.939

La Ley 15.939 de 28 de diciembre de 1987 declara de Interés Nacional la defensa, el mejoramiento, la ampliación, la creación de los recursos forestales, el desarrollo de las industrias forestales, y en general, de la economía forestal.

Esta ley regula lo relacionado a los bosques, parques y terrenos forestales existentes dentro del territorio nacional.

Se define como bosques las asociaciones vegetales en las que predomine el arbolado de cualquier tamaño, explotado o no y que estén en condiciones de producir madera u otros productos forestales o de ejercer alguna influencia en la conservación del suelo, en el régimen hidrológico o en el clima, o que proporcionen abrigo y otros beneficios de interés nacional. Además el Dec. 452/88 les exige una superficie mínima de 2.500 m2.

Los bosques se calificarán según sus fines de la siguiente manera:

a) protectores, cuando tengan fundamentalmente el fin de conservar el suelo, el agua y otros recursos naturales renovables.

b) de rendimiento, cuando tengan por fin principal la producción de materias leñosas y resulten de especial interés nacional por su ubicación o por la clase de madera u otros productos forestales que pudieran obtenerse.

c) generales (los restantes)

Se encomendó la tarea de calificación de los bosques a la Dirección Forestal.

Se define como terrenos forestales aquellos que, arbolados o no:

sean inadecuados para cualquier explotación o destino de carácter permanente y provechoso por sus condiciones de suelo, aptitud, clima, ubicación y demás características.

sean calificados como de prioridad forestal por resolución del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca en función de la aptitud forestal del suelo o razones de utilidad pública.

El art. 2 del Dec. 452/88 designa determinadas zonas o grupos de suelos como terrenos forestales.

Los arts. 39 de la Ley 15.939 y 99 de la Ley 16.002 establecen que los bosques artificiales declarados protectores, los de rendimiento en las zonas declaradas de prioridad forestal y los bosques naturales declarados protectores, así como los terrenos ocupados o afectados directamente a los mismos, tendrán los siguientes beneficios tributarios:

i. exoneración de todo tributo nacional sobre la propiedad inmueble y de la contribución inmobiliaria rural

ii. sus valores no se computarán para la determinación de :

ii.i. ingresos a los efectos de impuestos que se pudieran crear que gravaran renta ficta de las explotaciones agropecuarias

ii.ii el monto imponible del IP

iii. exoneración del IRA (u otros impuestos que se establezcan en el futuro y tengan similares hechos generadores) de los ingresos derivados de la explotación de los bosques

iv. exoneración del IRIC (u otros impuestos que se establezcan en el futuro y tengan similares hechos generadores) de las rentas derivadas de la explotación, cuando el producto total o parcial de la actividad agropecuaria constituye insumo de su actividad industrial.

Los sujetos pasivos del IRA y del IRIC podrán deducir del monto a pagar por dichos impuestos, un porcentaje del costo de la plantación de los bosques artificiales que sean declarados protectores o de rendimiento en las zonas declaradas de prioridad forestal.

El art.45 de la ley 16.002 de 25 de noviembre de 1988, reglamentado por el Dec. 931/88 establece la prestación de un subsidio. Para los titulares de explotaciones agropecuarias forestales que sean contribuyentes del IRA o del IRIC el mismo consiste en un monto equivalente al 20% del costo ficto de forestación y se percibirá por hectárea plantada y por una sola vez. Dicho subsidio no se computará como ingreso gravado a los efectos de los impuestos mencionados. Para los titulares de explotaciones forestales que no sean contribuyentes del IRA o del IRIC consiste en un monto equivalente al 50% del costo ficto de forestación y se percibirá por hectárea plantada y por una sola vez

Para acceder a estos subsidios se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) poseer un proyecto de forestación para la instalación de bosques protectores o de rendimiento aprobado por la Dirección Forestal

b) obtener al año de la plantación de los árboles un prendimiento superior al 75% de la densidad indicada en el proyecto

c) que el bosque se encuentre ubicado en terrenos de prioridad forestal y sea calificado por la Dirección Forestal como protector o de rendimiento

d) solicitar el subsidio dentro de un plazo máximo de 4 años a partir de la instalación del bosque.

El art. 65 de la Ley 15.939 determina que los productores y empresas rurales, industriales o agroindustriales dedicadas a la forestación, explotación o industrialización de maderas de producción nacional gozarán durante quince años desde la promulgación de la ley de exoneraciones que otorgue el Poder Ejecutivo de tributos y tasas para determinadas importaciones para las siguientes actividades:

producción de plantas forestales, plantaciones y manejos de bosques

explotación de madera o utilización de otros productos del bosque

elaboración de la madera para la producción de celulosa pasta, papeles y cartones, madera aserrada, madera terciada y chapas de madera, tableros de fibra de madera y de madera aglomerada, destilación de madera

preservación y secamiento de la madera

utilización de productos forestales como materia prima en la industria química o generación de energía

El Poder Ejecutivo, en uso de esta facultad, en el Decreto 457/89 exonera de la Tasa Global Arancelaria, incluso del recargo y del IVA a las importaciones que realicen los productores y empresas rurales, industriales o agroindustriales dedicadas a la forestación, explotación o industrialización de maderas de producción nacional de los siguientes bienes:

a) plaguicidas, fertilizantes, productos químicos e insumos de uso propio de las industrias forestales en todas sus etapas
b) específicos, maquinarias, vehículos, equipos e implementos afectados directamente a prevenir y combatir incendios forestales
c) maquinarias, tractores, vehículos automotores utilitarios e implementos necesarios para la producción, manejo y explotación forestales, incluidos equipos de riego, así como los accesorios y repuestos
d) equipos y maquinarias industriales, así como los accesorios y repuestos afectados directamente al procesamiento e industrialización de la madera

Los bienes de activo fijo que se importen al amparo de esta exoneración fiscal no podrán ser transferidos ni cedidos a terceros a ningún título por el plazo de 3 años. [14]

Se deben cumplir para obtener estas franquicias dos requisitos:

a) que dichos bienes no sean producidos normalmente en el país, en condiciones adecuadas de calidad y precio
b) que la actividad realizada por la empresa sea compatible con los fines generales de la política fiscal.

El Dec. 50/91 incluyó dentro de estas exoneraciones a los proventos y tasa portuarias.

El Dec. 733/91 en su art. 13 estableció que el Poder Ejecutivo no otorgará exoneraciones ni devoluciones del IVA ni del IMESI al amparo de la Ley 15.939.

2. Medidas tributarias en el sector agropecuario

Existen diversas normas tendientes a disminuir la carga fiscal del sector agropecuario.

IMABA

Para los préstamos a plazos de 7 o más años con destino a actividades comprendidas en el IRIC, IRA o IMEBA se fija la tasa del IMABA en el 0,10%. Es decir que se otorga una rebaja del 1,5% al 0,10%.

IMEBA

El Decreto 61/99 de 3 de marzo de 1999 redujo las tasas del IMEBA para todos los hechos generadores en un 0,5%.

Además fijó para todos los hechos generadores vinculados a la lana dicha tasa en un 0% hasta el 30 de setiembre de 1999. Por decretos posteriores se ha venido prorrogando la aplicación de la tasa del 0%, y a la fecha se encuentra vigente por el Dec. 274/00 de 27 de setiembre de 2000, que la extendió hasta el 31 de marzo de 2001.

IP

Los bienes inmuebles destinados a la explotación agropecuaria excluidas sus mejoras son considerados activo exento a los efectos de la liquidación del IP. [15]

Para los ejercicios cerrados a partir del 1º de enero de 1999 dichos bienes inmuebles serán considerados como activos gravados a los efectos del cálculo del pasivo computable para determinar el patrimonio neto gravado.

IRA

El resultado de la enajenación de inmuebles rurales (tierra y mejoras) no constituye renta gravada.

IVA

Se encuentran exonerados del IVA, entre otros, la enajenación de los siguientes bienes relacionados con la actividad agropecuaria, se trata productos, insumos, maquinaria necesaria para esta actividad:

+ frutas, verduras y productos hortícolas en su estado natural
+ máquinas agrícolas y sus accesorios
+ leche pasteurizada, vitaminizada, descremada, en polvo y con sabor
+ determinados bienes a emplearse en la producción agropecuaria y materias primas para su elaboración
+ carne ovina

También se encuentran exonerados, entre otros las prestaciones de los siguientes servicios:

+ los realizados por empresas de aeroaplicación, registradas ente las autoridades competentes para la modalidad de aplicación de productos químicos, siembra y fertilización destinados a la agricultura.
+ suministro de frío mediante la utilización de cámaras frigoríficas u otros procedimientos técnicos similares, a frutas, verduras y productos hortícolas en su estado natural
+ arrendamiento de maquinaria agrícola y otros servicios relacionados con la utilización de la misma, realizado por cooperativas de productores, asociaciones y agremiaciones de productores, a sus asociados

14 Decreto 296/94 de 20 de junio de 1994
15 Texto Ordenado 1996, Título 14, art.38

+ seguros y reaseguros que cubran contra los riesgos de incendio y climáticos a los siguientes bienes:
  - los cultivos agrícolas, hortícolas, frutícolas y forestales ubicados dentro del territorio nacional
    las estructuras de protección para los cultivos mencionados
    todas las especies de la producción animal desarrollada en nuestro país

3. Ley de Urgencia No. 17.243

Los cambios que introduce la ley No. 17.243, llamada Ley de Urgencia, publicada el día 6 de Julio de 2000 y que afectan a la actividad agropecuaria son los siguientes:

a) Aportes rurales a la Seguridad Social

Se modifica la tasa de aportación por la contribución patronal, la que será del 1,143 ‰ (uno con ciento cuarenta y tres por mil). Esta tasa era del 1,5 ‰ (uno con cincuenta por mil) desde el 1/1/96, por el art. 686 de la ley 16.736. Esta reducción se trata de una reducción de los aportes patronales jubilatorios e implica una rebaja en el costo total de los aportes de un 23,80%.

Asimismo se reduce dicha tasa de aportación en un 0,387º% (cero con trescientos ochenta y siete por mil) durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre 2000, por lo que durante el año 2000 la tasa de aportes patronales queda en 0,756‰ (cero con setecientos cincuenta y seis por mil). También esta reducción se trata de una reducción de los aportes patronales jubilatorios y significa que durante el año 2000 se otorga una rebaja en el costo total de los aportes de un 49,58%. [16]

Se exonera, por otra parte, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2000 de la aportación patronal jubilatoria sobre dependientes, titular de la explotación y su cónyuge colaborador a las empresas agropecuarias que exploten predios con extensiones inferiores a las 100 hectáreas, índice CONEAT 100, y no ocupen, además del titular de la misma y su cónyuge, mas de dos dependientes. Esta exoneración no tiene efecto, ya que la aportación patronal jubilatoria es el 49,58% del total de aportación patronal, por lo tanto teniendo en cuenta las reducciones de tasas ya establecidas el aporte patronal jubilatorio durante el año 2000 es nulo.[17]

b) Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales (ITP)

El ITP grava, actualmente, entre otros las enajenaciones y promesas de enajenaciones de bienes inmuebles, a una tasa del 4% (2% para el enajenante y 2% para el adquirente) que se aplica sobre el valor real de catastro del bien.

Los sujetos pasivos del ITP no pagarán este impuesto, durante el plazo de un año a partir de la vigencia de la Ley, cuando los actos y hechos gravados por dicho impuesto tuvieren por objeto inmuebles rurales que:

I) se incorporen al patrimonio de sociedades anónimas con acciones al portador

II) su superficie al 25 de junio de 1999 no superase las 1000 hectáreas índice CONEAT 100.

Por otra parte, se exonera del ITP a los contribuyentes del IRIC, IRA e IMEBA por las enajenaciones de inmuebles que realicen con destino al abatimiento de sus pasivos financieros.

También se exonera del ITP a quienes enajenen inmuebles y destinen el producido de esas operaciones a aportes de capital en las entidades deudoras, a efectos de que éstas cancelen sus pasivos financieros.

Se entiende por pasivos financieros las deudas originadas en préstamos otorgados hasta el 30 de junio de 1999 por Instituciones Bancarias, Casas Financieras o Cooperativas de Ahorro y Crédito radicadas en el país.

La exoneración no podrá superar el monto que surja de aplicar la tasa del impuesto al monto total de los pasivos abatidos.

No se incluye en esta exoneración la enajenación de inmuebles que constituyan activo circulante para el enajenante.

Esta exoneración rige por el plazo de un año a partir del 29 de junio de 2000.

Por último, se incorpora con la ley de urgencia al artículo que regula los beneficios fiscales en la ley de inversiones (ley 16.906) el otorgamiento de facultades del Poder Ejecutivo para exonerar del ITP los actos y hechos gravados cuando tengan por objeto inmuebles rurales incluidos en proyectos de inversión específicos en actividades agropecuarias que hayan sido declarados promovidos por el Poder Ejecutivo. El art. 4 del Dec. 295/000 estableció que el procedimiento para obtener este beneficio es el fijado en el Dec. 92/98.

c) Estímulo para inversiones

La ley 16.906 (ley de inversiones), establecía que podrían acceder al régimen de beneficios respecto a inversiones específicas las empresas cuyos proyectos de inversión sean declarados promovidos por el Poder Ejecutivo.

16 Este plazo fue prorrogado por la Ley 17.292 hasta el 31/12/2001

17 Este plazo fue prorrogado por la Ley 17.292 hasta el 31/12/2001

Se incorpora a ese artículo las actividades desarrolladas por agrupamientos o conjuntos de productores agropecuarios tendientes a la reducción de costos y aplicación de nuevas tecnologías que hagan posible mejorar los volúmenes de producción y la rentabilidad de sus establecimientos.

