
Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2016. Año 6. Volumen 1.

Autoridades UNLaR

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Mg. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Ab. Mario Oroná

Revista IN IURE

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Mg. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral
IN IURE
Ciencias Jurídicas y Notariales

AÑO 6 – VOL. 1 –

Dirección:
Elsa Manrique

Coordinación:
Maximiliano Bron

IN IURE

Undécima edición: 15 de Mayo de 2016, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2016

© IN IURE, 2011 - 2016

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

ÍNDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

Presentación del número

Elsa Manrique.....8

Apostillas en torno a la conceptualización de las relaciones jurídicas de la organización

Orlando Manuel Muiño.....11

Las Clasificadoras de Riesgo

Elsa Manrique.....47

Participación ciudadana y diversidad cultural en los proceso de integración

Guillermo Elías Sánchez.....61

La organización municipal en Andalucía

Francisco José García Salas.....76

El Estatuto Provisional de 1815: Enlace institucional hacia la independencia de

Luis Francisco Asis Dasmaco.....104

SECCIÓN JURISPRUDENCIA	115
---	------------

UNDÉCIMO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Elsa Manrique

Abogada. Escribana.
Directora de In Iure
Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja

DATOS DE LA REVISTA:

URL:
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:
15/05/2016

Dirección de la Revista:

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

PRESENTACION REVISTA IN IURE

La Revista Digital IN URE es una publicación digital dirigida a todos los estudiantes de Derecho de grado y posgrado, investigadores, docentes y profesionales, constituye un espacio abierto a las contribuciones que dentro del amplio espectro del Derecho realizan destacados investigadores, profesores nacionales y extranjeros de la Universidad Nacional de La Rioja y otras Universidades nacionales o extranjeras.

Esta revista tiene como objetivo primordial estimular el debate y promover el desarrollo de la investigación científica en la comunidad académica. Por tal razón, antes de su publicación, todos los artículos son sometidos a un riguroso proceso de evaluación.

En estas páginas encontraremos trabajos sobre distintos temas jurídicos, así el Dr. **Orlando Manuel Muñio** sostiene en su trabajo que en el plano jurídico, existen diversas clases de organizaciones, aunque la típica organización para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, etc., han sido las sociedades, cuyo gran crecimiento ha provocado la expansión de su disciplina a otras organizaciones privadas. Por su parte, la Dra. **Elsa Manrique** aborda el tema de las sociedades calificadoras de riesgo manifestando que las mismas son sociedades anónimas integradas por especialistas que brindan una opinión técnica independiente sobre la posibilidad de repago en las condiciones convenidas de las diversas obligaciones negociables y/u otros títulos de deuda colocados y negociados en los mercados. Seguidamente el abogado **Guillermo Elías Sánchez** efectúa un análisis del concepto de Ciudadanía, relatando que el mismo se encuentra estrechamente ligado a la idea de derechos individuales y a la noción de vínculo con una comunidad particular. Sigue expresando que el concepto expresado es el que puede ayudar a clarificar lo que está en juego en el debate entre liberales y comunitaristas. Seguidamente el abogado **Francisco José García Salas** sostiene en su trabajo que las formas de organización política han sido una constante en la sociedad desde la Antigua Grecia hasta la actualidad; ubi societas, ibi ius; donde hay sociedad –por muy rudimentaria que sea-, hay necesidades, y por lo tanto un derecho que las regule, satisfaga y administre. Manifiesta en su escrito que la idea no es nueva, puesto que ya Aristóteles afirmó que el hombre es social y político por naturaleza, es decir, el hombre necesita estar organizado política y jurídicamente. El abogado **Luis Francisco Asis Dasmaco** nos introduce en la temática del Estatuto Provisional de 1815 y en su Enlace institucional hacia la Declaración de Independencia de 1816, manifestando que no es posible

comprender la gravitación de este Estatuto del año 1815, sin remitirnos a su antecedente mediato, la Asamblea Constituyente de 1813 y su antecedente inmediato, la Revolución del 15 de abril de 1815 que provocaría la caída del gobierno del Gral. Alvear, quien había asumido el 10 de enero de ese año.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Contador Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Abogado Profesor Mario Orona, el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2016) "Undécimo número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2016, Año 6, Vol. 1. pp. 08-10. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

APOSTILLAS EN TORNO A LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS DE ORGANIZACIÓN

Orlando Manuel Muñio

Abogado, Doctor en Derecho y
Ciencias Sociales (Universidad Nacional
de Córdoba). Profesor Titular de Derecho
Mercantil y Catedrático de Post Grado.

Palabras claves:

*Empresa, empresario,
sociedades, negocio
jurídico.*

Key words:

Business, entrepreneur,
corporate, legal
business.

Resumen

Existen diversas clases de organizaciones, como veremos, aunque la típica organización para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, etc., han sido las sociedades, cuyo gran crecimiento ha provocado la expansión de su disciplina a otras organizaciones privadas.

Abstract

There are different kinds of organizations, as we shall see, although the typical organization for the development of commercial, industrial, etc., activities have been societies, whose strong growth has led to the expansion of their discipline to other private organizations.

Introducción

Desde una perspectiva amplia, organizarse no es una exigencia exclusivamente negocial, ya que responde a una necesidad general humana.

En el plano jurídico, existen diversas clases de organizaciones, como veremos, aunque la típica organización para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, etc., han sido las sociedades, cuyo gran crecimiento ha provocado la expansión de su disciplina a otras organizaciones privadas.

Crear una organización significa ordenar y dinamizar los factores básicos, lo cual, por cierto, también se relaciona con la clase de economía en que se actúe.

En ese contexto, la empresa se ha erigido en uno de los grados iniciales o estructuras primarias de la sociedad. Así como se ha afirmado que la familia es la primera célula de la sociedad, lo que resulta cierto sociológicamente, desde el punto de vista de la economía, no cabe duda alguna que la primera célula social es la empresa.

La empresa es una célula viva, es la unidad económica natural resultante del acoplamiento de los factores de la producción.

Es un fenómeno íntimamente económico, que vino a surgir primeramente en el campo jurídico en la figura del empresario y de la hacienda, sobre los que gravita por entero la regulación jurídica. Por lo demás, la misma ley, al hablar de empresa, no pretende aludir a la organización personal del empresario y sus dependientes, sino más bien al ejercicio de la actividad económica organizada ⁽¹⁾.

1. Las primeras codificaciones, al organizar las relaciones nacidas de la vida económica lo hicieron sobre la base del derecho común, sobre las

¹ Cfr. Ferrara, Francesco, *Empresarios y sociedades*, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 22, Madrid.

nociones jurídicas de propiedad y contrato. Consideraron suficientes para regular dichas relaciones, el derecho de propiedad reconocido al patrono sobre los bienes de su negocio y las reglas contractuales ordinarias, como vínculo entre aquél y su dependiente. Aún no se hablaba en la legislación de "empresa" ni de "empresario".

Hasta fines del siglo XIX "empresa" era un concepto ambiguo que recién despertaba interés al tomar cuerpo o forma jurídica en las sociedades comerciales.

El sistema tradicional recurría al derecho común y se limitaba a yuxtaponer cierto número de contratos guardando cada uno de ellos su individualidad. En cambio, la empresa supondría una noción nueva que llevaría a la "fusión" de esos contratos, uniendo todos sus elementos.

En la empresa existe una organización, toda vez que el empresario organiza los medios de producción, enlazándolos racionalmente. En la empresa, el capital, el trabajo, etc., se someten a un orden preestablecido: unas reglas previamente determinadas. En la empresa el trabajo y los medios de producción se coordinan racionalmente en atención a la actividad del empresario: hay una proporción respecto de un fin.

Se constituye un organismo de naturaleza económica destinado a vivir unitariamente y proyectarse en el futuro ⁽²⁾, y estos diversos factores no se agrupan mecánicamente, sino que se coordinan con arreglo a un plan, pues "organizar es tanto como acumular y coordinar acciones de tal manera que constituyan un todo, una forma ordenada de conducta" ⁽³⁾.

2. Tres son los factores de la producción, según la Economía Política: naturaleza, capital y trabajo. Esos elementos, no obran espontáneamente, separados unos de otros. Necesitan coordinarse, combinarse, obrar en concierto, en una palabra: se *organizan*. Forman así una fuerza compleja que como las fuerzas simples que la componen está destinada a la

² Vid. Bracco, Roberto, 1960, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, núm. 15, pág. 72.

³ A este respecto Polo, Antonio, 1956, *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*. Leyes Mercantiles y Económicas, tomo I, Madrid, preliminar, pág. XXVII.

producción. Esta organización de los factores económicos es siempre la obra de un pensamiento directriz que señala a cada elemento la función que debe desempeñar, así como la forma, tiempo y modo de desempeñarla, conforme a su índole y al objeto final que se propone...⁽⁴⁾. Esa conveniente organización de los factores de la producción se llama *empresa*, y a quien la preside y forma: *empresario*.

Pero por cierto que aun cuando la empresa constituya un elemento esencial del Derecho comercial contemporáneo, ello no constituye razón suficiente para configurar al derecho mercantil, exclusivamente como el derecho de las empresas. De ello no cabe sino concluir que no puede identificarse al Derecho Comercial como "el derecho de las empresas" toda vez que el régimen jurídico de éstas no se agota en lo que constituye el derecho comercial ⁽⁵⁾.

El Derecho mercantil ha sido y seguirá siendo un Derecho de la organización económica si bien también se manifiesta como un Derecho regulador de las empresas, por ser la empresa "la forma típica de la vida económica moderna y el núcleo central de su organización" ⁽⁶⁾.

Esa organización económica como actividad organizada puede encontrar un medio instrumental en la forma societaria, como medio técnico que el sistema normativo ofrece a la libre decisión negocial. La empresa es actividad, la hacienda comercial son los bienes reunidos por una actividad económica y la sociedad es el sujeto (empresario) como medio técnico-jurídico de simplificación de las relaciones jurídicas generadas por la organización económica mediante el recurso de la personificación ⁽⁷⁾.

I. VISIÓN ECONÓMICA

⁴ Siburu, Juan B., 1923. *Comentario del código de comercio argentino*, t. II, pág. 108, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires.

⁵ Cfr. Muiño, Orlando Manuel, 1998, *Comentarios de Derecho Comercial y Bancario*, Ed. Advocatus, Córdoba.

⁶ Cfme. Polo, *ibídem*.

⁷ Cfr. Richard, Efraín Hugo – Muiño, Orlando Manuel, 2007, *Derecho societario*, 2ª. edición, t. I., pág. 22, Ed. Astrea, Buenos Aires,

La empresa, en la teoría económica moderna, es una organización que transforma factores de producción en producción (⁸).

Pero para explicar por qué existen las empresas y las actividades que realizan, Coase introdujo el concepto que denomina "el coste por utilizar el mecanismo de precios", "el coste por llevar a cabo transacciones por medio del intercambio en el libre mercado" o simplemente "costes de comercialización", "costes de transacción del mercado", lo que en la literatura económica se denomina por lo general "costes de transacción". En efecto, para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos del mismo, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc." (⁹).

La existencia de los costes de transacción lleva a que quienes desean comerciar instrumenten prácticas que conduzcan a la reducción de aquellos, siempre que las pérdidas que se produzcan al aplicar esas prácticas sean menores que los costes de transacción que se ahorran. Las personas con las que uno trata, el estilo de contrato que uno acepta, el tipo de productos o servicios ofrecidos, todos se verán afectados.