Podrá considerarse como parte de la inversión las existencias y demás bienes preexistentes que se destinen o afecten al emprendimiento.

d) Contribución Inmobiliaria Rural (CIR)

Se rebajó en un 25% (veinticinco por ciento), por única vez la alícuota de la CIR cuyo pago deba efectuarse en el año 2000. La alícuota vigente de la CIR es del 1,25% (uno con veinticinco por ciento), quedando con esta reducción en 0,937% (cero con novecientos treinta y siete por ciento) durante el año 2000.

4. Segunda Ley de Urgencia, No.17.292

Recientemente se publicó la Ley 17.292 de 25 de enero de 2001, llamada Segunda Ley de Urgencia.

En lo que refiere a las empresas rurales, redujo la tasa de aporte patronal rural en un 0,387% por el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2001. Se trata exclusivamente de una reducción a los componentes patronales jubilatorios a la contribución rural global. Esta reducción ya se había efectivizado con la Ley de Urgencia para el año 2000, es decir que esta norma consiste en extender el plazo de la reducción.

Asimismo se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2001 la exoneración de la aportación patronal rural sobre dependientes, titular de la explotación y su cónyuge colaborador a las empresas agropecuarias que exploten predios con extensiones inferiores a las 100 hectáreas, índice CONEAT 100, y no ocupen además del titular y su cónyuge mas de dos dependientes.

C) Sector Turístico

1. Decreto de promoción de complejos turísticos No. 291/95

La vigencia del Decreto 291/95 de 2 de agosto de 1995 que declara de Interés Nacional las inversiones en Complejos Turísticos, ha sido prorrogada en diferentes oportunidades, siendo la última de ellas a través del Decreto 300/00 de 18 de octubre de 2000 donde se estableció la misma hasta el 31 de octubre de 2000. A la fecha no se ha prorrogado nuevamente el plazo, por lo que el mismo no se encuentra vigente, pero es de suponer que en un plazo cercano se extenderá la vigencia.

El Decreto 291/95 definió a los Complejos Turísticos como los emprendimientos o proyectos de inversión en obras de infraestructura y urbanización, construcciones e instalaciones destinadas a la oferta de servicios de alojamiento, complementadas por servicios culturales, comerciales, para congresos, deportivos, recreativos, de esparcimiento y de salud, que conformen una unidad compleja realizada para la captación de demanda de turismo interno o internacional. La calificación como Complejo Turístico a un determinado emprendimiento era realizada por el Ministerio de Turismo, con la conformidad del Ministerio de Economía y Finanzas y previo dictamen de la Comisión de Aplicación.

Los beneficios tributarios que otorgaba este Decreto eran los siguientes:

a) Crédito por el IVA incluido en las adquisiciones en plaza de bienes y servicios destinados a la construcción, mejora o ampliación (infraestructura y obra civil) del Complejo Turístico, aplicándose el mismo procedimiento de devolución que rige para los exportadores. Por otra parte se exoneraba del IVA la importación de bienes con ese destino.

b) A los efectos de la liquidación del IP, se consideran activos exentos al cierre del ejercicio en que se iniciaron las obras y los diez siguientes, las inversiones en infraestructura y obra civil que se realicen en la construcción, mejora o ampliación de Complejos Turísticos. En cambio las mejoras que se realicen en el equipamiento de los mismos, se consideran activos exentos al cierre del ejercicio en que se incorporó el bien y los cuatros siguientes, a los efectos de la liquidación del IP.

Esta exoneración puede no tener efecto dado que solo se podrá deducir como pasivo el importe de las deudas deducibles que exceda el valor de los bienes exentos.

c) A los efectos de la liquidación del IRIC se establece un régimen de amortización acelerada: quince años para las inversiones en construcción, mejora o ampliación y cinco años para las inversiones en equipamiento.

2. Empresas de Turismo

El art.70 del Decreto 220/98 de 12 de agosto de 1998 exonera del IVA a la importación de ómnibuses y microomnibuses nuevos destinados a empresas nacionales de turismo, siempre que tengan como única actividad la prestación de servicios de transporte colectivo de pasajeros.

El art.71 del mencionado Decreto extiende la exoneración a las importaciones de ómnibuses y microomnibuses que realicen las instituciones bancarias con el fin de darlos en leasing a empresas nacionales de turismo. Por otra parte las operaciones realizadas entre las instituciones bancarias y las empresas de turismo no estarán gravadas por IVA.

D) Concesiones de Obras Públicas

Se autoriza al Poder Ejecutivo a otorgar a los concesionarios de obras públicas los siguientes beneficios fiscales:

a) Exoneración del IVA a la circulación de bienes que grave las operaciones y a las importaciones que tengan aplicación directa a la obra o servicio objeto de la concesión
b) Exoneración de los tributos aduaneros a las importaciones de bienes a incorporar o utilizar en la obra pública o destinados al cumplimiento del servicio
c) Exoneración de contribuciones patronales a la Seguridad Social en la parte correspondiente a la mano de obra utilizada en la construcción de la obra o prestación de los servicios
d) Exoneración del IP que grave la parte de bienes afectados a la concesión de la obra
e) Exoneración de tasas y precios portuarios relacionados con los bienes destinados a ser incorporados o utilizados en la obra pública o en el cumplimiento del servicio
f) Exoneración de todo tributo no enunciado precedentemente

El Poder Ejecutivo determinará la forma, condiciones y plazos de la franquicia en cada caso. [18]

IV. REGÍMENES OFF-SHORE

A) Zonas Francas

Se analizarán a continuación los lineamientos generales del régimen jurídico de las Zonas Francas del Uruguay.

a) Regulación legal y reglamentaria

El régimen legal actual de las Zonas Francas lo constituye básica y primordialmente la ley Nº 15.921 de 17 de diciembre de 1987. No obstante, aún subsisten algunas normas de la primera ley de Zonas Francas, Nº 7.593 de 20 de junio de 1923, por la que se crearon las dos únicas Zonas Francas estatales que existen en la actualidad: Colonia y Nueva Palmira.

El decreto reglamentario de la ley 15.921 lleva el Nº 454/988, de fecha 8 de julio de 1988.

b) Características generales del régimen vigente

i. Es un régimen general que rige para todas las Zonas Francas existentes en el país así como aquellas que se creen en el futuro.
ii. Las Zonas Francas podrán ser instaladas en cualquier punto de la República. Ya no es requisito legal que su ubicación sea próxima a puertos, aeropuertos, puentes internacionales, fronteras o rutas de acceso de gran importancia. La única exigencia es que estén suficientemente deslindadas, amojonadas y cercadas a fin de garantizar un correcto aislamiento del territorio no franco.
iii. Las áreas destinadas a Zonas Francas pueden ser propiedad del Estado o de particulares (nacionales o extranjeros, personas físicas o jurídicas).
iv. Las actividades que pueden ser desarrolladas en las Zonas Francas abarcan un amplio espectro, que va desde el mero depósito franco a la prestación de servicios, de carácter financiero, seguros, así como manipuleo, clasificación, selección, etc. de la mercadería depositada, hasta el establecimiento de empresas fabriles y servicios profesionales.
v. Se conceden amplios beneficios tributarios a los usuarios de Zonas Francas.
vi. Las empresas usuarias de Zonas Francas no pueden realizar actividades industriales, comerciales o de servicios en territorio no franco.

c) Actividades posibles de desarrollar en Zonas Francas

La ley luego de establecer en forma genérica que pueden desarrollarse actividades industriales, comerciales y de servicios, realiza una enunciación de algunas tales como:

[18] Art.132, Capítulo 25, Título 3, Texto Ordenado 1996

i. Comercialización, depósito, almacenamiento, acondicionamiento, selección, clasificación, fraccionamiento, armado, desarmado, manipulación o mezcla de mercancías o materias primas de procedencia extranjera o nacional.
ii. Instalación y funcionamiento de establecimientos fabriles.
iii. Prestación de todo tipo de servicios no restringidos por la normativa nacional. Asimismo, los usuarios de Zona Franca podrán brindar los siguientes servicios telefónicos o informáticos desde Zonas Francas hacia el territorio nacional no franco respetando los monopolios, exclusividades estatales y/o concesiones públicas:
   i) Centro Internacional de Llamadas, excluyéndose aquellos que tengan como único o principal destino el territorio nacional.
   ii) Casillas de Correo Electrónico.
   iii) Educación a distancia.
   iv) Emisión de certificados de firma electrónica.

Estos servicios recibirán el mismo tratamiento tributario que los servicios prestados desde el exterior.

Lo expuesto en este punto fue establecido por el art. 65 de la Ley 17.292, llamada Segunda Ley de Urgencia, de 29 de enero de 2001.

d) Explotadores y usuarios de Zonas Francas

i. Explotadores

Son explotadores de Zonas Francas quienes a cambio de un precio proveen al usuario de la infraestructura necesaria y suficiente para la instalación y funcionamiento de la actividad que se pretenda desarrollar.

Pueden ser explotadores el Estado o los particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Las empresas privadas explotadoras no están comprendidas en las exoneraciones de la ley pero no obstante podrán ampararse a algún otro régimen promocional, si correspondiera.

ii. Usuarios

Son usuarios aquellas personas físicas o jurídicas que adquieran derecho a desarrollar en Zonas Francas alguna de las actividades comprendidas en la ley.

Existen dos tipos de usuarios: directos e indirectos.

El usuario directo es el que adquiere el derecho a operar en Zonas Francas contratando directamente con un explotador, sea el Estado o un particular; y el usuario indirecto, es el que adquiere su derecho a operar mediante contrato celebrado con un usuario directo.

Tanto uno como otro deben obtener la aprobación de la Dirección Nacional de Zonas Francas para celebrar sus contratos y luego inscribirlos ante ella, y también ambos gozan de todos los beneficios que la ley acuerda.

e) Exoneraciones y beneficios concedidos a los usuarios de Zonas Francas

i. Exoneraciones tributarias

El Estado garantiza al usuario, bajo su responsabilidad de daños y perjuicios, que las exoneraciones tributarias así como los demás derechos y beneficios consagrados en la ley regirán durante toda la vigencia de su contrato.

i.i. Respecto a las actividades que desarrollen los usuarios en Zonas Francas, la ley consagra una exoneración genérica y total, que abarca a todos los tributos nacionales creados o a crearse, incluso aquellos en que por ley se requiera exoneración específica. La única excepción la constituyen los aportes a la seguridad social y las llamadas prestaciones paratributarias.

i.i.i Impuesto a la Renta de Industria y Comercio (IRIC). Los usuarios de Zonas Francas están exonerados del pago de IRIC con relación a las rentas provenientes de las actividades desarrolladas dentro de dichas zonas.

Los dividendos o utilidades acreditados o pagados por los usuarios de Zonas Francas a personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior estarán también exoneradas del pago de IRIC cuando los mismos no se encuentren gravados en el país de su domicilio o cuando tales rentas estuvieren gravadas en el país de su titular y no existiera crédito fiscal por el impuesto abonado en la República. En definitiva, para este punto se aplica el régimen general.

i.i.ii. Impuesto al Patrimonio (IP). Los sujetos pasivos del IP que sean usuarios de Zonas Francas no computarán en sus declaraciones el patrimonio afectado a las actividades que desarrollen como usuarios de Zonas Francas.

Asimismo, los accionistas de sociedades anónimas, en comandita por acciones, con capital accionario nominativo que sean usuarios de Zonas Francas no computarán la parte que les corresponda en el patrimonio de dichas sociedades. También en este punto en particular se sigue el régimen general.

i.i.iii. Impuesto al Valor Agregado (IVA). La circulación de bienes y la prestación de servicios en Zonas Francas (siempre que los mismos deban prestarse necesariamente en dichas áreas) así como la introducción de mercaderías desde el exterior hacia Zonas Francas estará exonerada del pago del impuesto.

La introducción de bienes desde territorio franco a territorio no franco será considerado a todos los efectos como una importación.

i.i.iv. Impuesto Específico Interno (IMESI). La circulación de bienes en Zonas Francas y la introducción de bienes desde el extranjero a Zonas Francas estarán exoneradas del Impuesto Específico Interno.

i.i.v. Impuesto a los Ingresos de las Compañías de Seguros. Los ingresos de las compañías de seguros que operen en territorio no franco y que provengan de seguros contratados por usuarios de Zonas Francas que cubran riesgos en las mismas o en los trayectos desde y hacia las Zonas Francas no se computarán para liquidar el impuesto a los ingresos de dichas compañías.

i.i.vi. Impuesto a los Activos Bancarios. Las instituciones de intermediación financiera autorizadas a realizar actividades en Zonas Francas estarán exoneradas del pago de dicho impuesto.

i.i.vii. Impuesto a la Constitución. Las sociedades anónimas que adopten para su constitución el procedimiento previsto en el Artículo 17 de la ley Nº 15.921 no deberán liquidar el impuesto a la constitución de sociedades anónimas.

Para el caso que dichas sociedades perdieran su calidad de usuarios y desearan modificar su objeto para actuar en territorio nacional no franco, deberán seguir el procedimiento necesario para la reforma de sus estatutos de acuerdo al régimen general aplicable a estas sociedades y abonar el impuesto previsto para la constitución de las mismas.

i.i.viii. Contribuciones especiales de Seguridad Social y prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de personas de derecho público no estatales de Seguridad Social. Las mismas no están comprendidas en las exenciones tributarias contenidas en la ley Nº 15.921 y su decreto reglamentario.