Pero quizá la adaptación más importante a la existencia de los costes de transacción sea la aparición de la empresa. La producción podría llevarse a cabo de una forma completamente descentralizada a través de contratos entre individuos. Pero cuesta dinero acceder a esas transacciones. Es así que las empresas surgirán para organizar lo que serían de otra manera transacciones mercantiles, cuando sus costes sean menores que los costes para realizar dichas transacciones a través del mercado. El límite al tamaño de la empresa está definido por la situación en la que los costes de organizar una transacción igualan a los costes de llevarla a cabo a través del mercado. Esto determina lo que la empresa compra, produce y vende.

⁸ Coase, Ronald Harry, 1994, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, España.

⁹ Dahlman cristalizó el concepto de costes de transacción describiéndose como costes de búsqueda e información, costes de arreglos y decisiones, costes de acción de policía.

Podemos resumir esta parte del argumento diciendo que el funcionamiento del mercado cuesta algo y que al formar una organización y permitir a una autoridad (al empresario) dirigir los recursos, se ahorran algunos costes para operar en el mercado. El empresario debe realizar su función a un menor coste, teniendo en cuenta que puede obtener factores de producción a un precio más bajo que las transacciones mercantiles que evita, porque siempre es posible volver al mercado libre si es capaz de conseguirlo.

A través de un ejemplo, procuremos explicitar lo expuesto. Comparemos dos métodos de organización de la producción. En el primero, el empresario establece un contrato con una persona para que lo provea de las partes componentes, con otra para que las ensamble y con una tercera para que venda el producto terminado. En el segundo método, el empresario contrata a las personas para que realicen estas tareas como sus empleados y bajo su dirección. El primer método de organización de la producción es el ámbito tradicional del derecho contractual, el segundo es el del derecho que Posner⁽¹⁰⁾ llama amo-sirviente. La esencia del primer método es que el empresario discute con cada uno de los tres productores un acuerdo que especifica precio, cantidad, calidad, fecha de entrega, condiciones de crédito y garantías del cumplimiento del contratista. La esencia del segundo método es que el empresario paga a los productores un salario, es decir un precio, no por un desempeño específico sino por el derecho a dirigir su desempeño.

Cada método tiene sus costos. El primero, el del contrato, requiere que los detalles del desempeño del proveedor se especifiquen al firmar el contrato. Esto puede conducir a negociaciones prolongadas o procedimientos complicados de regateo; y si el cambio de las circunstancias requiere modificar cualquier aspecto del desempeño convenido, el acuerdo deberá ser renegociado. El segundo método, el de la empresa, conlleva incentivos, información y costos de comunicación. Dado que el empleado (o equipo de empleados) no recibe un pago directo por su producción, tendrá menos incentivos para minimizar sus costos. Y la información acerca de los costos

¹⁰ Posner, Richard Allen, 1992, *El análisis económico del derecho*, pág. 371, traducción de Eduardo L. Suárez, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.

y el valor se hallan ocultos en la empresa porque los empleados no compiten por los diversos recursos que usan en la producción. Un proceso que indicaría que tales recursos se podrían aprovechar mejor; en otras palabras, se pierde la información incorporada en los precios. Además, dado que el desempeño en la empresa está dirigido por las órdenes del empleador, se necesita una maquinaria para minimizar las fallas de comunicación hacia arriba y hacia debajo de la cadena de mando: una maquinaria costosa e imperfecta.

En suma, el método contractual para organizar la actividad económica afronta el problema de los altos costos de transacción, mientras que el método de organizar la actividad económica a través de la empresa afronta el problema de la pérdida de control. Es el problema del control –o, como se le llama en la economía moderna: el problema de los costos de agencia (los costos que debe pagar el principal por obtener de sus agentes un desempeño fiel y eficaz)-, más que la ley de los rendimientos decrecientes, lo que limita el tamaño eficiente de las empresas.

II. FUENTE CONTRACTUAL

Hace tiempo que, primero la doctrina desarrolló, y luego la normativa receptó, la categoría de los negocios -principalmente contractuales- plurilaterales.

Efectuamos esta consideración inicial, pues no hay que confundir contrato plurilateral con negocio plurilateral, aunque tengan terreno en común, puesto que en ambos se dan manifestaciones negociales de más de dos partes; pero la diferencia está en que en el contrato la plurilateralidad es eventual, porque el requisito legal es de por lo menos dos (bilateralidad necesaria). Aquí la posibilidad de que intervengan más de dos partes está latente y la existencia de solamente dos partes no le quita en su caso el carácter de plurilateral, ya que basta la posibilidad de que haya más de dos ("n" partes). En un contrato de compraventa no podrán haber más que comprador y vendedor (los dos centros de interés), en un contrato de sociedad, podrán celebrarlo dos o más partes, y siempre será plurilateral.

El acto jurídico o negocio jurídico, tiene el alcance, según la conceptualización del artículo 259 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, indistintamente: CCC), de un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Cuando ese acto o negocio jurídico es bilateral (o plurilateral) y patrimonial, estamos en presencia de un contrato.

No obstante, resulta claro que el negocio jurídico bilateral no agota la materia en la cual los acuerdos de voluntad se desenvuelven en el orden patrimonial. Debe aceptarse, además, la existencia de negocios jurídicos plurilaterales, como en el caso de la asunción de obligaciones (delegación perfecta o imperfecta de deudas).

El contrato es el acto jurídico bilateral o plurilateral y patrimonial y no plurisubjetivo (o pluripersonal o plúrimo). Cuando nos referimos, a los actos plurisubjetivos o pluripersonales o plúrimos, queremos referir a aquellos actos jurídicos que caen fuera del campo de aplicación de la definición del contrato, no obstante que emanen de dos o más personas. La declaración de voluntad que formulan estas personas sólo dan origen a un negocio unilateral o, a los sumo, constituyen el elemento de un acto de dos o más partes, como ocurre con la oferta proveniente de dos o más personas destinadas a proponer u otro u otros la celebración de un contrato ⁽¹¹⁾.

En sustancia, cuando hablamos de actos plurisubjetivos excluimos de su ámbito a los plurilaterales o contratos, ya que en aquéllos las voluntades se "unen" o se "funden" ⁽¹²⁾, a diferencia de los contratos, en los cuales las

¹¹ Cariota Ferrara, Luigi, 1956, *El negocio jurídico*, trad. de Albadejo, Madrid, pág. 143.

¹² Spota, Alberto G., 1975, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, v. I, pág. 103, Ed. Depalma, Buenos Aires. Aquí estamos en presencia de actos en los cuales las voluntades de los participantes en el acuerdo pueden: a) *fundirse*: en el *acto complejo* (que puede ser igualitario o desigualitario); b) *unirse*, conservando su individualidad: es el *acto colectivo*, llamado también *colegiado* o *colegial*. Se trata de actos *subjetivamente complejos*, aunque debemos insistir, que no debe confundirse el acto *plurisubjetivo* con el acto *plurilateral*. Mientras en este último –y siempre hablando en el campo patrimonial- nos enfrentamos ante el *contrato*, no cabe aseverar lo mismo cuando nos hallamos ante el acto plurisubjetivo, extraño a la noción de contrato, porque no existen *partes* en este acto plúrimo. Estos actos pueden ser calificados de "bilaterales" sólo en el sentido de requerir "el consentimiento

voluntades se “contraponen” o se “cruzan”, colocándose en “oposición” al celebrarse el contrato o, por lo menos, en la etapa de la formación de la declaración de voluntad común.

El jurista italiano Tullio Ascarelli fue uno de quienes mejor configuró esta especial categoría contractual de los contratos plurilaterales, como algo distinto a los contratos de cambio (¹³).

A su vez, el Código Civil Italiano de 1942 consagró legislativamente este tipo contractual, definiéndolo en su art. 1.420 como: “Un contrato con más de dos partes en el que las prestaciones de cada una están dirigidas a la obtención de un fin común”.

La doctrina, ha ajustado esa construcción normativa mostrando que atento que no siendo esencial la pluralidad de partes, la categoría verdaderamente sería la de los contratos en que las prestaciones de cada una de las partes están dirigidas al logro de un fin común, es decir, los contratos con comunidad de fin (¹⁴).

La fórmula contrato plurilateral tiene, en definitiva, un significado distinto que el que resulta de su literalidad, toda vez que la existencia de más de dos partes se transforma en mero elemento accidental ante el fenómeno constante que sería la comunidad de fin (¹⁵).

En estas figuras las prestaciones no representan como en el contrato sinalagmático la forma *do ut des* sino que van paralelamente hacia la misma finalidad. Finalidad que constituye la causa de este contrato y que los tipifica, pero plurilateral no es sólo el contrato concretamente con más de dos partes, sino aquel en comunión de fin (*comunione di scopo*), que dada su naturaleza comporta un número indeterminado de partes (¹⁶).

unánime de dos o más personas”. Pero no todo acuerdo es contrato, ni tampoco se requiere la unanimidad en cuanto rija el principio de mayoría...

¹³ Ascarelli, Tullio, *Il 1949, contratto plurilaterale*, en “Saggi Giuridici”, pág. 259, Milano.

¹⁴ Graziani, Alessandro, 1963, *Diritto delle società*, pág. 249, Nápoli, cit. Cristiá (h), José M., op. cit., pág. 14.

¹⁵ Ferri, Giuseppe, 1991, *Delle società*, en Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Ed. Zanichelli, Bologna.

¹⁶ Cottino, Gastone, *D., 1978iritto Commerciale*, t. I, Padova.

En efecto, a diferencia de los contratos con prestaciones recíprocas, encontramos la categoría de los contratos con comunidad de fin y que haya fin común, es cosa muy distinta a que exista solidaridad de intereses; tal comunidad no quiere decir más que las partes persiguen un mismo intento empírico, pero no implica que cualitativa y cuantitativamente los intereses no sean contradictorios (¹⁷).

Algunos contratos no enfrentan a las partes en un intercambio de prestaciones que se sirvan de causa recíproca, sino que las vinculan en la obtención de una finalidad común: p.ej., la sociedad, la asociación, etc. Aquí, el fin común a todos los otorgantes del contrato es la realización de una ganancia o el cumplimiento de un objeto desinteresado. Asimismo, cada consocio implícita o explícitamente, reconoce a favor del consocio o coasociado una participación en ese beneficio: el equivalente que explica este reconocimiento es la cooperación o aporte que por el mismo acto queda a cargo de cada uno de los socios (¹⁸).

1. La diferencia que media entre los contratos de cambio y los contratos constitutivos de sociedad estriba, en que mientras en los primeros se dan dos posiciones enfrentadas en situación antitética, en que cada uno de los contratantes persigue un fin propio; en los otros, las partes se encuentran una al lado de la otra, lo que no obsta que al igual que en los contratos de cambio cada uno esté inspirado por un interés egoísta; la distinción está en la forma de lograr la satisfacción de este interés, que lo será en la concurrencia al logro del fin común (¹⁹).

Hay que tener en cuenta que con la celebración del contrato social se produce en el patrimonio de cada contratante la sustitución de una actividad patrimonial por otra; ello se opera mediante la obtención del derecho al

¹⁷ Cfr. Romano Pavoni, Giuseppe, 1953, *Teoría delle società*, Milano, pág. 298. Dalmartello, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937, quien insistió en la existencia de intereses contrapuestos durante la realización del contrato y sostuvo que la obligación de no anteponerlos al común es la consecuencia del mismo, agregando: En otros términos, la reducción de los intereses de los socios a un superior interés social, y la actuación de este interés con preferencia de los intereses individuales de los socios, no son manifestaciones necesaria y diría reales del vínculo, sino efectos meramente obligatorios del contrato de sociedad.

¹⁸ Busso, Eduardo B., 1949, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, t. III, pág. 147.

¹⁹ Barassi, Ludovico, 1948, *La teoría generale delle obbligazioni*, t. II, pág. 298, Milano.

resultado de las actividades sociales contra la obligación de aportar y contribuir a las pérdidas ⁽²⁰⁾. Por lo demás cuando se habla de finalidad común hay que entenderla en el sentido que sólo ella existe en cuanto a la búsqueda de un fin-medio, que sería el ejercicio de una actividad económica ⁽²¹⁾.

Adviértase que es menester reducir a sus justos límites la afirmación de la existencia del fin común, como elemento caracterizante del negocio constitutivo societario; ello no es otra cosa que el querer el medio (la sociedad) a través del cual logrará la satisfacción de su interés personal (el beneficio buscado).

Además, los contratos plurilaterales son contratos *abiertos*, toda vez que el acuerdo no queda restringido solamente a quienes participaron de él en el momento de su celebración, sino que existe la posibilidad de que ingresen posteriormente otros interesados, que constituirán otros tantos centros de interés, los que aceptarán su contenido adhiriéndose a él.

En ellos, *las prestaciones no son típicas*, no están determinadas de antemano como en los bilaterales.

Por otra parte, *las prestaciones de las partes no son recíprocas*, como en los de cambio. En la sociedad, por ejemplo, el socio que asume una obligación de aportar la asume frente a la entidad creada, su prestación no está dirigida hacia los otros contrayentes, que no son sus acreedores particulares, sino hacia el nuevo sujeto, sea una asociación o una sociedad ⁽²²⁾.

2. Y lo más importante, *la finalidad de obtener una organización* como fin común del contrato.

Todos los que participan del contrato o negocio se encuentran unidos por ese fin común, aglutinante y que es el que los lleva a organizarse.

²⁰ Auletta, Giuseppe Giacomo., 1937, *Il contratto di società commerciale*, pág. 24, Milano.

²¹ Graziani, 1963, *Diritto delle società*, pág. 30 y ss, 3ª. ed, cit., Fargosi, pág. 256.

²² Carlo, Antonio, 1967, *El contrato purilaterale associativo*, pág. 12, Nápoli.

La pluralidad de los intereses en juego se subordina a la consecución de un objetivo o finalidad común, que viene a constituir el elemento unificador de los diversos consentimientos y concurre a determinar los derechos y deberes de las partes, orientando y rigiendo toda la actividad ulterior a la que va destinado el contrato. Como esa actividad habrá de desarrollarse en el tiempo y afectará a personas, bienes y derechos en formas y con alcances diversos, cabe calificar a los contratos plurilaterales como *contratos de organización* ⁽²³⁾.

III. ACTUACIÓN INDIVIDUAL, ASOCIATIVA Y SOCIETARIA

Uno de los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el derecho contemporáneo es el de las formas jurídicas de las empresas (empresarios), esto es, la adaptación de éstas, a formas jurídicas conforme las realidades y necesidades económicas y sociales de nuestro tiempo ⁽²⁴⁾.

1. En los Códigos de Comercio del siglo XIX se concebía la figura del comerciante aislado y también la de varios comerciantes reunidos mediante un contrato de sociedad. Pero la reglamentación jurídica se encuadraba dentro de los principios clásicos del derecho civil, que ofrecían para el ejercicio del comercio dos nociones fundamentales: la de la indivisibilidad del patrimonio con su consecuencia, que era la responsabilidad ilimitada para el comerciante individual, y la del "contrato" de sociedad para los comerciantes reunidos, lo que representaba la aplicación de las reglas contractuales a todas las sociedades.

En los Derechos latinos y germánicos, bajo la influencia de los Códigos Napoleónicos, el comerciante -hoy diremos el empresario- disponía de dos medios para ejercer sus actividades: uno, hacerlo *individualmente*; otro, hacerlo *colectivamente*, constituyendo una *sociedad*.

²³ Fontanarrosa, Rodolfo O, *Derecho Comercial Argentino*, t. II, pág. 140.

²⁴ Cfr. De Solá Cañizares, Felipe, *Las formas jurídicas de las empresas*, RL, Buenos Aires, 1947-46-906.

En los sistemas del "common law", se estableció una triple modalidad: el comerciante *individual*; la reunión de varias personas formando una agrupación sin personalidad jurídica y con vínculos meramente contractuales entre los miembros *partnership*; y las agrupaciones con personalidad jurídica, denominadas *companies* en Inglaterra y *private corporatios* en los Estados Unidos de Norte América.

De esta manera y de una manera general, puede decirse que el mundo civilizado continúa reglamentando legalmente tres maneras básicas de ejercer organizadamente actividades como el comercio, la industria, etcétera: a) la primera, a base del ejercicio por una persona física; b) la segunda, con base en la reunión de varias personas que lo ejercen colectivamente en forma que predomina el carácter contractual; y c) la tercera, mediante la formación de entidades o personas jurídicas.

2. Ahora bien, los hechos han evolucionado de modo que podemos decir que presentan otras características, a saber:

La organización provista por el comerciante individual ha ido perdiendo su importancia, y el comercio contemporáneo está representado principalmente por sociedades, de suerte que el tipo de persona física comerciante, salvo raras excepciones, va desapareciendo como fórmula de los negocios de alguna importancia.

La noción clásica de la responsabilidad ilimitada del comerciante tiende a desaparecer, e incluso quienes son realmente comerciantes individuales se disfrazan de sociedades para gozar del beneficio de la limitación de la responsabilidad.

El problema de la reglamentación de las empresas formadas por la reunión de varias personas debe solucionarse atendiendo a lo que se ha denominado el criterio dimensional, es decir, estableciendo formas distintas según la dimensión, la importancia de la empresa y reservando para las de pequeñas y mediana importancia las fórmulas ágiles; contractuales -no personificantes- (contratos asociativos, participativos, etc.).

La sociedad al rebasar los límites de la concepción contractual del derecho privado se plasmó, en los hechos, como un organismo sometido a un estatuto legal, abandonando las nociones contractuales y muchos prejuicios tradicionales para concebir su forma jurídica dentro de una concepción jurídicamente institucional (personificante) ⁽²⁵⁾.

En nuestro ordenamiento actual, el Código Civil y Comercial de la Nación, señala cuáles son las organizaciones jurídicas, públicas y privadas, básicas, a partir de su art. 145. Más específicamente, en su art. 148 enuncia un catálogo de las personas jurídicas privadas ⁽²⁶⁾.

Por otro lado encontramos las sociedades regidas por la Ley General de Sociedades 19.550; las cooperativas, por la ley 20.337, las sociedades del estado, mediante ley 20.705; las sociedades de economía mixta (decreto ley 15.349/46), las mutuales, etcétera.

Además, a partir del artículo 1.442, el CCC, regula lo atinente a los contratos asociativos, pero no como *numerus clausus*, pues podemos reconocer que existen otros contratos participativos diseminados en la legislación (v.gr. la aparecería), sin dejar de recordar, además, que esta materia, la regla es la atipicidad.

IV. PLANO NORMATIVO

Traspoladas estas consideraciones a un plano más general, bien puede considerarse que los ordenamientos jurídicos también disponen, como decisión de técnica legislativa, de diversos negocios organizativos.

²⁵ Por cierto *institución y régimen institucional* designan, respectivamente, una teoría filosófica y una situación de las legislaciones positivas tendiendo a reemplazar el contrato por reglas imperativas contenidas en estatutos legales, situación ésta última exclusivamente a la que hacemos alusión, trátase pues de la "*Institucionalización de la personificación jurídica*".

²⁶ *Personas jurídicas privadas*. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Genéricamente conceptualizadas, se entiende por relaciones de organización, aquéllas donde no se agotan en forma inmediata las relaciones negociales.

Las relaciones de organización se vinculan a técnicas que generan centros de imputación, imputación aditiva, patrimonialización, personificación, etcétera.

El sistema jurídico ha sido construido centralmente a través de normas para el negocio jurídico bilateral. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a reconocer efectos a la declaración unilateral de voluntad, las modificaciones a las relaciones patrimoniales y de la propiedad, a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad persona jurídica, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, empresa, fondos, etcétera, de los que la realidad da cuenta todos los días. Es lo que hemos dado en llamar "relaciones de organización" (27).

V. IMPUTACIÓN

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre –por ejemplo– un acto ilícito y su sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción *debe* (28) seguir al acto ilícito. Hemos

²⁷ Richard, Efraín Hugo, 2011, *Los recursos técnicos de imputación. Patrimonio de afectación. Fideicomiso*. Publicado en "El Fideicomiso en las Sociedades y los Concursos", Ed. Legis, Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, AAVV, pág. 109; quien también ha trabajado esta temática, incluyendo en el sistema, la crisis de las organizaciones personificadas, *Sociedades y contratos asociativos*, Ed. Zavalía, Bs. As. 1987. *Negocios de participación, asociaciones y sociedad. La sociedad anónima simplificada*, en Reformas al Código Civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1993; *Organización asociativa*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1994; *Relaciones de organización – sistema societario*, Ed. Advocatus; *Insolvencia societaria*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2007; *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2010, y ya con el nuevo Código Civil y comercial *Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial*, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 212, mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, págs. 613 y ss.

²⁸ En alemán se emplea aquí el verbo *sollen* (N. de la ed. francesa), a la obra de Kelsen.

dado a esta relación el nombre de *zurechnung* y proponemos en francés el de *imputación*, puesto que la sanción es imputada al acto ilícito (²⁹).

La imputación vincula, pues, dos conductas humanas, por ejemplo, el acto ilícito y la sanción.

VI. IMPUTACIÓN Y TÉCNICA DE PERSONIFICACIÓN

En ese contexto, el concepto *jurídico de persona* o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, en rigor, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos (³⁰).

“Persona” no es ni “realidad” ni “ficción”; es un *concepto*: la duplicación del “deber jurídico” y del “derecho subjetivo”, concebido de modo “sustancializado”. Es el *sujeto de derecho*; es el “quién” destinatario de las normas jurídicas, su *término de imputación unitario* (³¹).

²⁹ Cfme. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. por Moisés Nilve, pág. 18, 18^a. ed. (de la edición en francés), Editorial Universitaria de Buenos Aires. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unsurechnungsfähig* (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobreentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta.

³⁰ La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que (jurídicamente) denominamos persona. La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular de hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes.

³¹ Queda así borrada toda diferencia entre la “persona individual” (hombre) y la “persona jurídica” (colectiva), pues que son conceptualmente “homogéneas”: ambas son creación del Derecho –la “personalidad” es un *medio técnico-científico*- para el que sólo existen “personas jurídicas”; cfr. Kelsen, Ferrara, *cits*.

La *persona* física o humana es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo (³²).

A semejanza de la persona física o humana, la persona llamada jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta (de una) o de una pluralidad de individuos. Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación (o sociedad), y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa (³³).

La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial.

De esta manera, la imputación de un acto a una persona jurídica, quiere significar que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de una manera diferenciada (colectiva o autónoma) y no, como sucede habitualmente, de manera individual (³⁴).

³² La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y derechos subjetivos que resultan de esas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

³³ La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre. Kelsen, *ibídem*.