Para el caso de que el usuario empleara simultáneamente personal uruguayo y personal extranjero este último no estará obligado a contribuir al sistema de Seguridad Social correspondiente. A tales efectos será necesario que los usuarios presenten ante la Dirección Nacional de Zonas Francas una lista donde figure el personal extranjero y una declaración jurada de dicho personal respecto a su decisión de quedar excluidos de los beneficios del sistema de Seguridad Social vigente en el país.

ii. La ley consagra además una exoneración genérica de tributos que gravan la importación, a efectos de facilitar la introducción a Zonas Francas de bienes, servicios, mercaderías, materias primas, etc. cualquiera sea su origen. Tal exoneración comprende todo tributo o cualquier otro instrumento de efecto equivalente sobre la importación o de aplicación en ocasión de la misma, aun aquellos en que por ley se requiera exoneración específica. Al contrario, los bienes, servicios, mercaderías y materias primas procedentes del territorio nacional no franco que sean introducidas a Zonas Francas, lo serán de acuerdo a las normas vigentes para la exportación a ese momento.

En consecuencia:

- respecto al IVA se les aplica el régimen de tasa cero, es decir que al exportador se le otorga un crédito fiscal por el IVA que le han facturado sus proveedores en aquellos bienes o servicios que han incorporado en los bienes o servicios exportados. De esta forma, el producto exportado pierde toda la carga impositiva incorporada hasta la exportación;
- respecto al IMESI, rige una exoneración de este impuesto, consagrada para las operaciones de exportación.

iii. También se consagra una exoneración genérica de todo tributo a la exportación, o cualquier otro instrumento de efecto equivalente, gravámenes y recargos, creados o a crearse, incluso aquellos que por ley se requiera exoneración específica, para la salida de bienes, servicios, mercaderías y materias primas de Zonas Francas al extranjero.

Si dichos bienes o servicios son introducidos a territorio no franco, se tratan como importaciones.

iv. El art.43 de la Ley de Urgencia No.17.243 de 6 de julio de 2000 estableció que no están comprendidas en la base imponible del IP las mercaderías depositadas en las Zonas Francas, cuyos titulares sean personas físicas o jurídicas radicadas en el exterior.

f) Beneficios de naturaleza no tributaria

Junto a los beneficios de naturaleza tributaria analizados, la ley consagra una serie de beneficios no tributarios.

i. Para la constitución de Sociedades Anónimas cuyo objeto sea ser usuarios de Zonas Francas, se establece un procedimiento más simple y rápido que el general, siendo innecesaria la aprobación judicial de los estatutos.

ii. No rigen en Zonas Francas los monopolios de los servicios del dominio industrial o comercial del Estado, tales como los de ANCAP (combustibles) y Banco de Seguros del Estado.
iii. Los organismos públicos que suministren insumos o servicios a usuarios de Zonas Francas podrán establecer tarifas promocionales especiales, por ejemplo, UTE (energía eléctrica), ANTEL (telecomunicaciones), etc.
iv. Tampoco rigen para las actividades desarrolladas en Zonas Francas los requisitos de integración obligatoria de componentes nacionales para los bienes que se produzcan en ella.
v. Los precios que cobre la Administración Nacional de Puertos (A.N.P.) por los servicios efectivamente prestados, no pueden exceder el costo de los mismos.
vi. Se consagra absoluta libertad para el ingreso y egreso a las zonas francas de títulos valores, moneda nacional y extranjera, metales preciosos por cualquier concepto, su tenencia, comercialización, circulación y conversión o transferencia.

Si bien este es el régimen vigente para todo el territorio nacional, la consagración expresa en favor de los usuarios de Zonas Francas cobra valor a la luz de la norma que garantiza, bajo la responsabilidad de daños y perjuicios del Estado, la vigencia de las normas que establecen exoneraciones y beneficios a favor de los usuarios durante el plazo de su contrato.

g) Restricciones y obligaciones a que están sujetos los usuarios

i. A fin de mantener la calidad de usuarios y consecuentemente las exoneraciones, beneficios, franquicias y derechos que la ley les acuerda, deben integrar un mínimo del 75% de sus empleados con personal uruguayo, ciudadanos naturales o legales.

En casos especiales y teniendo en cuenta las características de las actividades a desarrollar y razones de interés general, el Poder Ejecutivo podrá autorizar a disminuir el porcentaje indicado.

ii. El usuario de Zonas Francas no puede realizar en zonas no francas ningún tipo de actividad industrial, comercial o de servicios. La prohibición alcanza a cualquier tipo de actividad que se desarrolle y no solamente a actividades idénticas o similares a las realizadas en zonas francas.
iii. Se establece en favor de la industria instalada en territorio no franco una preferencia respecto a los usuarios de Zonas Francas, en la utilización de cupos no utilizados para la exportación concedidos por otros países a la República en razón de tratamientos preferenciales (v.g. CAUCE, PEC), como así también una preferencia en la adjudicación de cupos no utilizados para exportaciones a países con restricciones cuantitativas en volumen o valor.

Como otra medida de protección a la industria instalada en territorio no franco, en el decreto reglamentario (Art. 7) se consagra a su favor la exclusividad en la integración de la contrapartida correspondiente en los negocios de intercambio compensatorio que se celebren con la utilización del poder negociador del Estado en sus compras.

iv. En caso de que el usuario sea una persona jurídica, su objeto debe estar restringido a las actividades establecidas en el art. 2 de la ley 15.921.
v. Para el transporte de mercaderías de o hacia las Zonas Francas deberán emplearse líneas de transporte públicas, o privadas con agentes o representantes autorizados por la Dirección Nacional de Zonas Francas e inscriptos en la misma.

h) Control de la actividad de los usuarios

El control de las actividades desarrolladas por los usuarios de Zonas Francas, así como del cumplimiento de sus restantes obligaciones está a cargo de la Dirección Nacional de Zonas Francas.

Las violaciones e infracciones de la ley Nº 15.921 así como sus reglamentos y estipulaciones contractuales serán sancionadas por el Poder Ejecutivo a través de: aplicación de multas; prohibición de ingreso y egreso de mercaderías y/o la realización de cualquier operación en calidad de usuario; o la pérdida de las exenciones y otros beneficios consagrados en la ley.

Para el caso que la actividad a ser desarrollada en las Zonas Francas estuviera sujeta a algún control por organismos específicos del Estado, estos últimos serán los encargados de ejercer sus poderes en torno a dichas actividades en coordinación con la Dirección Nacional de Zonas Francas. Tal sería el caso por ejemplo, del control que ejercería el Banco Central del Uruguay sobre las instituciones financieras, o el Ministerio de Salud Pública sobre las industrias químicas o médicas.

i) Certificados de Origen

Los certificados de origen para las exportaciones son expedidos por la Cámara de Industrias, pero en el caso de los productos a ser exportados desde las Zonas Francas, tales certificados pueden ser también expedidos por el Ministerio de Economía y Finanzas con el asesoramiento de la Dirección Nacional de Zonas Francas.

A los efectos de conocer si el producto final a ser elaborado dentro de la Zona Franca pudiera calificar para obtener el certificado de origen es necesario requerir la decisión de la Cámara de Industrias, a cuyos efectos

se le deberá proporcionar toda la información respecto de la materia prima a ser utilizada y el producto final, conjuntamente con cualquier otra información complementaria que fuera requerida por dicho organismo.

Sin embargo, cuando los bienes precedentes de zona franca, tengan como destino final alguno de los países del Mercosur, si bien no pierden el origen, a los efectos de la tributación recibirán el mismo tratamiento que los bienes de origen extra-Mercosur, en virtud de lo establecido en la Decisión No. 8/94 del Consejo Mercado Común.

Lo mencionado anteriormente no es de aplicación para los productos incluidos en los convenios bilaterales de comercio, tales como CAUCE (Argentina) y PEC (Brasil), los cuales continuarán vigentes, a pesar de lo establecido precedentemente, durante un período de transición, el cual culminará en el 2001. Los productos manufacturados en zona franca pueden beneficiarse de dichos convenios, como cualquier producto de origen nacional. Sin embargo, los productos manufacturados en la zona no franca, tendrán preferencia en lo atinente a las cuotas establecidas en el marco de dichos convenios bilaterales de comercio.

B) Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (SAFI)

La Ley 11.073 de 24 de junio de 1948 y el Decreto Reglamentario de 20 de octubre de 1948 reglamentan el funcionamiento de estas sociedades.

Son sociedades anónimas que se caracterizan por lo siguiente:

a) Su actividad principal consiste en realizar inversiones en el extranjero (en títulos, bonos, acciones, debentures, letras, bienes mobiliarios o inmobiliarios) por cuenta propia o de terceros. Pueden también realizar actividades comerciales en el exterior, por cuenta propia o de terceros.
b) Gozan de un tratamiento impositivo especial: pagan como único tributo el 0,3% anual sobre su capital y reservas, tema que se analizará posteriormente; y
c) Están sometidas a algunas restricciones en las actividades que pueden realizar dentro del Uruguay.

Las SAFI podrán:

1º) Realizar directa o indirectamente, por cuenta propia o de terceros o para terceros, inversiones en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, bienes mobiliarios o inmobiliarios y tener invertidos en el exterior, por lo menos, el cincuenta por ciento de su activo propio y/o por cuenta de terceros.
2º) Realizar la misma actividad que la indicada en el numeral 1º) precedente y tener ingresos de fuente extranjera que excedan el 50% de sus ingresos totales.
3º) Como se ha referido precedentemente, las SAFI también pueden realizar actividades comerciales en el exterior por cuenta propia o de terceros o para terceros de acuerdo a lo estipulado por el artículo Nº 635 de la Ley Nº 16.170 del 28 de diciembre de 1990.

Limitaciones

En principio no pueden realizar actividades de inversión ni mantener activos en el país, salvo excepciones que deben examinarse caso por caso.

Las acciones de estas sociedades no pueden ser caucionadas o prendadas en garantía de créditos concedidos a sus propietarios.

Régimen Impositivo

Cumpliendo el requisito de que su activo en URUGUAY esté formado:

a) únicamente por acciones de otras sociedades de este tipo; y/o
b) por saldo de cuentas bancarias en suma inferior al 10% de su activo, y/o
c) por deuda pública nacional, títulos hipotecarios y municipales abonarán como único tributo el 0,3% anual sobre su capital y reservas. Estarán pues exentas de todo otro tributo sobre sus rentas, patrimonio, etc.

La ley dispone que al capital emitido en acciones y en debentures u obligaciones, más las reservas, se sumará a los efectos de calcular el capital sujeto a impuesto, toda aquella parte del pasivo exigible, y de los fondos administrados por cuenta de terceros que exceda del doble del capital total emitido en acciones y debentures y reservas.

Este impuesto puede ser consolidado, pagando hasta 15 años. Sin embargo, no es usual utilizar este derecho por cuanto en casi cuarenta años de vigencia de la ley el impuesto no ha sufrido alteraciones.

Para la valuación de los activos se aplican las mismas normas que para el impuesto a la renta y el monto imponible se determina al fin del ejercicio.

Si la sociedad no cumple con los requisitos para beneficiarse con el tratamiento especial, sus impuestos se liquidarán según las normas generales para sociedades anónimas.

En caso de ocupar personal local, corresponderán las contribuciones especiales de seguridad social de acuerdo al régimen general.

Las SAFI deberán actuar como agentes de retención de impuestos en los siguientes casos:

En caso de realizar giros o créditos de dividendos o utilidades a personas físicas o jurídicas del exterior, los mismos estarán sujetos a una retención del 30% cuando: a) se encuentran gravadas en el país de domicilio del beneficiario y b) exista crédito fiscal en el mismo por lo abonado en Uruguay.

En caso de realizar giros o créditos por royalties a personas del exterior los mismos estarán sujetos a retención del 30% en todos los casos.

En caso de realizar giros o créditos por honorarios de asistencia técnica, los mismos estarán sujetos a una retención del 30% (salvo cuando esas rentas están gravadas para su beneficiario en el país de su domicilio y no se le reconoce crédito fiscal por lo abonado en Uruguay, en cuyo caso aquí se exoneran).

Las SAFI que fueran deudoras de personas físicas domiciliadas en el exterior o de personas jurídicas constituidas en el exterior y que no actúen en el país por intermedio de agencia, sucursal o establecimiento, son agentes de retención por el IP (tasa del 2% para personas jurídicas y del 0,7% al 3% para personas físicas) de sus acreedores. Sin embargo, no debe efectuarse la retención cuando los créditos de las personas mencionadas provengan de saldos de precios que deriven de importaciones, préstamos o depósitos en moneda extranjera, y se trate de personas extranjeras.

Las SAFI a las que personas físicas o jurídicas del exterior le prestaran servicios en el territorio nacional deberán retener el IVA correspondiente a dichos servicios.

C) Sociedades de Trading

Este régimen no se trata de un vehículo jurídico diferente, sino que son sociedades comunes, regidas por la Ley de Sociedades Comerciales No.16.060 de 4 de setiembre de 1989, que desarrollan una actividad de intermediación en territorio nacional en la compra-venta de bienes y servicios entre terceros países, y siempre que:

a) las mercaderías estén situadas en el exterior y no tengan por origen ni destino el territorio nacional

b) los servicios se presten y utilicen económicamente en el exterior

La Resolución 51/97 de 19 de marzo de 1997 estableció un régimen ficto de determinación de la renta neta de fuente uruguaya para dichas operaciones, fijando a la misma en el 3% de la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra de los referidos bienes y servicios.

Los contribuyentes que realicen estas actividades pueden optar por aplicar este régimen o por determinar su renta neta real de fuente uruguaya.