³⁴ Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad (colectiva o autónoma) del/los individuo/s que la compone/n, pero éste(os) no puede/n disponer de ella de la misma manera que dispone/n de su propiedad individual. Debe/n conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito (colectivo o autónomo) de su/s miembro/s. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano solo posee esta calidad en la medida en que su acción

1. La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, acto/s cumplido/s por individuo/s, pero imputado/s a un orden especial que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total ⁽³⁵⁾.

La normativa expresada con "persona jurídica" es siempre irresoluble en una disciplina que prescindiera de términos de imputación diversos de aquellos de los hombres; porque en definitiva, con "persona jurídica" no hacemos más que fijar una expresión abreviada de una disciplina concerniente a relaciones entre hombres. Esa "expresión abreviada de una disciplina", ese "recurso técnico" que es la "personalidad jurídica", "esa imputación diferenciada", tendrá por todo lo expresado un substrato inexcusable: la actuación determinada de uno o varios individuos ⁽³⁶⁾.

Vale decir, que el término *persona* que nos interesa a los efectos de la juridicidad, no es la palabra con que se designa y distingue a cada individuo por sus atributos físicos, corporales, fisiológicos o psíquicos. El hombre es persona no por naturaleza, sino por obra del derecho. La cualidad natural del hombre, como de un ente racional y capaz de voluntad, es sólo la base ética, para que el derecho de un cierto estadio de cultura reconozca a todos los hombres personalidad. Pero la subjetividad no está innata en el hombre,

está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

³⁵ De manera similar, respecto de la responsabilidad de la persona jurídica, cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir un crédito (colectivo o autónomo) del/los individuo/s que constituyen la comunidad (organización) personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad (colectiva o autónoma) de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad (colectiva o autónoma). De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad (colectiva o autónoma) de su/s miembro/s (acotada o no).

³⁶ Ascarelli, Tullio, 1957, *Personalità giuridica e problemi delle società*, en *Rivista delle società*, noviembre-diciembre, Estratto Dott. A. Giuffrè, Milano, 1958. Anteriormente a una organización estatal, el hombre no es persona. Y aún constituido el orden jurídico, la historia demuestra que por largo tiempo ha habido una clase de hombres a los cuales se les negaba la cualidad de sujetos de derecho, los esclavos. Y no sólo esto sólo; la personalidad podía también perderse en seguida por una condena penal (muerte civil) o por la adopción de estado religioso (vida claustral).

no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que sin el orden jurídico es inconcebible ⁽³⁷⁾.

En suma, la personalidad es un concepto normativo, un recurso técnico instrumental que permite a los sujetos actuar como unidad en el mundo jurídico y que cuenta con un sistema adecuado a fin de desarrollar su actividad o finalidad

2. El decreto ley 19.550, (hoy devenido en Ley General de Sociedades), adopta ese criterio normativo, ya que los legisladores afirman que la sociedad es una *realidad jurídica*, “esto es, ni una ficción de la ley reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la sociedad –domicilio, nombre, capacidad, etc.-, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone” ⁽³⁸⁾

Idéntica tesitura parece haber seguido el Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que en los Fundamentos del Anteproyecto, se expresa: Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es *regulada* a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios”...

Lo mismo parece desprenderse del propio articulado del Código, en el juego armónico de los arts. 19 y 21, a saber: La existencia de la persona humana comienza con la concepción... Si no nace con vida se considera que la persona nunca existió (art. 21 último párrafo).

Más aún, en el segmento dedicado a “persona jurídica”, expresan los citados Fundamentos: “...la personalidad es conferida por el legislador como un recurso técnico según variadas circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa y, por consiguiente, otras

³⁷ Ferrara, Francesco, 1929, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid.

³⁸ Exposición de Motivos del decreto ley 19.550.

normas legales pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes”.

Ello resulta ratificado en el art. 141 del CCC, donde se define a las personas jurídicas como “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (³⁹) para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

VII. PERSONALIDAD Y CAPACIDAD

Como se advierte de lo expuesto, la persona se define por su aptitud potencial para actuar como titular activo o pasivo de relaciones jurídicas, lo que coincide con la noción de capacidad.

Persona o capacidad son, pues, conceptos que necesariamente se integran y requieren. Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad, cualquiera fuera la medida en que el ordenamiento se la confiera (o reconozca). Quien es capaz según la ley es persona aunque la ley no la califique expresamente como tal (⁴⁰).

La noción de persona entraña, sobre todo, un sentido potencial: no indica solamente al titular actual, sino, también, al titular *posible* de un derecho. En otros términos, persona, en abstracto, indica una mera virtualidad: la de *poder ser* sujeto de un derecho, la de ser *capaz* de adquirir un derecho (⁴¹).

³⁹ El concepto es idéntico al establecido por el art. 30 del Código Civil de Vélez Sársfield, que señalaba: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”.

⁴⁰ Este principio -ha dicho Suárez Anzorena, *Personalidad de las sociedades*, en Cuadernos de derecho societario, de Zaldívar, E.; Manóvil R.; Ragazzi, E.; Rovira A. y San Millán, C., t. I., pág. 130, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978-, surge del Art. 30 del Cód. Civ., y su Art. 33 reformado lo reitera respecto de las sociedades cuando en la segunda parte del inc. 2º dispone que son personas jurídicas de carácter privado “*las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar*”.

⁴¹ Orgaz, Alfredo, 1946, *Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, pág. 6, Ed. Depalma, Buenos Aires.

De aquí resulta, en definitiva, que "personalidad" y "capacidad jurídica" son expresiones equivalentes: persona es quien tiene capacidad; quien tiene capacidad es, por esto mismo, persona (⁴²).

La definición del Código, atribuyó a la persona como un "ente", con el propósito de comprender no sólo a las personas físicas (hombre), sino también a las personas incorpóreas (jurídicas). Ente es quien posee entidad, lo cual está significando que es algo más abstracto que hombre (ser humano).

Lo que ocurre es que para organizar su propio sistema, el ordenamiento jurídico elabora conceptos y designaciones. Decir que elabora conceptos, importa señalar que no elabora las realidades mismas; éstas le son dadas por la vida: el derecho las asume como tales y las piensa en términos propios; las encuentra pero no las crea, les da nombre pero no vida.

El derecho encuentra hombres (seres humanos), objetos corporales y fuerzas naturales que se mueven en el marco de un espacio y de un tiempo en que el propio derecho las ubica. El derecho presencia el hecho de que los hombres se organizan (familias, sociedades, Estados); que se apoderan de los objetos corporales y los utilizan, etc.; presencia que las cosas operan y actúan. Racionalizando el suceder humano, el derecho le da ordenación.

En un momento ulterior a esa ordenación se la comprende en un sistema de pensamiento: se dan nombres jurídicos a las realidades que se hicieron jurídicas al ser reguladas.

Nace entonces el concepto *jurídico de persona*, que corresponde a la realidad de la existencia de hombres aislados u organizados cuya acción el derecho reglamenta.

⁴² Id. Nuestro Código Civil, siguiendo a Freitas, definió correctamente a las personas – aunque sea incorrecto que las defina – al caracterizarlas como los entes *susceptibles* de adquirir derechos o contraer obligaciones (art. 30); la palabra "susceptibles" está aquí empleada –lo mismo que en los arts. 32, 896, 1068, etc.– con la acepción de "capaces". Confr. Aguiar, Henoch, *La voluntad jurídica*, n° 7, pág. 15, en nota.

El *concepto jurídico de persona* ha sido, en tal forma, producto de una elaboración del ordenamiento, pero la realidad personal de aquellos a quienes se aplica era previa al ordenamiento (⁴³).

En suma, el hombre (ser humano) es *persona* "en" el ordenamiento, pero no es hombre (ser humano) "por" el ordenamiento.

Así, siendo la capacidad una "aptitud" jurídica de los entes que les posibilita ser titulares de relaciones jurídicas, puede señalarse cierta diferencia con el concepto de persona, no obstante que guardan entre sí una absoluta correlación y se presuponen recíprocamente.

La persona es el ente en sí mismo, mientras que la capacidad es su aptitud jurídica. Se "es" persona y se "tiene" capacidad. Esta es la proyección de la persona hacia el derecho o sobre el derecho. Sin embargo la correlación existe desde que la capacidad es el atributo que convierte a los entes en personas (⁴⁴).

VIII. FUNCIONES PRÁCTICAS DE LA PERSONIFICACIÓN

La personalidad jurídica cumple diversas funciones prácticas:

a) Desde el punto de vista de las obligaciones y responsabilidades de los socios, la personalidad jurídica de la sociedad evita tener que determinar caso por caso qué socios han participado en los actos de la sociedad,

⁴³ López Olaciregui, José María, en Actualización al Tratado de Derecho Civil Argentino, de Raymundo M. Salvat, t. I, pág. 348. El derecho crea el concepto pero no la realidad conceptualizada. La existencia de hombres es presupuesto necesario de la existencia del derecho. El hombre destinatario de la norma es persona por el mero hecho de ser destinatario, y es hombre preexistente a la norma, porque precisamente la norma se gestó y se formuló pensando en él. El viejo aforismo romano ya lo señalaba: todo el derecho por causa del hombre ha sido hecho (Institutas, título II, ley 12). El principio fundamental de los ordenamientos actuales según el cual todo hombre es persona, constituye una conquista en la historia de la cultura, pues existieron ordenamientos muy avanzados en sus aspectos técnicos, en los cuales había hombres que no eran personas (caso del derecho romano: los esclavos).

⁴⁴ Llambías, op.cit., pág. 68.

procediendo a imputárselo individualmente en base a las reglas generales del Código en la materia.

b) Se establecen ciertas reglas para la imputación del acto a la sociedad, que requieren averiguaciones de hecho más simples que el examen de la participación de cada socio en tal acto, y una vez efectuada tal imputación se hacen aplicables reglas adicionales que determinan unívocamente los efectos de las obligaciones de la sociedad sobre los socios. Ciertamente, sería posible establecer reglas que imputaran directamente los actos a los individuos a los que cabe calificar como órganos o representantes de la sociedad, cuando ésta, tiene personalidad jurídica, a los socios eliminando la personalidad jurídica de ésta. Esto implicaría, sin embargo, dar a las transacciones comerciales y a los actos jurídicos, en general, en los que intervengan sociedades, una complejidad que encarecería notablemente el costo de realizar tales transacciones y actos.

c) La personalidad jurídica permite también una más fácil distribución de las atribuciones y facultades de que gozan colectiva o autónomamente los miembros de la sociedad. No es preciso recurrir a un cúmulo de representaciones de los individuos que componen la sociedad para que los órganos y representantes de ésta puedan actuar como tales, siendo suficiente que tales órganos y representantes cumplan con las reglas que los autorizan a actuar como tales en nombre de la sociedad.

d) También se facilita enormemente la posición de los terceros que toman contacto voluntaria o involuntariamente con las actividades de la sociedad (⁴⁵), a quienes se libera así de complejas investigaciones respecto de la representación que invisten quienes han llevado a cabo tales actividades, siendo suficiente basarse en las reglas antes mencionadas en materia de representación orgánica, y en los nombramientos de representantes y dependientes que se basen en esas reglas sobre conformación de los órganos societarios.

⁴⁵ Por ejemplo, los terceros que sufren daños como consecuencia de conductas que forman parte de las actividades de la sociedad. Cfme. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, 1994, *Derecho Societario*. Parte General, t. 3, pág. 30 y ss., Ed. Heliasta S.R.L.

e) Desde el punto de vista de la determinación de los derechos de los socios entre sí, la personalidad jurídica de la sociedad permite evitar un constante procedimiento de imputar directamente la participación en las ganancias y en las pérdidas a los socios, respecto de cada operación que se realice. Las operaciones son imputadas a la sociedad, en cuanto persona jurídica, y es ésta la que experimenta consiguientemente esas pérdidas y ganancias, sin necesidad de tener que determinarlas caso por caso con fines de su distribución entre los socios. Esa distribución tiene lugar mediante mecanismos que relacionan a la sociedad, como persona jurídica, con los socios, por vía de los derechos que los socios tienen a la distribución de utilidades, particularmente por medio de dividendos, y de las obligaciones que existan en relación a las pérdidas.

f) La personalidad jurídica societaria cumple asimismo funciones en materia procesal, particularmente en lo que hace a la legitimación pasiva de la sociedad. Esa personalidad jurídica evita tener que conducir los juicios ocasionados por las obligaciones contraídas en el curso de la actividad societaria contra una cantidad, muchas veces elevada, de socios con el costo, muchas veces insuperable, de averiguaciones, traslados, notificaciones y otros recaudos procesales implícitos en la conducción de un juicio contra una pluralidad de partes. Evitar estos inconvenientes es particularmente importante porque quien los sufre -la contraparte de la sociedad- no es el causante de ellos ni los puede sortear unilateralmente, y porque las condenas en costas son inútiles para compensar los gravísimos perjuicios de todo orden -siendo el moral derivado de la prolongación de los pleitos uno de los más considerables- que surgen de la demora en hacer efectivos los derechos de terceros contra la sociedad.

IX. LA TÉCNICA DE PATRIMONIALIZACIÓN

El fenómeno de la personificación que acabamos de referir, también lo hemos denominado centro de imputación "autogestante", para diferenciarlo de otros centros de imputación que no gozan de esa característica.

Entre ellos, encontramos principalmente, los patrimonios especiales o de afectación como el fideicomiso (Ley 24.441), el fondo común operativo que genera el contrato asociativo de agrupación de colaboración (art. 1.458 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación), o los peculios (art. 30, del Código Civil y Comercial de la Nación), etc., generándose así un centro imputativo de relaciones jurídicas mediante una técnica distinta de la personificación.

En efecto, las sociedades integran un gran número de relaciones de comunidad –del que participan el condominio, el consorcio de propietarios en la propiedad horizontal, la comunidad hereditaria, la denominada sociedad conyugal (en tanto comunidad de gananciales), e incluso vínculos como el de las obligaciones de sujeto plural, mancomunadas o solidarias, etcétera- (⁴⁶), en que lo característico de las sociedades, es que esa comunidad se organiza como una forma jurídica autónoma, en la que cada uno de los comuneros –denominados socios- son diferenciados subjetivamente del conjunto, atribuyendo a éste calidad de sujeto, con patrimonio, derechos y obligaciones y actividad propias.

La forma jurídica societaria es útil en todo aquello que permite oponer a terceros *la titularidad unitaria* de fines colectivos (⁴⁷) (o autónomos), y el recurso técnico sirve a esa finalidad.

No obstante, atento los intereses en juego el otorgamiento de la personalidad jurídica debe tornarse en una cuestión de máxima seguridad.

En efecto, la sociedad cumple una función económica de trascendencia, cual es, *organizar* un patrimonio separado, distinto al de cada uno de los socios. Así lo demuestra la evolución del concepto moderno de persona jurídica, toda vez que los inversores de un capital para acometer empresas

⁴⁶ Zannoni, Eduardo A., *Contrato asociativo y sociedad* (A propósito del Proyecto de Reformas al Código Civil de 1993), pág. 67.

⁴⁷ Ferrara, Francesco, 1929, *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 350, trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Reus, Madrid.

de alto riesgo y gran inversión logran evitar comprometer su patrimonio individual en el giro ⁽⁴⁸⁾.

Sin embargo, la sociedad lejos se encuentra de agotar las formas de organización de una comunidad de intereses, lo que en otros términos implica sostener, que no solamente mediante las formas típicas societarias puede satisfacerse el interés que inspira a los cotitulares de una relación jurídica o de un conjunto de las mismas.

Nada impide que dos o más personas resuelvan asociarse haciendo aportes al servicio de una actividad en común, para la obtención de una finalidad cualquiera, sin constituir para ello una sociedad.

En suma, toda sociedad nace comúnmente, de un contrato asociativo (también llamado plurilateral de organización), pero no todo contrato asociativo da origen, necesariamente, a una sociedad.

X. SITUACIÓN NORMATIVA

Si efectuamos una rápida recorrida por el sistema normativo obrante durante la vigencia de Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC), con la modificación introducida en 1983, mediante ley 22.903, que incluyera un Capítulo III sobre Contratos de colaboración empresaria, incorporando las figuras de las Agrupaciones de Colaboración y las Uniones transitorias de empresas, sin incluir al Negocio en participación (Sec. IX, Cap. II LSC), ni eliminar la expresión *sociedad accidental* de su denominación), formas no personificantes, si bien en algún caso, como el de la agrupación de colaboración, generando un centro imputativo en mano común, denominado fondo común operativo. Y luego, la ley nº 26.005 sobre Consorcios de Cooperación, con la desacertada remisión al régimen de la sociedad de

⁴⁸ Gracias al concepto de persona jurídica –explica Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. I (La rivoluzione giuridica della classe mercantile), pág. 84, la responsabilidad limitada del accionista puede no ser considerada, como fue considerada en una época, un beneficio en sentido propio, o sea un privilegio: ya no es una excepción al principio general de la responsabilidad ilimitada patrimonial del deudor.

hecho en caso de no inscripción; y a ello, le agregamos, que no se encontraba una norma autorizando la autonomía de la voluntad para generar otras formas contractuales de colaboración empresaria, y esa posibilidad quedaba bajo el riesgo de ser calificadas como sociedades atípicas, conforme la tendencia de personificar todas las relaciones asociativas, el panorama no podría resultar menos que sombrío.

1. Estas formas para el agrupamiento empresario (agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas) intentaron liberalizar el sistema de la LSC, que enfrentaba el dilema entre las figuras contractuales como el negocio en participación, llamado en el antiguo derecho societario *sociedad*, -pero no sujeto de derecho-, con un límite difuso, por su misma nomenclatura de sociedad, con la sociedad de hecho y la consiguiente responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria) y las figuras asociativas con el impedimento del art. 30 de la LSC. a las sociedades por acciones, para participar en otras que no fueran del mismo tipo, unida a una interpretación extensiva de la prohibición para alcanzar a la sociedad accidental -art. 361 LSC-, lo que generó inseguridad jurídica para constituir *joint ventures*.

La distinción doctrinal entre sociedad en sentido amplio y sociedad en sentido estricto (⁴⁹) no alcanzó a disipar la cuestión, que se acentuó con la reforma de 1983.

2. Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, estos contratos fueron independizados de la LGS, resultando “nominados” (tipificados normativamente) cuatro contratos de colaboración empresaria, bajo la opinable nomenclatura de “contratos asociativos”, reafirmandose la posibilidad de creación de otras relaciones contractuales de colaboración.

Los *Fundamentos* de esa incorporación al CCC, son significativos, y subrayan que: “la regulación de los contratos asociativos es absolutamente necesaria. En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica

⁴⁹ Richard – Muiño, cit., t. I, pág. 8.

es más evidente aun cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse.

Sin embargo, hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, persona jurídica y tipicidad legal, en el contexto económico actual, se muestra insuficiente. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeticidad conceptual de este modelo de "sociedad-persona jurídica-típica".

La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica.

El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad".

3. Nosotros, hace tiempo, hemos formalizado una clasificación general de los contratos, conforme a su finalidad o función en la vida social y económica ⁽⁵⁰⁾, toda vez que, por medio de los contratos, los bienes pueden ser objeto de *cambio* (o circulación) ⁽⁵¹⁾; el contrato puede ser el instrumento para que advenga el *crédito* ⁽⁵²⁾, se satisfagan las exigencias atinentes a la *garantía* ⁽⁵³⁾, se produzca la *cooperación* en el trabajo ⁽⁵⁴⁾, en la *gestión* ⁽⁵⁵⁾, o en el *resultado* ⁽⁵⁶⁾.

⁵⁰ Puede verse con mayor desarrollo, nuestro *Derecho Societario*, cit., tomo II, pág. 141 y ss.

⁵¹ A través de su *enajenación* o *disposición* (compraventa, permuta, cesión de derechos, etc.), sea en virtud de su circulación pero recurriendo a la *concesión de uso temporario* de esos bienes (locación urbana, arrendamiento rural, etc.).

⁵² Ya recurriendo al préstamo, ya al depósito irregular, ya a la cuenta corriente, etc.

⁵³ Mediante la fianza, la garantía del hecho del tercero, la constitución de derechos reales de garantía, o la promesa de pago.

⁵⁴ Función de cooperación sobre la base del trabajo personal (contrato de trabajo).

⁵⁵ Función de cooperación ya en virtud del mandato, de la mediación o intermediación, de la agencia (supuestos de cooperación en la gestión).

El género que se contrapone a los contratos de cambio, es el de los contratos de colaboración. Allí distinguimos entre los que no tienen una finalidad común y los que sí la tienen. Otra especie de ellos, está integrada por los contratos de organización –colegios, grupos, y otros muchos sin generar una actuación personalizada-. Dentro de los de organización, encontramos los personificados (sociedades, fundaciones, asociaciones) y los patrimonializados (fideicomiso), no personificantes, o no societarios.

El CCC utilizó la terminología *asociativos* donde están reflejados los de colaboración, lo que nos impone realizar alguna precisiones.

Se ha entendido por contratos de colaboración aquellos en los cuales media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato. Ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y partir (⁵⁷).

En los contratos de colaboración una parte *coopera* con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (⁵⁸).

Los contratantes se vinculan entre sí para obtener un fin.

XI. COLABORACIÓN (O COOPERACIÓN) Y CONTRATOS DE COLABORACIÓN

Ahora bien, resulta diferenciable la colaboración en las relaciones que nosotros denominamos “sin finalidad común”, donde lo característico es que ambas partes mantienen su individualidad y la colaboración se da a través de obligaciones recíprocas, de la colaboración en los contratos de colaboración (con finalidad común). En aquéllos contratos (de cambio) la

⁵⁶ Función de cooperación en el *resultado* o en la *gestión* o *intermediación*, ya sea mediante la ejecución de una obra o de un transporte, o la constitución de una sociedad (supuestos de cooperación en el resultado).

⁵⁷ Spota, op.cit., pág. 124.

⁵⁸ Uría, Rodrigo, 1979, *Derecho Mercantil*, pág. 377, Ed. Marcial Pons, Madrid. La colaboración o cooperación, puede ser caracterizada en un sentido muy amplio entendiendo por tal, toda utilidad que se obtiene mediante la concurrencia de una prestación ajena.

finalidad inmediata es, v.gr., la circulación de los bienes. La colaboración sólo aparece como una consecuencia de esa relación.

1. En el contrato de mandato, por ejemplo, una de las partes quiere celebrar uno o varios actos jurídicos y para hacerlo, encarga a otro para que lo haga, con o sin representación. Hay aquí una cooperación entre mandante y mandatario para celebrar uno o más actos jurídicos. Es relevante el interés que tiene una de las partes en llevar adelante una finalidad y aquél que realiza el encargo tiene un carácter meramente instrumental, debe adecuarse a dicha finalidad, debiendo posponer su propio interés (⁵⁹).