Esta Resolución proporciona un marco de seguridad jurídica a la empresa, ya que elimina la incertidumbre implícita al tener que estimar el porcentaje que corresponde a fuente uruguaya en la totalidad de las rentas.

D) Entidades de Intermediación Financiera Externa

El sistema de intermediación financiera está regulado por la Ley 15.322 de 23 de setiembre de 1982.

Las Entidades de Intermediación Financiera Externa (EIFE) son sociedades anónimas con el objeto exclusivo de realizar actividades financieras con no residentes. Requerirán para su instalación autorización previa del Poder Ejecutivo, el que se asesorará con el Banco Central del Uruguay. Estas sociedades deberán emitir las acciones representativas de su capital en forma nominativa.

En el art.4 de la mencionada Ley se exonera de toda obligación tributaria que recaiga sobre su actividad, las operaciones correspondientes al giro, el patrimonio y las rentas de las empresas financieras que tengan por exclusivo objeto la realización de operaciones de intermediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos radicados fuera del país. Es decir que se encuentran exoneradas de todo impuesto nacional, excepto las contribuciones especiales a la seguridad social.

E) Ley de Puertos

La Ley de Puertos No.16.246 de 23 de abril de 1992, en su art.2º establece la libre circulación de mercaderías en el Puerto de Montevideo, sin autorizaciones ni trámites formales para ello.

El art.3º de dicha Ley exonera de todos lo tributos y recargos aplicables a la importación o en ocasión de la misma a las mercaderías que se encuentren en el recinto aduanero portuario. Si se introdujeran desde el

Puerto de Montevideo al territorio aduanero nacional, serán consideradas importaciones o despachos de entrada procedentes del exterior a todos los efectos.

Este régimen se aplicará también a los demás puertos y terminales portuarias de la República con capacidad para recibir naves de ultramar, cuyas áreas aduaneras y portuarias estén jurídicamente delimitadas.

El art.43 de la Ley de Urgencia No.17.243 de 6 de julio de 2000 estableció que no están comprendidas en la base imponible del IP las mercaderías depositadas en régimen de puerto libre, cuyos titulares sean personas físicas o jurídicas radicadas en el exterior. Con esta norma se busca solucionar el problema que se planteaba con respecto a las mercaderías que permanecían en estos recintos al 31 de diciembre, y que por lo tanto antes de esta norma se encontraban alcanzadas por el IP.

V. CONCLUSIONES GENERALES

En el marco de los incentivos vigentes la Ley de Inversiones tiene una gran importancia, pero la misma mantiene problemas como son:

- los beneficios son mejor aprovechados por una empresa en marcha que por una nueva, lo cual no es razonable
- el beneficio fiscal es incierto
- se incentiva el uso de tecnologías intensivas en la utilización de capital respecto a mano de obra

Es importante para la empresa manejar los diferentes incentivos, utilizando en los casos que la reglamentación lo permita mas de uno a la vez. Una opción de este tipo es la utilización de la exoneración por inversiones conjuntamente con la canalización del ahorro, en cuyo caso se deberá evaluar en que momento conviene aplicar cada uno de estos instrumentos de forma de optimizar ambos beneficios.

Como conclusión final corresponde resaltar la importancia que tiene en la empresa una buena política de planeamiento en la cual juega un rol fundamental un análisis de los beneficios fiscales que se puedan obtener de manera de poder reducir costos fiscales como un elemento para lograr una mayor eficiencia. Para esta planificación y la del Gobierno, los contadores tenemos la gran responsabilidad de cooperar con el Gobierno y los particulares para que esta herramienta de política fiscal sea usada de modo de lograr el desarrollo social y económico de nuestro País.

Colación de grado
de Master, abril 2001

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- ***Brugnini, María Federica, Laventure, Isabel,*** *«El concubinato en la jurisprudencia nacional»*

EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL
Análisis de la evolución del tratamiento jurisprudencial en el Uruguay

MARÍA FEDERICA BRUGNINI – ISABEL LAVENTURE

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS. A) La tesis de la sociedad de hecho. B) Tesis del enriquecimiento sin causa. C) Tesis de la asimilación a la sociedad conyugal. III. DESALOJO DE UN CONCUBINO POR EL OTRO. IV. PENSIÓN ALIMENTICIA. V. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la familia es, y debe serlo, uno de los pilares fundamentales de nuestro Derecho, y no debe entenderse actualmente reducida a la familia legítima. El artículo 40 de nuestra Carta Magna dice, simplemente, que "la familia es la base de nuestra sociedad", no haciendo distinción entre la legítima y la natural. La manifestación más clara de esta equiparación se da con relación a la filiación. La propia Constitución, en su artículo 42, señala que los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio, -o sea, los hijos naturales-, los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

El tema en discusión no es aquí, entonces, el de la protección de los hijos naturales, sino si esta tutela a la familia natural abarca asimismo a las uniones de hecho, no ya en lo concerniente a los hijos, sino en las relaciones entre los propios miembros de la pareja. Las consecuencias jurídicas derivadas del concubinato será, pues, el punto a estudiar en el presente trabajo.

El silencio del legislador hasta el momento, ha forzado a que el desarrollo de este tema haya sido realizado por la doctrina y fundamentalmente por la jurisprudencia. Es a este desarrollo jurisprudencial al que haremos aquí especial referencia, debido a que consideramos que han sido nuestros Magistrados quienes han jugado un rol fundamental, desde las primeras décadas del siglo XX, en lo que hace al presente tema.

Como veremos, la doctrina y jurisprudencia han debatido por años, y aún lo hacen en el presente, si nos encontramos ante verdaderas lagunas legales, dignas de ser integradas o ante situaciones frente a las cuales el legislador no ha intervenido, no por olvido o ignorancia, sino por el disfavor con el que mira ciertas relaciones.

Acotaremos este trabajo a los puntos más relevantes en torno a la problemática en análisis. Las relaciones patrimoniales entre los concubinos, el desalojo de uno de los miembros de la pareja, la posibilidad del reclamo de una pensión alimenticia y la investigación de la paternidad serán, pues, los ítems objeto de desarrollo.

II. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS

En las primeras décadas del siglo XX, la actitud de los Tribunales nacionales con relación a las reclamaciones patrimoniales entre concubinos fue oscilante, contando con la ausencia de previsiones legislativas respecto del tema.

Sin embargo, no podía continuarse ignorando una realidad que se hacía cada vez más corriente. Era evidente que los magistrados no podían abstenerse de señalar soluciones, frente a un hecho dejado de lado por el legislador.

Esta necesidad de injerencia por parte de los jueces no fue, como es lógico en un punto tan álgido y debatido, compartida por todos. Es así que en una sentencia de Francisco Jardí Abella [1] puede leerse: "Si el legislador no se ha ocupado de tal hecho, si no ha contemplado en forma alguna las relaciones de los concubinos, no ha sido por imprevisión, por no conocer el problema, sino sencillamente porque rechaza esa unión por ser contraria a los intereses de la sociedad". La protección de la institución del matrimonio y la inexistencia de una convención entre los concubinos fueron los dos ejes en que se basó esta doctrina para justificar el silencio del ordenamiento jurídico en lo que hace a las uniones irregulares.[2]

A pesar de la resistencia inicial, es en el campo de las relaciones patrimoniales entre los concubinos donde se ha proyectado básicamente el reconocimiento de esta figura como fuente de relaciones jurídicas.

Podemos anotar tres tendencias en la jurisprudencia nacional para canalizar el problema de las relaciones patrimoniales entre concubinos. Una primera solución consiste en la aplicación de las reglas de la sociedad de hecho (art. 1890 del Código Civil). Superada ésta, al no poder hacer frente a las críticas de las que fue objeto (principalmente, la necesidad de la existencia de aportes, de un fin lucrativo, y de la llamada "affectio societatis", extremos que no nacen por la mera existencia de la unión de hecho), aparece un segundo enfoque, que trata de responder a la cuestión a través de la acción "in rem verso" (cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa, artículo 1308 Código Civil). Pero la evolución en torno a este punto siguió todavía, y es así que, en un intento por superar una mirada estrictamente patrimonialista de este problema, y tratando de encontrar una solución más acorde con las bases y los fines del concubinato "more uxorio", es que surge una tercera posición, que busca la respuesta en la aplicación por analogía de las reglas establecidas para la sociedad conyugal.

La meta, sin embargo, es común: proteger a la parte más débil, en la gran mayoría de los casos la mujer, cuya situación muchas veces atenta contra el sentido más elemental de justicia. La protección de la familia, que por mandato constitucional debe ser tutelada por el Estado, sin distinguir según su carácter de legítima o natural, constituye la fundamentación jurídica básica de la tesis jurisprudencial que reconoce efectos patrimoniales al concubinato more uxorio.

La cuestión será, entonces, determinar las reglas aplicables a las relaciones patrimoniales originadas entre concubinos.

A) La tesis de la sociedad de hecho.

En este sentido, cabe destacar el fallo de Enrique C. Armand Ugon, que abrió camino a la jurisprudencia para admitir este tipo de reclamaciones, si bien sobre la base de una argumentación que se considera hoy superada. El sentenciante expresa que: "la actuación de las partes de común acuerdo, durante muchos años (...), crea una situación de hecho que se aproxima a la de las sociedades de hecho, con las consecuencias jurídicas emergentes de la existencia de éstas." [3] La sentencia califica al concubinato como un hecho jurídico que produce efectos como tal. El Tribunal que entendió en la segunda instancia, si bien confirmó la sentencia, moderó sus términos, estableciendo que: "el concubinato, (...) para la ley no existe como fuente de obligaciones, pero el concubinato no puede impedir que surjan relaciones entre los concubinos". [4 5 6]

La sentencia de Armand Ugon reconoció en el concubinato more uxorio los elementos constitutivos de la sociedad de hecho, mientras que la de segunda instancia solamente estableció que el concubinato puede ser el ámbito propicio para que surja una sociedad de hecho, pero la existencia de ésta no es una consecuencia necesaria de la relación concubinaria. El solo hecho del concubinato no determina que como corolario de la relación se den los presupuestos para promover una reclamación.

La opinión de Armand Ugon recibió, en su momento, apoyo doctrinario y es así que en un trabajo del Dr. Carlos Salvagno Campos se dice: "Cuando un hombre y una mujer llegan a unir sus destinos con el vínculo natural y estable de un concubinato permanente y more uxorio, se produce siempre entre ambos,

1 LJU, c. 87, T. 1, págs. 104 y ss, Juzgado Primera instancia en lo Civil de 1º Turno, 17 de noviembre de 1938

2 "El concubinato es un estado irregular de carácter marital, tolerado, pero no protegido. Es evidente que esta protección abierta implicaría un ataque a principios éticos y sociales defendidos explícitamente por la carta constitucional.", LJU, c. 1670, T. 8, año 1944

3 LJU, T. 5, c. 1129, págs 186 y ss. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo civil de 5º turno, 27 de febrero de 1934

4 LJU, T. 5, c. 1129, págs. 186 y ss, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno

5 En este sentido, ver c. 7546 LJU. "El concubinato, en sí mismo, no engendra derechos de clase alguna, aún cuando puede originar o crear el ambiente propicio para que se den determinadas situaciones de hecho especialísimas de las que deriven determinados derechos amparables tanto por el instituto de la sociedad de hecho, como por el cuasicontrato de enriquecimiento sin causa"

6 La propia Suprema Corte de Justicia ha sostenido, con distintas integraciones, que el concubinato por sí solo no tiene efectos patrimoniales. En caso de que existan aportes comunes, interés de negociar en común y ánimo de lucro habrá sociedad de hecho. De lo contrario, de configurarse los elementos exigidos por el artículo 1308 del Código Civil, se podrá incoar la acción in rem verso del enriquecimiento sin causa.

no como consecuencia jurídica del mismo, sino por la fuerza de la realidad de las cosas, una sociedad especial de hecho".[7]

Actualmente puede decirse que este enfoque ha sido dejado atrás, ya que la jurisprudencia sostiene en forma unánime que la configuración de la sociedad de hecho depende de que existan los extremos que tipifiquen tal instituto: a) efectividad de aportes, b) intención de realizar negocios en común, c) ánimo de lucro y d) voluntad de participar tanto de los beneficios como de las pérdidas. Cuando tales requisitos se verifican, nuestros magistrados han señalado que "corresponde declarar el derecho de la concubina a la mitad de los bienes y derechos patrimoniales adquiridos por su concubino durante el período que duró el concubinato, por cuanto, resulta probado en autos, el aporte social de aquella, constituido por un esfuerzo laboral en la actividad comercial primero, y la reinversión después en el giro sucesivo del comercio de las utilidades que aquél generó, circunstancias estas que trasuntan la affectio societatis y que ambas, configuran la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos".[8]

Cabe anotar que la figura elegida por la jurisprudencia para encuadrar las relaciones patrimoniales entre los concubinos no es intrascendente, puesto que mientras que la aceptación de la sociedad de hecho implica el derecho de reivindicar una porción de los bienes, la del enriquecimiento sin causa genera un mero derecho de crédito del concubino que se ha visto empobrecido, frente al otro. Siguiendo la opinión de Gamarra, en el cuasicontrato de enriquecimiento sin causa, el monto de la reparación se determina por la relación empobrecimiento – enriquecimiento, siendo el menor de los dos términos de dicha correlación el que corresponde otorgar al reclamante, y no la división por mitades como sucede en la liquidación de la sociedad de hecho.

B) Tesis del enriquecimiento sin causa.