El negocio parciario es un contrato de cambio en el que las prestaciones de las partes dependen del álea de los negocios de una de ellas; hay una participación en los beneficios de una empresa ajena. Los beneficios no surgen de una actividad coordinada de ambas, ni de aportes y como consecuencia de ello una de las partes no puede tomar parte en la administración o control de la empresa.

Entre estos contratos, encontramos los contratos de cambio con cláusulas de resultado, que hemos denominado contratos "con" participación, diferenciados de los contratos "de" (o "en") participación (también llamados asociativos). En estos últimos hay participación en las utilidades sin configurarse sociedad, ni sujeto de derecho. Los primeros constituyen el negocio parciario, contrato de cambio donde se genera co-interés en el resultado del negocio, como por ejemplo en la aparcería, donde no hay aportes comunes ni participación en las pérdidas y el resultado no surge de

⁵⁹ Esta idea surge clara en el CCC, ya que el art. 1319 define al mandato: cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra (primer párrafo). Al propio tiempo, el art. 1325, expresa que si media conflicto de intereses entre el mandante y el mandatario, éste debe posponer los suyos en la ejecución del mandato o renunciar (primer párrafo). Sobre esta base pueden advertirse similitudes con otros contratos. Así se puede solicitar la mediación o corretaje a alguien para acercar a dos partes y celebrar un negocio. Si la finalidad es encargar a alguien que venda, hay una riquísima variedad de modalidades contractuales que son de típica colaboración: la agencia, la concesión, la franquicia. Si se trata de encargar actos materiales, la locación de obra, de edición, de representación teatral o sobre derechos intelectuales, y servicios (materiales o intelectuales) y transporte. Este encargo de actos materiales puede ser efectuado a alguien próximo, con quien se tiene una relación de subordinación jurídica, técnica o económica, presentándose así el supuesto de contrato de trabajo. El trabajador se obliga a "realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta (art. 21, Ley 20.744); todo cfme. Lorenzetti, Ricardo L., *Contratos asociativos y de colaboración: elementos para una calificación*, Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario.

la actividad coordinada sino de la actividad de una sola de ellas. Así un préstamo puede convertirse en un negocio participativo, determinándose el interés por la utilidad del negocio a que se aplicó. Ello no es negocio en participación donde puede perderse el capital, sino negocio parciario.

2. En cambio, la colaboración en los contratos de colaboración (que nosotros denominamos "con finalidad común"), implica la obtención de un fin de manera compartida. Ya no estamos en los supuestos anteriores en que el interés es de una de las partes y la prestación de la otra es un instrumento para obtenerlo. Aquí, ambas comparten un fin y se aúnan para lograrlo. Las declaraciones de voluntad de los sujetos se ponen todas de un mismo lado, destinadas a la satisfacción de un mismo interés, pudiendo distinguirse:

a) La integración total, que se da entre personas humanas, por ejemplo en la sociedad. Esta modalidad puede darse también entre personas jurídicas, por ejemplo, en la fusión, supuesto en que las sociedades integrantes pierden individualidad, constituyendo una única estructura organizativa.

b) La integración parcial, puede darse a través de una *joint venture*, o aventura común, como supuesto de hecho que puede subsumirse en una sociedad, un contrato asociativo no societario, en un contrato en participación o en un contrato internacional.

c) También encontramos los denominados contratos parasocietarios o contratos parasociales, cuya función accesoria, pretende regular ciertos efectos de la sociedad, como el supuesto de la sindicación de acciones.

3. En cuanto al contrato asociativo (o en participación, podemos señalar como elementos distintivos:

a) *La adquisición de ganancias a título originario*: diferenciando la sociedad de la simple comunidad de intereses, que se da, por ejemplo, cuando dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo o una máquina para explotarla privativamente, cada uno a su turno, supuestos éstos donde se afirma que falta la intención de

constituir con los aportes un fondo común para obtener los beneficios que resultaren de las operaciones realizadas con ayuda de ése fondo; las ventajas no son divisibles, sino que se aprovechan privadamente. Vélez Sársfield, receptó estas situaciones en la nota al artículo 1.648 del Código Civil, donde diferenciándose de la opinión de Troplong quien sostenía que en estos casos hay sociedad, porque hay un beneficio apreciable en dinero ("*Société*, núm 13), señala: "pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre los socios, condición esencial de toda sociedad".

"La simple comunidad de intereses resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquiera que dividirán entre sí".

Se trata de un principio de distinción entre sociedad y contratos asociativos (negocios "en" participación), puesto que las utilidades se adquieren originariamente por los participantes y no a título derivado, pasando por un ente y dividiéndolas luego.

b) *Plurilateralidad*: Los contratos asociativos (en participación), son básicamente plurilaterales, por lo que serán aplicables todas las consecuencias que la doctrina ha elaborado para los contratos plurilaterales, diferentes por cierto a los contratos de cambio: La *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable; no son aplicables las disposiciones sobre resolución por incumplimiento; la nulidad o anulabilidad que afecte el vínculo de una de las partes no produce la nulidad o anulabilidad del negocio, etc.

c) *Separación funcional y patrimonialización*: En la integración parcial interna, las actividades se dan con respecto a operaciones idealmente separadas de los partícipes. Las partes disminuyen los costos haciendo en común algunos tramos del proceso productivo, de investigación, o de comercialización. De ello se sigue que el objeto tiene alguna relación con la actividad de los participantes, ya que debe ir en provecho de ellos.

Esta separación ideal tiene su expresión de patrimonialización. Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Conforman un patrimonio indiviso durante el plazo de vigencia de la agrupación y sobre el que no pueden hacer valer sus derechos los acreedores particulares de los participantes (art. 1.458 y concordantes del CCC).

La constitución de un patrimonio indiviso no obedece a un problema de responsabilidad civil frente a terceros; no persigue aquí la ley dar garantía patrimonial, lo que la diferencia claramente de la sociedad ⁽⁶⁰⁾.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su Capítulo 16, del Título 4, del Libro tercero, ha denominado opinablemente *Contratos asociativos*, a estos negocios y en su Sec. 1ª contiene disposiciones generales, contrastando con la definición de *sociedad*, aunque no son definidos, siendo caracterizados por la "comunidad de fin que no sea sociedad", por lo que "no se les aplican las normas sobre la sociedad" ni las de "personas jurídicas", en norma repetitiva aunque de carácter docente (art. 1.442 CCC), descartando su aplicación a "las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria", a las que también se excluye aplicar las normas "de la sociedad".

Como se advierte, un Derecho Privado colectivo ⁽⁶¹⁾ va reconociendo las relaciones de organización, aunque se advierte la necesidad del dictado y reordenamiento de normas para relaciones de organización, imponiendo en la legislación mercantil el método de empresa o de organización, que trate de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad.

⁶⁰ Lorenzetti, op.cit.: Examinando el problema de la responsabilidad frente a terceros desde la teoría general, cabría decir que ante la ausencia de una persona jurídica, las relaciones con los terceros se regulan sobre el modelo de la obligación con pluralidad de sujetos. Son básicamente mancomunadas, no pudiéndose presumir la solidaridad. No obstante, hay situaciones que derogan este principio. En primer lugar, pueden las partes pactar la solidaridad. En segundo lugar, puede obtenerse el mismo efecto por la actuación del representante. Cuando varios mandantes encargan un negocio a un mandatario en interés común de ellos, no hay solidaridad, salvo que el objeto del negocio fuera indivisible, supuesto en que el tercero podrá reclamarlo en su totalidad a cada uno de los mandantes. En la agrupación de colaboración, la prestación es indivisible, ya que se trata de una "unidad funcional", por lo que la ley habla de solidaridad. En la unión transitoria, la obligación es esencialmente divisible, por lo que la ley se expresa en términos de mancomunación.

⁶¹ Cfme. Lorenzetti, Ricardo, 1995, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe p. 147 y ss.

XII. EPÍLOGO

A través de las consideraciones que hemos realizado, se pueden advertir los cambios que se vienen formalizando en el campo de las denominadas "relaciones de organización". En efecto, las relaciones de organización vienen irrumpiendo en un sistema creado bajo las relaciones de cambio. Los acreedores de un contrato bilateral, se vuelven partícipes de una relación de fideicomiso de garantía, ingresando en una relación plurilateral, con normas que imponen actos colectivos colegiales; los centros de imputación antes reservados a la personalidad jurídica, ahora se multiplican con subordinación –en caso de aportes, ciertas deudas, extensión de quiebra, etc., patrimonialización– en fideicomisos, sociedad unipersonal, sociedades de cómodo, etc.-, y porque no refiriéndose a bonistas, obligacionistas, debenturistas, con esas reuniones colegiales colectivas para adoptar "acuerdos" por mayoría (⁶²).

La teoría moderna del patrimonio-afectación, contempla la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sean su destino en vista de la

⁶² Recientemente, Raúl Aníbal Etcheverry, *El derecho y la vida moderna. Los llamados "contratos asociativos" y la nueva legislación civil y comercial*, LL del 14 de febrero de 2012, siguiendo esta línea, aunque sin referencia a nuestros trabajos anteriores, concibe lo que denomina "Sistemas Jurídicos Organizados para Administrar y Disponer de un Patrimonio" (SIJAP), apuntando que "En el derecho vigente, los sistemas jurídicos organizados para administrar y disponer de un patrimonio, son establecidos por la ley con fuerte tipicidad y pueden o no tener "personalidad jurídica". Siempre son actores en el mercado y en el derecho. ...Generalmente el objeto de un SIJAP es preciso, determinado y restringido a su precisión legal. El objeto de algún modo, limita y condiciona su funcionamiento, que establece derechos, obligaciones, facultades y deberes. Algunos sistemas jurídicos funcionales y estructurales que mencionamos a modo de ejemplo, podrían ser los siguientes: 1. Formas de la llamada propiedad horizontal, incluidos los consorcios de PH. 2. Sociedades civiles y comerciales. 3. Uniones transitorias de empresas. 4. Acuerdos de colaboración. 5. Consorcios de cooperación. 6. Cooperativas. 7. Asociaciones. 8. Fundaciones. Los negocios fiduciarios de organización, administración o construcción, también son SIJAP y no lo son, los contratos fiduciarios bilaterales o plurilaterales de cambio o las fiducias testamentarias y los fideicomisos de garantía, en la generalidad de los casos. ...A su vez, la regulación de los sistemas de administración de un patrimonio podría cumplirse dentro de un sistema de personalidad jurídica más perfecto y coherente que el actual o bien creando una nueva figura genérica que para facilitar su individualización hemos llamado SIJAP... Una norma especial, debería establecer responsabilidades especiales para el o los órganos de cada sistema de autogestión patrimonial.". Como se advierte, el paralelismo con el intento respecto del sistema de las relaciones de organización que hemos expuesto con anterioridad, resultan patentes.

obtención de ciertos fines económicos-jurídicos (⁶³). El patrimonio ha sido conceptualizado tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos y obligaciones en relación con un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma” (⁶⁴).

Pero volvemos a insistir, en que las técnicas jurídicas de afectación patrimonial no son solamente la personificación, sino también la patrimonialización como lo es el fondo común operativo de la agrupación de colaboración o el patrimonio de afectación en el fideicomiso, o la creación de centros de imputación especiales en la sociedad conyugal, el bien de familia, como patrimonio de defensa que importa una técnica de desimputación de parte del patrimonio, los peculios, o el sistema de privilegios o derechos reales, incluso los que genera la actuación extraterritorial efectivizado en situaciones concursales, o dentro de los concursos, las formas de liquidación que excluyen a los socios en beneficio de los terceros que asumen la conducción de la empresa, los fondos de garantía en orden a la actividad financiera, asegurativo en seguro de responsabilidad civil obligatorio, son otras técnicas de imputación. Inclusive, las técnicas imputativas no tienen sólo efectos patrimoniales sino que son también formas de ejercer o defenderse de pretensiones, como es la técnica del litis consorcio necesario, activo o pasivo.

⁶³ Recuérdese, que la universalidad de hecho, se distingue de la universalidad jurídica en que sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico, en cambio la universalidad jurídica es, sobre todo, un conjunto de derechos y obligaciones imputables a la persona. Deviene de esta constatación la “Teoría moderna del patrimonio-afectación”.

⁶⁴ “El patrimonio-afectación en caso de tener realidad jurídica, procederá solo en el supuesto de que la ley le reconozca, mediante declaración expresa, efectos a la afectación de ciertos bienes a un fin determinado, y es ciertamente esa la situación que prevalece en relación a los bienes fideicomitidos, situación que se encuentra prescrita en la ley como una afectación a un fin determinado” Acosta Romero, Miguel; Almazán Alaniz, Pablo Roberto, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2ª ed. actualizada, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 276.

Este es un preliminar abordaje de un fenómeno –el de las relaciones de organización- que hace tiempo ha llegado a nuestro sistema jurídico. Y ha llegado para quedarse.

Constituye, pues, una asignatura pendiente de los operadores jurídicos, ahondar en su composición y sistemática, lo que incipientemente creemos haber insinuado.

Cita de este artículo:

MUIÑO, O. M. (2016). "Apostillas en torno a la conceptualización de las relaciones jurídicas de la organización." *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2016, Año 6, Vol. 1. pp. 11-46. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LAS CLASIFICADORAS DE RIESGO

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Universidad Nacional de Cuyo. Posgrado de Especialización en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca-España. Doctorando de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Sociedades anónimas.
Calificadoras de riesgos.
Mercados financieros.
Valores negociables.*

Key words:

*Anonymous Societies.
Risk rating. Financial
markets. securities.*

Resumen

Las agencias calificadoras de riesgo son entidades especializadas que brindan análisis objetivos y evaluaciones independientes que permiten a los inversores o instituciones conocer si los emisores de valores negociables podrán cumplir con sus obligaciones en relación con dichos valores. Estas agencias son cuestionadas por su falta de objetividad y el sesgo ideológico que las guía.

Abstract

The rating agencies are specialized entities that provide objective analysis and independent evaluations that allow investors or institutions to determine whether issuers of securities can fulfill their obligations in relation to those securities. These agencies are challenged by their lack of objectivity and ideological bias the guide.

Introducción

Las sociedades calificadoras de riesgo son sociedades anónimas integradas por especialistas que brindan una opinión técnica independiente sobre la posibilidad de repago en las condiciones convenidas de las diversas obligaciones negociables y/u otros títulos de deuda colocados y negociados en los mercados. Es decir, ayudan a los inversores o instituciones a conocer si los emisores de valores negociables serán capaces de cumplir con sus obligaciones con respecto a dichos valores. En el caso de la calificación de acciones, se evalúa su capacidad de adquirir ganancias y liquidez.

El objeto es brindar una mayor información a los inversionistas potenciales o actuales sobre la solvencia de un instrumento y surgieron con la necesidad de los inversores de confiar con una entidad que buscara, analizara y procesara, de manera centralizada, toda la información indispensable para pronunciar una opinión sobre el riesgo inherente de un activo financiero. Como así también, acrecentar la transparencia y asegurar la independencia de las agencias calificadoras a fin de que resultara uniforme y consistente en todos los distintos países.

La calificación de valores tuvo origen en Estados Unidos a finales del siglo XIX, se llevó a cabo a través de un sistema de información crediticia. En este país (a comienzo del siglo XX) y con el impulso de

la industria ferroviaria, se realizaron las principales emisiones de obligaciones (bonos), lo que motivó la creación de empresas consagradas al estudio y análisis de la calidad de esos instrumentos.

En Argentina las agencias de calificación de riesgo surgieron a mediados de los años noventa y contribuyeron al progreso del mercado de valores nacional.

Cuáles son los beneficios que representan una calificación de riesgo

La calificación de riesgo implica un estudio cualitativo y cuantitativo de la información suministrada por el emisor y la que existe de forma pública.

Entre los fundamentos metodológicos que se tienen en cuenta para una calificación de riesgo, se consideran: los estados financieros históricos y programados, la gestión operativa y gerencial del emisor, las estrategias y posicionamientos en el mercado, el origen y la calidad que ostenta la garantía, el cumplimiento de obligaciones anteriores, el entorno legal y macroeconómico, la calidad y confiabilidad de la información⁶⁵.

Las calificaciones de riesgo se han convertido en una imperiosa necesidad de los mercados y los inversionistas para ponderar el riesgo de valores negociables.

Es así, como los inversores utilizan la información brindada por estas agencias para la toma de decisiones de inversión, cotizaciones y precios de colocación. Los emisores por su lado, utilizan los servicios proporcionados por estas sociedades para el ingreso a mercados financieros, cotización de sus emisiones.

Asimismo, cuando una entidad (gobierno, empresa, banco, aseguradora, etc.) necesita emitir deuda o solicitar financiación, encomienda a una agencia calificadora que la evalúe.

⁶⁵BOCCA, Federico, 2012, "Agencias calificadoras de riesgos", http://www.fen.espol.edu.ec/boccafederico_agenciascalificadorasderiesgo

Esta evaluación ofrece a los inversores y prestatarios una guía para estipular el tipo de interés al que otorgarían la financiación.

En definitiva, los mercados financieros globales, principalmente los de crédito, dependen de las organizaciones de calificación estadística.

Principales Agencias Calificadas

Las tres más importantes agencias calificadoras de riesgo que se reparten el mercado de la calificación crediticia en el mercado son *Standard & Poor's* (Estados Unidos), *Moody's – Moody's Investors Service* (Estados Unidos)-y *Fitch – Fitch Ratings* (Estados Unidos – Reino Unido – Francia) están certificadas por la Comisión de Valores e Intercambio de los Estados Unidos como Organización de Calificación Estadística Nacionalmente Reconocida (NRSRO por las siglas en inglés correspondiente a "*Nationally Recognized Statistical Rating Organization*")⁶⁶.

Las sociedades de calificación de riesgo tienen sus propios métodos de calificación, que debe ser aprobado por la comisión nacional de valores o ente análogo.

Por lo general todas utilizan un sistema uniforme en lo internacional. Las categorías de calificación se encuentran establecidas con las letras A, B, C, D, y E. Las primeras cuatro categorías deberán utilizarse para los títulos emitidos por emisoras que hayan cumplido favorablemente con los requisitos de información demandados por las leyes vigentes. Para cuando las emisoras que no hayan cumplido apropiadamente los requisitos de información establecidos por las normas vigentes e ineludibles para la calificación de sus valores negociables, se reserva la categoría E.

La calificación A se esgrime para los valores negociables de óptima calidad y más bajo riesgo y en orden descendiente, la calificación D corresponderá a los valores negociables de menor calidad y mayor

⁶⁶TUCK, Jenifer, 2012, "Las calificadoras de riesgo S&P; (por Standar & Poor 's), Moody's y Fitch" http://www.ehowenespanol.com/calificadoras-riesgo-sp-por-standar-poors-moodys-fitch-sobre_137431/.

riesgo. Es así, como las calificaciones de S&P para distinguir a los prestatarios de mayor a más baja calidad son: AAA, AA, A, BBB, BB, B, CCC, CC, C y D. La calificación para una inversión recomendable es BBB o mayores.

Moody's utiliza las siguientes calificaciones: Aaa, Aa, A, Baa, Ba, B, Caa, Ca y C. Se suman números para efectuar nominaciones intermedias como Baa1, Baa2, entre otras. La calificación de inversión recomendable y prudente es B o mayor, cualquier otra por debajo es considerada especulativa.

Fitch pertenece a una sociedad francesa, *Fimalac SA*, *Fitch* opera internacionalmente y es la más pequeña de las tres grandes, esta agencia usa la misma escala que S&P (*Standard & Poor's*).

Se puede apreciar que existen un grupo trascendental de agencias de calificación de riesgos y cuyas notas son observadas con atención por los mercados:

Estas agencias calificadoras son:

- A. M. Best (Estados Unidos)
- Baycorp Advantage (Australia)
- China Credit Information Service (China)
- Crisil Ltd. (India)
- Dagong Global Credit Rating – Dagong Global Credit Rating Co. Ltd (China)
- Dominion Bond Rating Service (Canadá)
- Dun & Bradstreet (Estados Unidos)
- Egan-Jones Rating Company (Estados Unidos)
- Rating Agency Malaysia (Malasia)
- Japan Credit Rating Agency (Japón)
- Japan Credit Rating Vital Information Services (Pakistán)
- The Pakistan Credit Rating Agency Limited (Pakistán)
- NKC Independent Economists (Sudáfrica)
- Dagong Global Credit Rating – (China)
- Axesor (España)
- Clasificadora de Riesgo Humphreys (Chile)

-Clasificadora de Riesgo Feller-Rate (Chile)

-Clasificadora de Riesgo Apoyo y Asociados (Perú)

La Unión Europea sostenía que las calificadoras estadounidenses favorecían a las emisoras de ese país en detrimento de las emisoras europeas, por tal motivo la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés) ha aprobado el registro de *Economist Intelligence Unit* (EIU) con fecha 30 de Mayo del año 2013.

Esta agencia calificadora surgió a fin de aumentar la transparencia, y disminuir los riesgos de conflictos de intereses. Además, la Unión Europea aprobó una normativa para las calificadoras de riesgo constituidas en su zona, entre la que se pueden mencionar las siguientes:

Rotación. Los emisores de productos financieros estructurados con activos subyacentes retitularizados deben rotar de agencia cada cuatro años.

Doble nota. Los productos estructurados deben ser calificados por dos agencias de riesgo.

Conflicto de intereses. Se requiere que las agencias de calificación que publiquen especifiquen si alguna de las entidades que "ellas califican" tiene más del 5 % de su capital o derechos de voto en las mismas.

Indemnización. Los inversores podrán demandar una indemnización a la agencia si soportan una pérdida por una infracción perpetrada por la misma.

Descenso de la calificación realizado por una Calificadora de Riesgo

El *rating* es una nota o calificación de la solvencia que posee una empresa, un país, instituciones públicas y emisiones de deuda. Una degradación del *rating* es una mengua de la confianza de los inversores y, por tanto, implica un incremento de los costes financieros.

El descenso de la calificación realizado por una agencia puede generar varios problemas, por ejemplo:

a) Que los intereses para otorgar créditos a la empresa se incrementen, esta circunstancia puede afectar negativamente a los contratos que se firmen con otras instituciones.

b) A veces, los contratos de préstamo de capital pueden incluir una cláusula que obliga a devolver a la entidad prestadora el dinero proporcionado si la calificación de la empresa baja.

c) Una calificación baja provoca el despido de los trabajadores en forma masiva.

Los efectos de la baja de la calificación realizada a un emisor por parte de una agencia calificadora puede ser dramático, desbastador y muy nocivo.

Modelos de negocio de las agencias de calificación de riesgos

En sus orígenes, estas agencias se crearon fundadas en un modelo de suscriptores, por este sistema las agencias les cobraban a sus abonados la tarea de brindar sus calificaciones. Los detractores de este sistema sostenían que la mayoría de las emisiones de valores, conforme a este sistema, se encontraban sin calificar, porque el interés de los suscriptores se concentraba siempre en las grandes emisiones.