Nuestra jurisprudencia se ha inclinado en forma predominante hacia la figura del enriquecimiento sin causa para la dilucidación de las cuestiones patrimoniales que se suscitan al culminar el concubinato, al requerir la sociedad de hecho la prueba de ciertos elementos, como la existencia efectiva de aportes y la affectio societatis, que no surgen como regla general de un concubinato, independientemente de su duración.

Esto no significa que entre dos concubinos no pueda existir una sociedad de hecho, sino simplemente que en la gran mayoría de los casos los extremos requeridos para que pueda considerarse que ésta ha surgido, no nacen de la mera "comunidad de lecho, techo y mesa" que supone el concubinato more uxorio.

En un trabajo publicado en el año 1950, Gamarra señala que la sociedad de hecho y aún la formación de una comunidad de bienes es, para el enfoque general y objetivo de los concubinatos, una construcción puramente artificial, ya que la intención primaria de los concubinos es la de mantenerse libres, y no puede derivarse de ello un contrato o un propósito claro y definido de constituir una comunidad de bienes con participación de los mismos.[9]

La acción de enriquecimiento sin causa es un remedio de carácter general en que se manifiesta el principio según el cual no es admisible el perjuicio patrimonial ajeno sin una razón justificada.

Enseña Gamarra, en su trabajo anteriormente citado, que las condiciones del ejercicio de la acción de in rem verso son: a) enriquecimiento del demandado (el enriquecimiento puede ser de dos tipos, positivo, cuando el patrimonio es aumentado por la entrada de valores; negativo, cuando se impide un gasto que debía realizarse); b) empobrecimiento del demandante (la pérdida de una ganancia equivale a un empobrecimiento); c) correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento (es decir, la existencia de un vínculo de conexión entre ambos); d) ausencia de causa (existe enriquecimiento sin causa cuando el provecho es contrario, o no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico donde tiene lugar).

Según el prestigioso doctrino, es en esta figura en la que debemos subsumir las relaciones patrimoniales entre concubinos. Sin embargo, continúa diciendo, no todo concubinato supone un enriquecimiento sin causa; existirá enriquecimiento sin causa toda vez que la concubina colabore en la formación del acervo común, sin percibir remuneración. No puede afirmarse que la concubina actúa con intención de hacer una liberalidad, porque ésta no se presume. La medida del perjuicio experimentado por la concubina dependerá de la labor efectiva cumplida por la misma y, por ende, variará en cada especie concreta.

Pese a que el fundamento de la acción in rem verso ha sido el de equilibrar la situación de los concubinos una vez finalizada su relación, no puede decirse que la jurisprudencia se encuentre conteste en lo que respecta

7 "La sociedad de hecho en el concubinato more uxorio", RDJA, T. 38, pág. 221

8 Tribunal Civil 4º turno, sent. Nº 232, 27 de setiembre de 1978, Odriozola (red.), Catalurda, Colombo

9 Revista Facultad D. y C. Sociales, Año I, nº3, pág. 888 a 918, 1950

a la solución a dar en el supuesto en que la concubina presta servicios gratuitos al concubino. Es el caso, por demás común, de la concubina que se dedica a las tareas del hogar, sin realizar ninguna tarea remunerada, viviendo la pareja a costa de lo percibido por el concubino. Nuestros jueces se dividen aquí entre quienes sostienen que estos servicios se prestan con el ánimo de liberalidad propio de este tipo de relación, no pudiendo decirse que exista aquí, además, un enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de la actora, quien, por decirlo de alguna manera, vivió en forma "gratuita" durante los años que duró la relación y quienes creen que en estos casos puede ser procedente la acción por enriquecimiento sin causa, sobre la base de que el enriquecimiento del demandado puede ser tanto positivo como negativo, configurándose el último en los casos en que se produce el ahorro de un gasto. Del mismo modo, la concubina sufrió un empobrecimiento, desde el momento en que dejó de realizar tareas remuneradas para dedicarse al cuidado del hogar.

Ejemplos de la primera posición mencionada encontramos en lo que se transcribe a continuación: "Los servicios que la actora prestara en el hogar común hallan su razón de ser en la propia relación sentimental y consecuente convivencia, y suponen que el demandado aportó, además de su afecto, lo necesario para el mantenimiento del hogar. (...) No hubo enriquecimiento ni empobrecimiento de ninguno de los miembros de la pareja, sino aportes de ambos en beneficio del hogar común, en función de sus respectivas posibilidades, condiciones y circunstancias, que deben reputarse equivalentes". [10]

Esta postura, tal y como se señaló en los párrafos anteriores, no es compartida por todos nuestros Tribunales. En este sentido, puede verse el caso 11.020 de La Justicia Uruguaya: "La concubina puede realizar dos tipos de aportes: a) aportes directos, en trabajo o capital, y en tal supuesto, en principio, pueden inferirse los elementos configurativos de la sociedad irregular; b) pero el aporte puede ser también indirecto; es decir, sin realizar aportes de capital, sin colaborar efectivamente en empresa o tareas lucrativas de su concubino, la compañera realiza las tareas domésticas y tiene a su cargo la atención y orientación de los hijos. Esta última actividad proyecta evidentes consecuencias en las correlativas de su concubino: lo desahoga, lo "libera", de todas aquellas tareas que pudieran distraerle o restarle tiempo y energía para sus actividades lucrativas. Hay entonces una colaboración indirecta, pero efectiva y valorable; en cierto modo, una verdadera "división del trabajo", con una finalidad común, lo que permitiría, incluso, mientras otras circunstancias no la desvirtúan, invocar una verdadera sociedad de hecho; pero aún cuando esta solución no fuera aceptable, regirían igualmente los principios del enriquecimiento sin causa para fundamentar la reclamación de la concubina.

Por otra parte, no puede decirse que la posición de la Suprema Corte de Justicia sea clara en lo que refiere a este punto. El caso 12.701 de La Justicia Uruguaya marca la posición jurisprudencial de la Corte en la década de 1990 sobre el mismo. En dicha sentencia, por mayoría, con votos de Marabotto, Torello y Alonso de Marco, se sostiene que "los servicios que la actora pudo haber prestado en el hogar hallan su razón de ser en la propia relación sentimental y consecuente convivencia, y suponen que su concubino aportó lo necesario para el mantenimiento del hogar". Pero existen en el caso dos discordias que vale la pena destacar. Según Mariño, "la actora evitó que el patrimonio del causante se empobreciera, lo que en realidad se traduce en un enriquecimiento (...) La actora no realizó aporte de capital; pero el aporte puede ser también indirecto (...), que produce el enriquecimiento del causante a costa del esfuerzo de la actora". A su vez, Cairoli sostiene que considera que en el caso se configuran todos los elementos del enriquecimiento sin causa, ya que acorde al artículo 1308 del Código Civil, no es necesaria una disminución en el patrimonio, al limitarse el artículo a decir: "... en daño de otro".

C) Tesis de la asimilación a la sociedad conyugal.

Existe también en nuestro país, cierta doctrina y jurisprudencia que sostiene que el criterio regulador de las relaciones patrimoniales entre concubinos debe ser la sociedad conyugal, basándose en las similitudes entre ambas situaciones.

Según Jorge Lanzaro Peyre, en la realidad de las cosas, este tipo de concubinato (el more uxorio) aparece como una relación – personal y patrimonial – sustancialmente idéntica al matrimonio regular. Siendo así, la solución ha de buscarse por el lado de las normas que regulan las relaciones, patrimoniales en el caso, de los cónyuges en el matrimonio.[11]

"Cuando el concubinato tiene todos los caracteres de estabilidad, de seriedad, de constitución de una familia, las relaciones patrimoniales que afectan la pareja y que pueden afectar a terceros, deben regularse por los principios de la sociedad conyugal, aplicando por analogía las normas de la sociedad legal en la medida

[10] LJU, c. 10.122, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno

[11] Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 68 págs. 154 a 163

de los posible".[12] "Las razones del legislador para consagrar respecto del matrimonio legal el régimen de comunidad de bienes, se presenta, también, en el caso de la unión irregular o concubinaria (...) Por otra parte, para nosotros el matrimonio no es ya un sacramento; ni la unión de concubinos, con apariencia matrimonial puede considerarse inmoral ni ilícita (...) Por consiguiente, no parece existir mayor inconveniente para extender a la unión de hecho los principios de la sociedad legal".[13] Estos dictámenes de Nicoliello encontraron una fuerte resistencia por parte de un importante sector de la jurisprudencia nacional. En una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno puede leerse que "Tanto la legislación como la doctrina y jurisprudencia han ido paulatinamente reconociendo efectos jurídicos al concubinato, evolución que en algunos países se ha concretado en su equiparación al matrimonio, reconociendo sus mismos efectos, lo que no ocurre en el Uruguay. En nuestro país se distingue nítidamente la situación económica del concubinato de la situación económica derivada del matrimonio. La normativa de la sociedad conyugal no se extiende a la sociedad concubinaria; en aquella, y en consideración al matrimonio, el legislador impone que el cónyuge que no ha aportado participe del enriquecimiento logrado, aun en forma exclusiva por el otro. En cambio, el concubinato se gobierna ya sea por las normas de la sociedad de hecho o del enriquecimiento sin causa, admitiéndose el derecho de la concubina o del concubino en su caso, a ser recompensado únicamente tomando en consideración el aporte efectivamente efectuado, ya sea con su apoyo material y/o espiritual, al enriquecimiento concreto del otro".[14] [15]

III. DESALOJO DE UN CONCUBINO POR EL OTRO.

En lo referente a este tema, ya no nos encontramos en una hipótesis de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas sino que la jurisprudencia se encuentra ente la dificultad de encuadrar el tema dentro de nuestra legislación.

La concubina difícilmente puede ser ubicada dentro de la figura contractual del comodatario precario regulada por los artículos 2337 y 2238 inc. 1 del Código Civil. Y así lo establece acertadamente una sentencia dictada por el Juez Departamental de Maldonado de 1er Turno, al decidir que la ocupación no tiene su origen en una convención o contrato, salvo que se considere al concubinato como convención o contrato (tesis largamente superada respecto del matrimonio). La concubina, entonces, solo podría hallarse en la situación prevista por el inciso 2do. del art. 2238 de Código Civil: tenencia de la cosa, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Tal solución es objeto de discusión en doctrina y jurisprudencia. Arlas afirma "... parece claro que el concubinato, por sí solo, no da derecho a ocupar el inmueble perteneciente al concubino o que éste ha arrendado y que, terminada la relación concubinaria, la concubina solo permanece en el bien por tolerancia del propietario o arrendatario, revistiendo así calidad de comodataria precaria." [16] En una postura contraria, Véscovi señala:"... la jurisprudencia... ha dicho que la concubina no puede ser desalojada como precaria, lo que parece indiscutible, pese a la redacción de la nueva ley."[17]

Dicha discusión también se presenta en el plano jurisprudencial: Víctor Hugo Bermúdez en una sentencia publicada en LJU. T. 67 C. 8045 sostuvo que : "...en el plano de la pura especulación doctrinaria el "status" de concubina desplaza a la figura del precario, pues no se configuran alrededor las notas que definen la ocupación precaria."

Por otro lado, Thevenet De Andrea revocó dicha sentencia, considerando que la concubina era ocupante precaria pues aunque no encuadraba estrictamente en ninguna de las categorías de los artículos 2237 y 2238 del Código Civil, debía entenderse que la figura de la ocupación precaria trascendía los términos del inciso segundo del art. 2238 para comprender a todo aquel que por un acto de liberalidad del propietario disfruta de un bien ajeno.

12 Juzgado civil 1º, sent. Nº 92, 15 de abril de 1974, Nicoliello

13 LJU, c. 8.699, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º Turno

14 Trib. Civil 2º, sent. Nº 2668, 29 de octubre de 1990, Fernández Rey (red), Varela de Motta, Brito del Pino

15 En el mismo sentido: "Existen razones de orden jurídico que impiden que cuando se verifica un concubinato "more uxorio" los efectos patrimoniales del mismo se regulen por las normas de la sociedad conyugal. Si la ley ha previsto la sociedad conyugal es porque ha pretendido reforzar la institución matrimonial con esa relación patrimonial. Y si bien por razones de justicia y humanidad también se ha protegido a la familia natural, el constituyente y el legislador han dado carácter prioritario y preferente a la familia legítima, en tanto ella representa el orden que ha instituido nuestro sistema jurídico, filosófico y social". Trib. Civil 3º, sent. Nº 184, 22 de junio de 1988, Rodríguez de Vecchi (red), Pessano, Echeverría

16 "La legitimación en las leyes n. 14.219 y 14.220"; en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1975 n. 1 pág. 42

17 "Del procedimiento en arrendamientos y desalojos urbanos y rurales". Mvdeo, 1976, pág. 13

La realidad es que, en la gran mayoría de los casos, la comunidad de vida y la habitación consiguiente no han sido "toleradas" por el concubino, dueño del inmueble. La concubina no accede a la finca por ignorancia o mera tolerancia de su concubino, sino por la expresa e inequívoca voluntad de éste. La habitación es el efecto o consecuencia de la relación concubinaria, y ésta, el medio por el cual satisface al concubino una necesidad física y afectiva.

Establecen las sentencias que al hablar de concubinato, se refieren al more uxorio, es decir, a una unión dotada de cierta duración, estabilidad y continuidad, con apariencia de vida matrimonial, en razón de que, si se trata de una relación sexual accidental y transitoria que mantenga una pareja fuera del matrimonio, aquí si se configuraría claramente la figura del precario. Esto es así ya que de lo que se trata es de proteger jurídicamente a la concubina en tanto miembro de un núcleo familiar constituido.

Resulta sin embargo interesante destacar que, en general, las sentencias se preocupan en precisar que su enfoque "de ninguna manera pretende una equiparación entre las figuras del matrimonio y del concubinato."

Existe un fallo de un Juzgado de Paz de Salto[18] que se pronuncia en el mismo sentido. Establece que: admitiendo que el concubinato haya sido tácitamente reconocido por nuestras leyes, aunque solo produzca efectos limitados, dejando de ser moralmente reprobable y contrario a nuestras costumbres, cabe preguntarse qué clase de concubinato ha de ser objeto de protección o tolerancia. La única exclusión procedente es la de las meras relaciones sexuales accidentales o transitorias.

La sentencia concluye que "naturalmente, en el plano de la pura especulación doctrinaria, el status de concubina, desplaza la figura del "precario", pues no se configuran alrededor de ésta las notas que definen la ocupación precaria. Pero extinguida la relación, en cuyo mérito se verificó la habitación, la exacta calificación de la situación de la concubina ha de depender, en buena medida, de los efectos que se atribuyen a la unión libre. La concubina, no puede ser ocupante precaria pues no se configuran respecto de aquella los elementos individualizantes del precario legal".

En lugar de preguntarse qué derecho asiste a la concubina a permanecer en la finca, ¿por qué no invertir el razonamiento y preguntarse qué derecho asiste al demandante para ampararse en la cesación de un estado que él contribuyó a forjar?

Siendo el concubinato un mero estado de hecho, que puede cesar por voluntad de cualquiera de las partes, habría que admitir el derecho del concubino a desalojar a su concubina, incluso con sus hijos, en el momento que decidiera promover la ruptura del vínculo. Pero ocurre que todo sujeto de derecho debe ser responsable de sus actos u omisiones, y soportar las consecuencias de su conducta (o inconducta). Quien voluntariamente ha sido partícipe de una relación "no reglamentada ni amparada por la ley", no puede pretender el amparo de la misma ley; no puede así pretender el amparo de la justicia.

La misma sentencia explica: "no es la concubina... es la madre y en último término la familia natural, quien ha de ser cubierta por el manto tutelar de la justicia. Y si un fundamento jurídico ha de exigirse para apuntalar una solución instintiva, humana y equitativa, él debe encontrarse en el principio constitucional de protección de la maternidad, que cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo" (artículo 42 inc 2º Constitución).

"...La calidad de concubina more uxorio, no solo desplaza la figura del precario sino que, y por lo demás, debe ser objeto de protección."

Ya se ha examinado dentro del desalojo, el tema referente al concubino, propietario o arrendatario del inmueble en el cual habitó la concubina, que pretende el desalojo de la misma, una vez finalizada la relación, alegando la calidad de ocupante precaria. Queda, sin embargo, por mencionar una segunda situación. Tal como lo explicita María Ines Varela de Motta[19] se trata de otro tipo de reclamaciones, provenientes del tercero propietario del inmueble que lo había arrendado a la pareja, y una vez fallecido el arrendatario, pretende obtener el desalojo del otro, también como precario.

Se establece en el mismo trabajo que, "el planteo que ha sido formulado ante los tribunales, es el del propietario que arrendó la finca al concubino y habiendo finalizado la relación concubinaria, el arrendatario abandonó la finca en la que permanecieron la ex compañera y los hijos provenientes de dicha unión. El propietario promovió el desalojo del núcleo familiar que quedó habitándola. En una sentencia dictada en 1981, siendo Juez Letrado en lo Civil de 12º Turno[20], se sostuvo que la finca había sido arrendada para el inquilino (concubino) y su familia. Al haberse retirado aquel por ruptura de la unión libre, quedaron habitándola la concubina y una hija de ambos. Se dijo que no se trataba de terceros extraños a la relación arrendaticia ya

[18] LJU. No. 8045

[19] RUDF T. XII p. 11-14 "El concubinato en la Jurisprudencia Uruguaya"

que ambos formaban la familia del arrendatario con derecho a permanecer en la vivienda, aún cuando no hubieran sido mencionados en el contrato en forma expresa."

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

Se trata aquí de determinar si existe o procede obligación alimentaria entre los concubinos.

Del estudio del ordenamiento jurídico vigente no surge que exista alguna norma que imponga la obligación legal, civil, de alimentos a cargo del concubino a favor de su concubina, ya sea durante la relación concubinaria o bien, después de que ésta haya concluido.[21]

Entrando ya a lo dispuesto por la jurisprudencia nacional, el Tribunal de Familia de 2do Turno[22], hace referencia a la misma circunstancia, citando a Irureta Goyena, quien señala que: "la obligación alimentaria en nuestra legislación solo alcanza a las personas unidas por vínculos de familia, ya sean éstos los del parentesco consanguíneo legítimo o natural, del parentesco por afinidad, del matrimonio o de la adopción, y ello es así porque el fundamento de la obligación alimentaria legal se halla en un deber ético de asistencia entre parientes, de "pietas" que impone la comunidad de sangre y las relaciones de familia como condición necesaria para el mantenimiento de esta institución social." [23] Se señala en doctrina que las fuentes de la obligación alimentaria son tres: la ley, el contrato y el testamento; es decir, la ley y la voluntad del hombre.

Concluye por lo tanto la sentencia en análisis que "el concubinato, en consecuencia, no constituye una situación atendible en el ámbito de la obligación alimentaria, desde que no se contempla a su respecto, por lo menos en el actual enfoque normativo positivo vigente, una solución específica amén de las previstas para las relaciones de parentesco y/o familia." Establece como conclusión que "en el tiempo presente, y en atención a la normativa jurídica imperante, la relación concubinaria no es fuente de obligación alimentaria alguna."

En dicha sentencia, tuvo lugar una discordia, muy citada en diversas obras, del Ministro Dr. Tobía Fernández, "por entender, como se ha dicho, en argumentos enteramente compartibles, en aplicación de los principios de solidaridad y protección de los componentes más débiles de la familia, institución constitucionalmente amparada sin distinguir entre familia legítima o natural, y reconociéndose que el derecho alimentario reposa en el derecho a la vida (principio igualmente de protección en rango constitucional) debe concluirse en que la finalidad del derecho alimentario es el de hacer posible la existencia, es la satisfacción de las necesidades de la vida, con lo cual, en situaciones.... en las cuales se denuncia situación de indigencia de la componente del núcleo familiar natural fracturado, debe reconocerse el derecho de reclamar alimentos por la concubina, posibilidades que no significan igualar situaciones con fundamento en el instituto matrimonial, sino, en cambio, propone conceder legitimación activa para el reclamo a quien se encuentra en la indigencia, en situación de desamparo, generada por la fractura del núcleo familiar natural."

V. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

El tema a tratar ahora, se aparta de los vistos anteriormente ya que aquí, nuestro Código Civil presenta una norma expresa en su artículo 241 numeral 4: "La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada cuando el pretendido padre haya vivido en concubinato notorio con la madre durante el período de la concepción". Ya no se trata aquí de posiciones doctrinarias enfrentadas ni de lagunas normativas.

Por lo tanto, descartada una situación de falta de regulación normativa, nos encontramos para este caso, frente a un problema de interpretación ya que el concepto de "concubinato notorio" ha tenido diferentes interpretaciones, o exigencias para su configuración en nuestra jurisprudencia.

Son dos básicamente las posiciones que se han encontrado, y que reflejan una interpretación histórica-evolutiva en el entendido de que "concubinato notorio" no es hoy en día lo que pudo ser varios años atrás.

Es así que una sentencia del año 1990, dictada por el Juzgado Letrado de Familia de 6to Turno considera necesaria la cohabitación, esto es, la comunidad de techo, lecho y mesa para que se configure el concubinato notorio y proceda así la investigación de la paternidad ilegítima. Establece que hay una sutil y definitoria diferencia entre la calidad de "amantes estables" y concubinos y la exigencia de un domicilio común entre los sujetos, es imprescindible ya que sin él no es posible sostener la existencia de un concubinato.

20 caso 653/81
21 Ordoqui, "El concubinato". Ediciones Del Foro, 1995, p. 175
22 caso 12.908 LJU
23 "Der. de Fam." Compilación a cargo de los Dres. Rivero de Arhancet y Vaz Ferreira, p. 71 y 89

En resumen, la posición que adopta dicha sentencia radica en la interpretación de concubinato notorio como concubinato *more uxorio.*

El Lombardi, discorde en dicha sentencia, expresa que: "el concubinato notorio a que alude la norma no puede entenderse en el sentido de *more uxorio.* Si se ha acreditado que las partes eran amantes, llevando una relación relativamente extendida en el tiempo y que la mujer no tenía comercio con otro hombre en ese período, puede concluirse que ambos vivían en concubinato notorio, como quiere la ley, pese a que no tenían la comunidad de techo, lecho y mesa".

Su discordia ya es más cercana a la segunda posición mencionada, recogida en sentencias posteriores. Efectivamente, se entiende actualmente que no es necesaria la cohabitación.

"El concubinato puede ser con apariencia de matrimonio o sin ella; en este último caso, es suficiente que exista la unión o relación sexual de un hombre y una mujer".[24]

"La sala se afilia a la posición del concubinato en el sentido amplio respecto de la causal edictada por el art. 241 n° 4 del C.C. El concubinato notorio a que alude la norma citada no puede entenderse en el sentido de more uxorio. No cabe duda que la natural evolución de las pautas sociales y culturales debe incidir en la interpretación de las normas".[25]

Así también el Trib. de Flia. 1°[26], se afilia al concepto amplio de concubinato notorio según el cual cabe exigir las notas de continuidad, notoriedad y estabilidad para reputarlo configurado, sin que quepa requerir la cohabitación como elemento esencial.

En otra sentencia el mismo Tribunal sostiene que "no es necesario que haya entre sus integrantes la comunidad de techo, lecho y mesa requerida cuando nos referimos a un concubinato more uxorio, sino que para considerar que estamos frente a un concubinato notorio son necesarias determinadas pautas tales como la existencia de relaciones íntimas de la pareja, que tienen una determinada duración en el tiempo, que son notorias, de carácter exclusivo y que para el caso de la investigación de la paternidad natural son contemporáneas a la fecha de la concepción".

La expresión "concubinato notorio" no ha tenido una interpretación unánime en nuestra jurisprudencia. Queda por analizar la concepción en torno al noviazgo que más ampliamente se ha aceptado. La cuestión radica en determinar si procede la investigación de la paternidad respecto de un novio. Es decir, el noviazgo ¿configura hipótesis de concubinato notorio?

Pocas sentencias hacen referencia directa al noviazgo propiamente dicho. Sí establece sin embargo, en reiteradas ocasiones, que la comunidad de habitación no es condición indispensable; que basta con las relaciones sexuales continuas, notorias y exclusivas sin que sea menester la habitación común; que el concubinato notorio a que alude el artículo 241 n. 4 del Código Civil no puede entenderse en el sentido de more uxorio; que la natural evolución de las pautas sociales y culturales debe incidir en la interpretación de las normas, etc.

De esta forma, una sentencia del Tribunal de Familia de 1º Turno[27] establece: "en el momento actual, el concepto de noviazgo ha variado; años atrás no eran aceptadas en general las relaciones sexuales prematrimoniales y quienes las mantenían durante el noviazgo, se encontraban en una situación incómoda ante la sociedad. En el momento actual, la situación ha variado y se encuentra generalizad la idea de que cuando estamos ante una pareja de novios, que mantiene una relación de carácter sentimental frente a sus conocidos, familiares y amigos, además de existir una relación sentimental, la misma se integra con la existencia de relaciones íntimas, lo que en la mayoría de los casos nos lleva a la conclusión de la existencia de un concubinato que conlleva los caracteres de notorio, no requiriéndose en momento alguno el vivir juntos."

Otra sentencia anterior en el tiempo[28] expresa que existe una "sutil y definitoria diferencia entre la calidad de amantes estables y concubinos... si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que éste puede invocarse en ámbito jurídico. Va de suyo entonces, que la cohabitación se perfila como un elemento esencial de la figura concubinaria. Esa cohabitación se resume en el régimen de las tres comunidades (techo, lecho y mesa)".

En dicho fallo, se presenta una discordia de Lombardi por entender que "el concubinato notorio al que alude la norma citada no puede entenderse en el sentido de more uxorio. De tal manera que, si se ha acreditado que las partes eran amantes, llevando una relación relativamente extendida en el tiempo y que la

24 S.C. de Just.. sent. n° 832. 24/11/95. Cairoli, Alonso de Marco, Marabotto, Torello, Mariño.
25 Trib. De Flia. 2°, sent. N° 30, 8/4/94, Pitanza, Viña, Toscano Laguarda.
26 Sent. 9 17/2/99
27 Sentencia No. 52 7/4/99 Battistella de Salaberry, Martínez Rosso y Monserrat Grau.
28 Tribunal de Apelaciones de familia 2º Turno. LJU N. 11611 24/7/90

mujer no tenía comercio con otro hombre en ese período, puede concluirse que ambos vivían en concubinato notorio, como quiere la ley, pese a que no tenían comunidad de techo, lecho y mesa."

Analizando los diferentes fallos que adoptan una u otra posición, es fácil notar que en nuestra jurisprudencia puede considerarse superada la posición que exigía la existencia de un concubinato more uxorio. Las últimas sentencias que han fallado sobre el tema se inclinan hacia la posición contraria mostrando así una evolución, más acorde con la realidad, que el Derecho debe siempre acompañar y regular.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis de nuestra jurisprudencia, debe destacarse que aunque se aprecia una clara evolución respecto de la protección de las relaciones concubinarias a medida que pasa el tiempo, aún subsisten posiciones enfrentadas.

Cuando se parece haber cubierto una laguna, o un estado de incertidumbre, alguna sentencia aislada, insiste en mantener vigente posiciones que se creían ya olvidadas. Esto se da, a nuestro entender, debido a la imposibilidad de considerar los problemas del concubinato en su faz exclusivamente jurídica, prescindiendo de las connotaciones familiares, humanas y morales que, en forma explícita o implícita, gravitan en el ánimo de los Magistrados.

Esto refleja el problema que aún se mantiene latente en lo referente al concubinato, justamente cuando datos estadísticos y la propia realidad nos demuestran día a día el auge del concubinato, desplazando al matrimonio, que en las últimas décadas ha sufrido un menoscabo asombroso.

El aumento del número de divorcios tampoco pasa desapercibido. Las razones para todo lo expuesto son diversas, y van desde el descrédito de la institución matrimonial y la familia legítima, el temor a las formalidades, pero fundamentalmente, un cambio en las sociedades modernas: el concubinato ya no es algo "mal visto" a los ojos del ciudadano común, sino que se ve, en muchas esferas, como una opción de vida alternativa e incluso igual de válida que el matrimonio.

No es nuestra intención en este trabajo calificar al concubinato desde el punto de vista moral, sino simplemente, y frente a la constatación de una realidad evidente, tratar de sentar pautas para la solución de los problemas que puedan plantearse, ya que el Derecho no puede cerrar los ojos frente a la realidad. Nos encontramos en la actualidad con una realidad que, para bien o para mal, ha avanzado frente al Derecho, dándose origen a todo un cúmulo de relaciones que no han sido abordadas aún por la legislación.

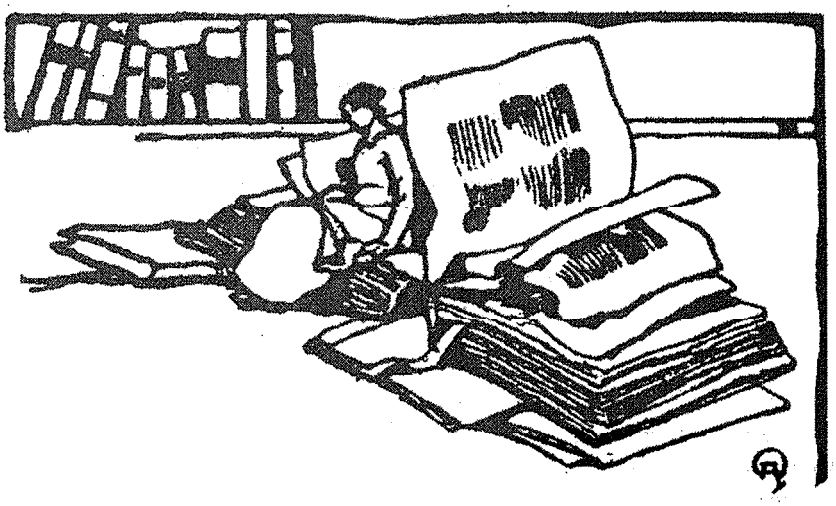
Si bien puede llegar a decirse, como se ha hecho en ciertas sentencias, que quien entró en una situación no regulada o incluso desalentada por el derecho no puede pretender luego el amparo del mismo, no consideramos de justicia la aplicación de esta máxima a las resoluciones de las reclamaciones entre concubinos.

En los últimos tiempos, ha tenido una gran relevancia en el campo del Derecho Civil la llamada "teoría de los actos propios". En síntesis podemos decir que dicha teoría consiste en que quien ha creado una expectativa cierta en otra persona, no puede lícitamente privar de ella a la otra por su mera voluntad. Las aplicaciones de esta teoría a la problemática que pueda suscitarse entre los concubinos, es, a nuestro entender, de una gran trascendencia, y así lo han entendido también ciertos magistrados, quizás aplicando el razonamiento sin mencionar la denominación de la teoría aplicada.

Cuando existen lagunas legales, en materia civil, el juez está obligado a fallar. El artículo 16 del Código Civil establece que, "Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley en la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas, y si todavía subsistiere la duda, se acudirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso."

En el caso del concubinato creemos que es claro que correspondería, en principio, la aplicación por analogía, del régimen regulador del matrimonio. Esta afirmación merece dos aclaraciones. En primer lugar, nos estamos refiriendo aquí, como lo hemos hecho a lo largo de todo este trabajo (salvo en el tema de la investigación de la paternidad), a un concubinato more uxorio, es decir, aquel en que existe la triple comunidad de lecho, techo y mesa; una unión concubinaria con apariencia de matrimonio, que, a los ojos de los demás, funciona como tal. En segundo lugar, cabe aclarar que no se propone aquí, una aplicación automática, por decirlo de alguna manera, de la analogía. Los jueces deberán analizar, en cada caso concreto, si se dan las circunstancias de hecho necesarias para amparar el reclamo del o de la concubina basado en este régimen. Como formas supletorias, es decir, cuando estas circunstancias (que consistirán esencialmente en un sistema de organización familiar asimilable al matrimonial), podrá aplicarse, en lo que hace a las relaciones patrimoniales, el principio del enriquecimiento sin causa del art. 1308 del CC y, en casos excepcionales, el régimen de la sociedad de hecho.

Será esta la única manera de cumplir con el mandato impuesto por nuestra Constitución, de protección a la familia, sin distinción.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

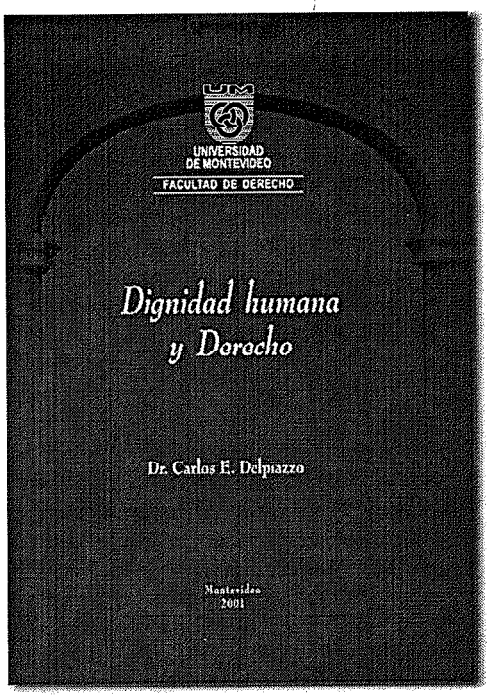
- *«Dignidad humana y Derecho»* ***(E. Soto Kloss)***
- *«Sociedades anónimas deportivas»* ***(B. Bugallo)***
- *«El nuevo Derecho de la Competencia»* ***(B. Bugallo)***
- *«Régimen jurídico de las telecomunicaciones»* ***(J. L. Echevarría)***

Dignidad humana y Derecho

Carlos E. Delpiazzo
Universidad de Montevideo 2001, 200 páginas.

Profesor en las Universidades de la República y de Montevideo, el Dr. Delpiazzo, cuya actividad está centrada en el Derecho Administrativo, se eleva en esta obra a los principios fundamentales que están en la base de todo ordenamiento jurídico, y que a todo hombre de Derecho atrae cuando alcanza las alturas de verdadero jurista; el positivismo y su cultivo deja siempre a ras de suelo, mas quien tiene ansias de progresar y conocer las profundidades del Derecho trata siempre de elevarse y conocer las primeras causas, aquellas que explican verdaderamente la realidad en su totalidad y atraen amorosamente hacia la verdad de las cosas dando plenitud y gozo al intelecto humano. Nunca hay que olvidar aquello de "así como el ojo está hecho para ver, la inteligencia está hecha para conocer la verdad y reposar en ella".

Se abre la obra con un hermoso prólogo del profesor Brito[1], al que siguen nueve capítulos dedicados respectivamente al derecho a la vida y el papel tutelar del Estado (15-26); el derecho a nacer y morir dignamente, cuestión e calidad de vida (27-35); el derecho a vivir en familia y el papel tutelar del Estado en este aspecto (37-53); el derecho a la educación, la elección de centros educativos (55-70), y la cuestión de las responsabilidades en la educación sexual (71-80); el derecho a la salud y el papel tutelar del Estado (81-101); y la cuestión de los límites al deber de cuidarla (103-119), en donde se analiza la huelga de hambre y el rechazo a tratamiento; el derecho a la intimidad y la protección de datos personales (121-174)[2] y, por último, el derecho a la identidad genética y la cuestión del patentamiento de la vida (175-196).



Cada capítulo contiene una lectura complementaria, en general de tipo práctico o un documento normativo concerniente al tema.

Una cuidada edición de la Universidad de Montevideo, un excelente tratamiento de cada derecho fundamental que se analiza, una rigurosa perspectiva valórica pro-persona, un adecuado reconocimiento del papel servicial y subsidiario del Estado y, sobre todo, una visión realista, ni utópica ni ideologizada, que da debida cuenta de lo que es la persona, y la primacía que asume en la vida social, ya que es ella el centro de la comunidad política, lo que se olvida, por desgracia, tan a menudo en nuestra América, y que la mantiene en el subdesarrollo por estatismo verdaderamente antihumanos.

Eduardo Soto Kloss[3]

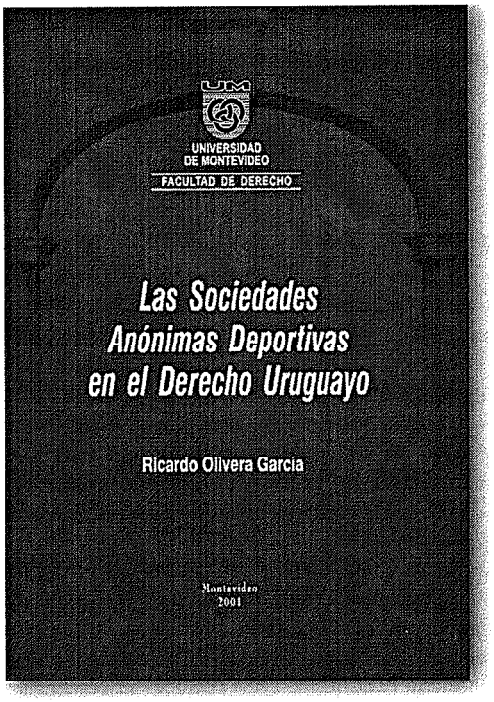
1 Rector de la Universidad de Montevideo, catedrático de derecho administrativo, profesor extraordinario de la Universidad Santo Tomás, y miembro del Consejo Científico de la revista Ius Publicum.

2 El Dr. Delpiazzo es también profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

3 Nota publicada originalmente en Revista Ius Publicum (Escuela de derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2001), Nº 6, págs. 260 y 261, por su Director quien es Profesor de Derecho Administrativo y Decano de Derecho en dicha Universidad.

Las Sociedades Anónimas Deportivas en el Derecho Uruguayo

Ricardo Olivera García
Universidad de Montevideo 2001, 119 páginas



La actividad deportiva profesional se ha desarrollado desde finales del siglo XX a un punto tal, que lejos de ser ya una mera actividad recreativa, ha adquirido relevancia fundamental dentro de la gran industria del entretenimiento. La contratación de deportistas, la puesta de los espectáculos, su difusión y explotación se vio progresivamente determinada por importantes inversiones realizadas por empresarios que, legítimamente, han buscado y buscan obtener una ganancia. Esta realidad, ocasionó modificaciones en los objetivos de los operadores de este sector: no se trata solamente de la promoción cultural de las disciplinas del ejercicio físico, sino también del ánimo de lucro o de la persecución de ganancias que – en ocasiones – parece advertirse como única finalidad.

Estos cambios determinaron una respuesta del Derecho. Las formas jurídicas tradicionalmente utilizadas en muchos casos se vieron insuficientes frente a la actividad realizada por las diversas personas colectivas. De igual manera, los controles dispuestos para éstas no parecían ya bastantes. Por ello, en el derecho comparado, entre otros mecanismos para corregir situaciones que pudieran resultar abusivas, surge la figura de la sociedad anónima deportiva. Es decir, en un sector de actividad usualmente gestionado a través de asociaciones civiles y otras formas caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, comienza a ser necesario prever un organización jurídica societaria especial que pueda atender tanto las particularidades de la actividad deportiva como la salvaguarda del inversionista.

En el Uruguay, siguiendo lo que ha sido tendencia general del derecho comparado en aquellos países que, como el nuestro, tienen un gran desarrollo futbolístico, se introdujo la figura de la Sociedad Anónima Deportiva, en adelante SAD. Constituye éste un subtipo de sociedad anónima especial, regulada por los artículos 66 a 83 de la Ley Nº 17.292 de 25 de enero de 2001.

Muy poco tiempo después de sancionada la norma legal, el Dr. Ricardo Olivera García nos presenta su análisis sobre el régimen uruguayo, sobre la base del estudio de los antecedentes internacionales y contextualizando técnicamente el tema en el derecho societario nacional.

El autor desarrolla la temática en doce capítulos. En el Capitulo 1, de Introducción, plantea el panorama normativo nacional en materia deportiva donde se insertan las disposiciones que constituyen el objeto de nuestro estudio. En el Capítulo 2, por su parte, analiza los antecedentes del Derecho Comparado que aparecen como referencia obligada para el completo entendimiento de razones y experiencia en la que se fundamenta el régimen nacional actualmente vigente.

Los siguientes artículos, 3 a 11, analizan propiamente el derecho uruguayo de las SAD. Resulta fundamental la apreciación sistémica que formula el autor, destacando y comentando los siguientes caracteres del nuevo régimen legal: a. crea un subtipo especial de sociedad anónima, b. crea una forma jurídica específica para los clubes deportivos, c. se trata de un régimen opcional, d. se trata de un régimen excepcional, e. se trata de una sociedad con actividad lucrativa, f. la SAD puede surgir en forma originaria o derivada, g. contiene normas preventivas de conductas antideportivas, h. establece un régimen especial de registración y control , e i. consolida para las SAD una amplia exoneración tributaria.

A lo largo de los capítulos mencionados, se atiende la regulación de cada uno de estos caracteres. De esta forma, la temática atiende: al estudio de la forma jurídica de las entidades deportivas; la adopción de la forma jurídica de la SAD; la temática de capitales y acciones del subtipo societario que se crea; la prevención de conductas antideportivas; aspectos de la administración de las SAD; el Registro de clubes deportivos; el tratamiento tributario.

El estudio monográfico finaliza con una reflexión final en la que se valora el esfuerzo y la oportunidad

del legislador en el tratamiento de esta materia, cuestionando algunos aspectos previstos por las disposiciones analizadas.

Acompaña este estudio un interesante Apéndice Normativo que presenta, además de la normativa nacional, la más destacada experiencia reguladora del Derecho Comparado: Ley francesa relativa a la organización y promoción de actividades físicas y deportivas, Reforma de la Ley francesa de organización y promoción de actividades físicas y deportivas, Ley italiana sobre sociedades deportivas y de federaciones deportivas nacionales, Reforma de la Ley italiana de sociedades deportivas, Ley española del Deporte, Reforma de la Ley española del Deporte, Ley argentina de Entidades Deportivas.

El contacto de los operadores nacionales con la temática está siendo y será progresivo. Al efecto, el único referente doctrinario lo constituye el libro que comentamos, producto de un fino estudio de este tema nuevo en el derecho uruguayo.

Beatriz Bugallo

«El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia»

Ricardo Olivera García, Augusto Durán Martínez, Siegbert Rippe, Alberto Usieto Blanco
Universidad de Montevideo 2001, 150 páginas

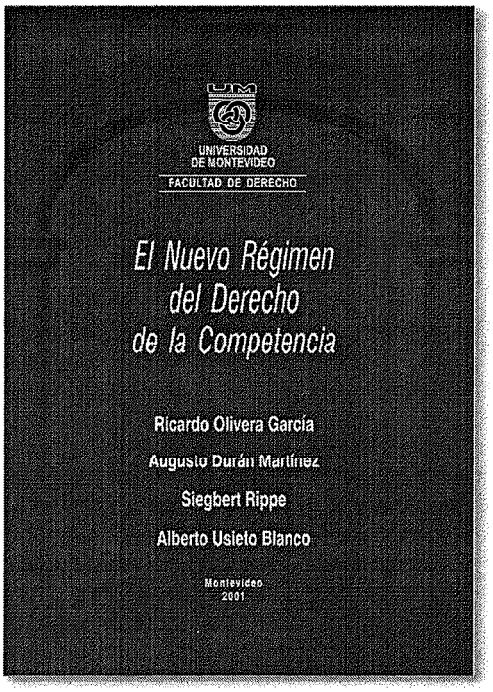
La libertad de competencia en el mercado aparece como el sustento actual de la operativa del mercado. Para que pueda desarrollarse se requiere que el derecho establezca las reglas de juego y que permita la solución de los conflictos que se suceden a raiz del comportamiento distorsionante de algunos operadores económicos.

Las disposiciones que permiten este sistema se denominan derecho de la competencia o, en algún caso, derecho de la libre competencia, cuyo objetivo es evitar las prácticas que la restringen y reprimir la competencia desleal.

En el mundo este tema tiene un desarrollo legislativo de diversa antigüedad. En Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, la temática de la defensa de la competencia – "antitrust law" - tiene origen en una ley, conocida como Sherman Act, del año de 1898, mientras que la sanción a los actos de competencia desleal tienen una extendida solución jurisprudencial. En Europa, por su parte, mientras que la competencia desleal fue reprimida por la jurisprudencia desde el siglo XIX, la defensa de la competencia aparece recién en el derecho nacional y comunitario a mediados del siglo XX.

En Latinoamérica, la temática ha merecido atención en épocas mucho más recientes, aunque en el nivel regional que nos comprende – MERCOSUR – se haya llegado prontamente a la formulación de un Protocolo, conocido como "Protocolo de Fortaleza para la Defensa de la Competencia", Decisión Nº 18/96 del Consejo del Mercado Común, de 17 de diciembre de 1996.

El Uruguay, a pesar de contar con disposiciones jurídicas generales aplicables a esta materia ha comenzado el camino de la regulación legal nacional muy recientemente. Contaba ya con disposiciones constitucionales que cimentan la consideración de la libre competencia como principio rector de nuestra economía de mercado, y había ratificado el Convenio de la Unión de París por ley Nº 14.910 de 19 de julio de 1979 que incluye al art. 10 bis que impone la obligación a los Estados parte de asegurar a los nacionales la protección eficaz contra la competencia desleal. Sin embargo, es recién en la Ley Nº 17.243 de 29 de junio de 2000 que incluye normas legales específicas sobre la defensa de la competencia, en los artículos 13 a 15.



Estas disposiciones, no obstante la cuestionable brevedad en su formulación y el incorporar conceptos de excesiva amplitud como el de "interés público" para la valoración de la ilicitud de los actos de los operadores económicos, constituyen un hito en el derecho de la competencia uruguayo. El primer paso hacia una formulación eficaz, gracias al cual, a través de la experiencia en su aplicación se podrá – primero – encausar las reglas de conducta en el mercado nacional y también – ulteriormente – generar una cultura uruguaya de la competencia que lleva a una normativa adecuada.

La Universidad de Montevideo, atendiendo a la importancia del tema y a la necesidad de generar ámbitos de debate en dicho sentido realizó en la Facultad de Derecho los días 19 y 20 de octubre de 2000, pocos meses después de la sanción de las disposiciones mencionadas, un Seminario que denominó "El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia", en el que participaron los Dres. Ricardo Olivera García, Augusto Durán Martínez, Siegbert Rippe y Alberto Usieto Blanco. El libro que comentamos recoge las presentaciones realizadas por los expositores en dicho Seminario.

El Dr. Ricardo Olivera García, Profesor de Derecho Comercial y de Derecho Bancario de la Universidad de la República y de la Universidad de Montevideo, Director del Programa Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, formuló la "Introducción al Derecho de la Competencia". El Profesor analiza el origen histórico

de la regulación de la competencia en el derecho comparado, hace particular referencia al estado de la legislación en los países del MERCOSUR y focaliza luego el estudio de las nuevas disposiciones nacionales uruguayas. En cuanto a estas últimas reconoce el origen constitucional que da lugar a la reglamentación legal y analiza cada disposición normativa.

El Dr. Augusto Durán Martínez, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay, Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, analizó la cuestión de los "Monopolios Estatales y el Derecho de la Competencia". En este sentido, enmarcando sus consideraciones en los aspectos del derecho público, y realizando una estricta interpretación de la ley, cuestiona la vigencia de los monopolios estatales a la luz del artículo 13 de la ley de urgencia, considerando que tales actividades quedan sometidas a las reglas de la libre competencia.

El Dr. Siegbert Rippe, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de la República y Universidad de Montevideo, Profesor del Centro de Posgrados de la Universidad de la República, del Programa Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo y del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), presentó sus reflexiones sobre la "Evolución del Derecho de la competencia desleal en el Derecho uruguayo". El Profesor formula el esquema normativo uruguayo de la materia, que tiene por eje al artículo 10 bis de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Intelectual de 1883. Analiza nuevas disposiciones que en la ley de marcas Nº 17.011 y en la ley de patentes Nº 17.164 atienden a la temática de la competencia desleal, así como algunas disposiciones de protección al consumidor. Luego, compara la situación con la que tiene lugar en los restantes países del MERCOSUR y, finalmente, caracteriza el modelo europeo afirmando considerando que es particularmente interesante por su coherencia con la percepción nacional del fenómeno de la competencia desleal.

El Dr. Alberto Usieto Blanco, doctorado en la Laudwing Maximillians Universität, Munich, Alemania, Investigador del Instituto Max Planck, Munich, Alemania, Asesor de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Argentina y Profesor de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina, invitado para el evento, explicó "La Defensa de la Competencia en la experiencia argentina". En este caso, previo planteo general del marco del derecho de la competencia y sus distintas ramas, explica la experiencia argentina, en dicha época, renovada.

La publicación comentada constituye un instrumento práctico para introducirse en una materia que, seguramente, tendrá desarrollos prácticos y teóricos relevantes.

Beatriz Bugallo

«Régimen jurídico de las Telecomunicaciones»

Dr. Carlos E. Delpiazzo
Universidad de Montevideo 2001, 362 páginas

El autor es profesor de Derecho Público y Derecho Informático de la Universidad de la República, es Profesor de Derecho Administrativo II en la Universidad de Montevideo, es Profesor de Contratación Administrativa en el Master de Derecho Administrativo Económico del IEEM y es Profesor de Derecho Informático de la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga.

Esta múltiple actividad docente del autor se conjuga con una vasta actividad desarrollada en el sector Público (culminando como Ministro de Salud Pública) y una igualmente vasta actividad profesional como abogado especializado en Derecho Administrativo e Informático.

Estos antecedentes del autor, vinculados al Derecho y a las nuevas tecnologías, a lo que se suma su ya tradicional adhesión a la forma de estudio sistemática y ordenada, lo ubican en una inmejorable situación para analizar y describir la actividad de las telecomunicaciones.

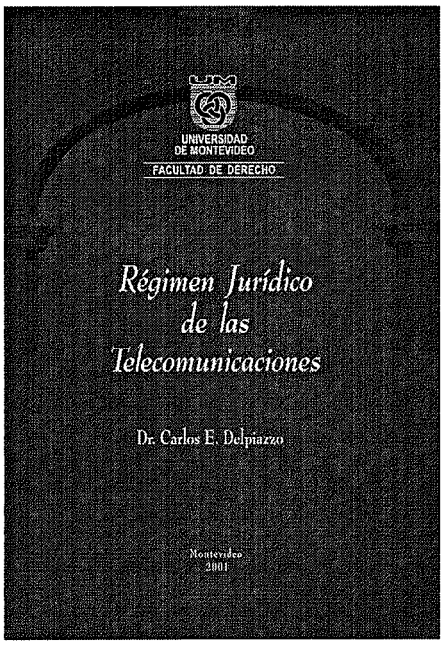
Una de las características salientes del estudio del régimen jurídico de las telecomunicaciones, es ciertamente la dispersión de las normas que regulan la misma.

Esta dificultad, que padecen tanto estudiantes universitarios como profesionales al enfrentarse a dichas actividades, se debe, en parte, a un fenómeno que marca los tiempos actuales: el cambio de roles del Estado y los particulares en la actividad nacional tradicionalmente atribuida al primero.

Ese movimiento pendular en los roles de los distintos sectores, que va desde el Estado Juez y Gendarme del siglo XIX hasta el "welfare state" de los años cincuenta y actualmente evoluciona hacia el Estado subsidiario, ha generado ajustes del marco jurídico debidos a las nuevas necesidades de la sociedad ya a la dificultad del Estado prestador exclusivo de muchos servicios.

Más allá de los cambios motivados por esta distinta posición conceptual respecto del rol del Estado (de prestacional a regulador y prestador subsidiario), las nuevas tecnologías han introducido cambios en muchas ramas de actividad, y esto es especialmente visible en el área de las telecomunicaciones.

Finalmente, se debe tener presente que Uruguay ha encontrado en el camino del cambio de los roles del Estado diversos escollos, que en la forma de Referéndum, han dificultado el tránsito hacia una racionalización del Estado.



En el libro Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, el autor describe, en primer lugar el nuevo panorama del sector, su tránsito de servicio público a servicio universal y el advenimiento de Internet bajo el título "Nuevo Escenario".

En el capítulo II, el autor se dedica a describir la evolución de la normativa sobre telecomunicaciones en el Uruguay, haciendo mención de los efectos de la entrada en vigencia de cada norma, dando un panorama del régimen jurídico actual de los servicios de telecomunicaciones, distinguiendo las áreas de libre competencia de los particulares con la actividad actualmente calificada por la Ley como servicio público.

El capítulo III recoge los principios en que se funda el actual régimen jurídico del sector y en el capítulo IV sistematiza con la prolijidad que lo caracteriza, la distribución de la competencia que cada autoridad involucrada tiene de acuerdo al régimen jurídico vigente.

El capítulo V, bajo el título "Normas Legales", es una síntesis de la normativa relevante del régimen de telecomunicaciones.

La recopilación se ordena en tres capítulos: por un lado el régimen jurídico nacional de rango legal (integrado por Leyes y decretos Leyes), por otro lado las normas de rango reglamentario; y finalmente por normas de Derecho Internacional.

Dentro de las normas legales nacionales recogidas, se incluye una gran cantidad de normas que van desde el año 1974, con el decreto ley 14.235 de creación de ANTEL hasta la Ley 17.296 de febrero de 2001, es decir desde las normas que regían un sector

en estado "embrionario" hasta el régimen imperante en la "era de internet".

En suma, se trata de otra valiosa obra del autor, que pone a disposición de quienes estudian el sector telecomunicaciones el régimen jurídico vigente, ordenado, interpretado y procesado con la prolijidad de siempre y el valor agregado de quien se encuentra inmerso tanto en el Derecho Administrativo como en el Derecho de las nuevas tecnologías, ingredientes inescindibles del régimen de las telecomunicaciones.

José Luis Echevarría Petit