En la actualidad y en oposición a este sistema, la mayoría de las grandes y medianas agencias de calificación se basan en un modelo de negocio en el que la mayoría de los ingresos proceden de las erogaciones que les realizan los emisores. Los detractores de este modelo manifiestan que las emisoras pueden solicitar que la califiquen las agencias que les brinden una mejor valuación.

Las calificadoras de riesgo en nuestro país

En nuestro país se ha creado la Comisión Nacional de Valores (CNV) por la Ley de Oferta Pública N.º 17.811 sancionada en el año 1968 y está regida por la Ley de Mercados de Capitales N.º 26.831 aprobada en el año 2012. La Comisión Nacional de Valores es el organismo oficial que tiene a su cargo la promoción, supervisión y control del Mercado de Valores, es una entidad autárquica con jurisdicción en toda la República Argentina⁶⁷.

Esta institución tiene su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pero podrá sesionar y establecer delegaciones regionales en cualquier lugar del país. La CNV depende del PODER EJECUTIVO NACIONAL por intermedio del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS, que entenderá en los recursos de alzada que se interpongan contra sus decisiones, sin perjuicio de las acciones y recursos judiciales regulados en la LMC.

La principal función que cumple la CNV es el resguardo de los intereses de los inversores y de los accionistas de las empresas, principalmente los minoritarios.

La Comisión Nacional de Valores es el ente autorizado para ejercer las funciones de fiscalización y control de las sociedades calificadoras de riesgo. Entre estas funciones se encuentra llevar el Registro de las Calificadoras autorizadas, registrar sus manuales de calificación; registrar a los consejeros que califican y fiscalizar toda la actividad de las calificadoras. La actividad de la CNV es un control de legalidad, no califica⁶⁸.

Ahora bien, El marco regulatorio de las Sociedades Calificadoras de Riesgo en nuestro país está formado por:

- a) El Decreto N.º 656/1992 (modificado por el Decreto N.º 749/2000).
- b) El Capítulo XVI – Calificadoras de Riesgo – de las Normas de la CNV (N.T. 2001 y mod.).

⁶⁷ COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, <http://www.cnv.gob.ar/web/secciones/quees.aspx>

⁶⁸ Ídem.

c) El régimen de información previsto en el Capítulo XXVI – Autopista de la Información Financiera – de las Normas de la CNV (N.T. 2001 y mod.).

d) El Capítulo XVI – Calificadoras de Riesgo-.

e) El Capítulo XXVI – Autopista de la Información Financiera- de las Normas de la CNV.

f) La Resolución General N.º 605/12 (publicada en el Boletín Oficial el 17 de abril de 2012).

Esta Resolución es el resultado de un análisis exhaustivo elaborado por la CNV de las regulaciones de las Calificadoras a efectos de enaltecer las normas de transparencia y brindar asistencia a los inversores a fin de que tengan un óptimo acceso a la información de mercado⁶⁹.

g) A efectos de mejorar la carga de la información a través de la AIF, la CNV modificó el inciso b) del artículo 11 del Capítulo XXVI – Autopista de la Información Financiera-.

h) La Ley de Reforma del Mercado de Capitales – (Ley N.º 26.831), sancionada: 29/12/2012.

Tal como lo establece el considerando del Decreto N° 656/92: *"la calificación no debe interpretarse como una recomendación para adquirir, negociar o vender un instrumento financiero determinado, sino como una información adicional a tener en cuenta por los inversores e intermediarios en la toma de decisiones"*.

Sin perjuicio de ello la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES podrá determinar la obligatoriedad de la calificación cuando las especiales circunstancias de la emisión así lo demanden.

Las entidades estatales, provinciales o municipales, igualmente podrán requerir la calificación de los valores mobiliarios que emitan.

De conformidad con el artículo 57 de la Ley N.º 26.831 La Comisión Nacional de Valores debe establecer las formalidades y requisitos que deben cumplir las entidades que requieran su registro

⁶⁹ BELLER Ricardo W. DEL PINO, Miguel, (2012), "Calificadoras de Riesgo", <http://marval.com.ar/publicacion/?id=5894>

como agentes de calificación de riesgo, incluyendo la reglamentación de lo establecido en la ley y estipulando las clases de organizaciones que podrán llevar a cabo esta actividad.

Además, el mismo artículo determina que La Comisión Nacional de Valores podrá incluir dentro de este registro a las **universidades públicas autorizadas** a funcionar como tales, determinando los requisitos que deben acreditar considerando su naturaleza.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 58 de dicha Ley los agentes de calificación de riesgo, a solicitud de las emisoras y otras entidades, podrán calificar cualquier valor negociable, sujeto o no al régimen de oferta pública. Es decir, que se pueden calificar: Acciones, Obligaciones negociables, Valores negociables de deuda de corto plazo (RG N.º 344), Títulos públicos, Fondos comunes de inversión, Fondos comunes cerrados de crédito, Fideicomisos financieros, entre otros.

Las empresas interesadas deben obtener matrícula para poder desarrollar su actividad en este país. La COMISION NACIONAL DE VALORES llevará el Registro de las Sociedades Calificadoras de Riesgo (artículo 47 de la Ley N.º 26.831).

Las SCR nacionales registradas actualmente ante esta CNV son cuatro⁷⁰:

-*STANDARD & POOR'S INTERNATIONAL RATING LLC.* (Sucursal Argentina), Inscripta bajo el N° 2.

-*FITCH ARGENTINA CALIFICADORA DE RIESGO S.A.*, Inscripta bajo el N° 3.

MOODY'S LATIN AMERICA CALIFICADORA DE RIESGO S.A., Inscripta bajo el N° 4.

EVALUADORA LATINOAMERICANA S.A. CALIFICADORA DE RIESGO, Inscripta bajo el N.º 6.

Las Sociedades Calificadoras inactivas son:

⁷⁰ COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, <http://www.cnv.gov.ar/web/secciones/quees.aspx>

- *Duff & Phelps De Argentina Sociedad Calificadora de Riesgo S.A. (Ahora Fitch Argentina).*
- *Humphreys Argentina Calificadora de Riesgo S.A. (Ahora Mood ys Latin America).*
- *Magister/Bankwatch Calificadora de Riesgo S.A. (Ahora Mood ys Latin America).*
- *Value Calificadora de Riesgo S.A. (Dada de Baja).*

A los fines de obtener y mantener su inscripción en el Registro de Calificadoras de Riesgos estas sociedades deben cumplir con los siguientes requisitos:

ESTATUTO o CONTRATO SOCIAL: Inscripto en el Registro Público correspondiente a la jurisdicción donde tenga su domicilio legal.

OBJETO: Poseer como objeto social exclusivo el de calificar valores negociables y las actividades afines.

CAPITAL SOCIAL: Si se constituye como sociedad anónima, deberá estar representado en acciones nominativas no endosables o escriturales, cuya negociación tendrá que ser comunicada a la COMISION.

NOMINAS: Se deberá presentar una nómina de los directores, consejeros de calificación, síndicos, gerentes de primera línea, representantes y apoderados, indicándose domicilio real, datos y antecedentes personales.

MANUALES DE PROCEDIMIENTOS: Se tendrá que registrar los manuales de procedimientos ante la COMISIÓN.

CODIGO DE PROTECCIÓN AL INVERSOR: Deberá poseer un Código de Protección al Inversor que reglamente el comportamiento de su personal, avalando entre otros aspectos, la seguridad y eficiencia en los servicios prestados, el respeto del deber de confidencialidad y la prevención de conflictos de intereses (conforme artículo 1 del Capítulo XVI).

En caso de incumplimiento de cualquiera de los requisitos expresados precedentemente, la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES podrá disponer la caducidad de la autorización.

La calificación puede consultarse en el boletín de la bolsa de comercio en donde cotice el valor negociable.

Nueva Calificadora Argentina

En la actualidad se establece la necesidad de que se desarrollen en nuestro país agencias calificadoras argentinas y de carácter público, pues con el progresivo endeudamiento público, en los últimos años por parte del estado nacional y las administraciones locales, el debate sobre el carácter de las Agencias Calificadoras de Riesgo se tornó muy significativo.

La propuesta de que se constituyan este tipo de organizaciones públicas, tiene como objetivo que a las personas se les pueda proporcionar información fidedigna, sobre las opciones para invertir sus ahorros. Estas instituciones, en principio, deben actuar sin fines de lucro en forma objetiva y no poseer ningún sesgo ideológico que las guíe por su carácter público.

De esta forma, la creación de estas sociedades calificadoras de riesgo públicas debe servir al interés público y además, vigorizar la relación entre estas instituciones, gobierno e inversores privados. La creación de estas calificadoras podría equilibrar la influencia y el predominio que las agencias privadas poseen actualmente.

Nuestro país está a la vanguardia en esta labor, pues con la sanción de la Ley de Mercado de Capitales en el año 2012 (Ley N. 26.831), que permite que las universidades públicas puedan constituirse en "agentes de calificación de riesgo". Entre los objetivos de estas calificadoras, se formula el de brindar un fuerte impulso al desarrollo del mercado nacional de capitales, para contribuir el progreso productivo de nuestro país.

La Comisión Nacional de Valores otorgó el **Registro Nro.1** a la Universidad Nacional de Tres de Febrero, primera universidad pública argentina en constituir una AGENCIA CALIFICADORA DE RIESGOS UNIVERSIDAD PÚBLICA, tras haber cumplimentado los exigentes

requisitos que impone la nueva Ley de Mercado de Capitales. La Universidad Nacional de San Martín y la Universidad Nacional de Moreno están confeccionando proyectos similares en estos días.

Esta decisión de habilitar a las universidades para constituir agencias calificadoras de riesgo que cumpliendo con la normativa que impone la CNV, que en definitiva, son las mismas normas del organismo internacional IOSCO posee un valor trascendental, porque las universidades son autónomas, concepto que culturalmente se encuentra muy arraigado en nuestro país, lo que implica que la labor de calificación la realiza una institución sin fines de lucro y además sin ningún deber de acatamiento de las órdenes del Estado. Esta independencia le otorga un gran valor a la tarea encomendada.

Conclusión

El fondo monetario internacional (FMI) culpó a las agencias de calificación de contribuir a la inestabilidad financiera del año 2009 por lo que solicitó a sus estados miembros que optimicen la transparencia y traten de reducir los conflictos de interés en estas empresas.

Conforme a lo determinado por un informe del banco central europeo (BCE), las agencias de calificación de riesgo estipulan una calificación más elevada a los grandes bancos y a las instituciones con más posibilidades de suministrar un significativo negocio (circunstancia teñida de arbitrariedad).

Se acusa a estas Sociedades Calificadoras de Riesgo de estar "muy allegadas" a la empresas de sus clientes favoreciéndolos injustamente, igualmente se las ha atacado de organizar burdas tácticas de chantaje para "ganarse nuevos clientes" a través de la disminución de las calificaciones de esas empresas.

Estas agencias han sufrido mucho descrédito, son cuestionadas permanentemente por su falta de objetividad y el sesgo ideológico que las orienta. Se considera que es labor de los Estados colocar las

finanzas al servicio de la producción, el comercio y el empleo, y no de la especulación.

Argentina, se convirtió en un modelo a tener en cuenta por las universidades de otros países.

Bibliografía

BELLER Ricardo W. DEL PINO, Miguel, 2012, "Calificadoras de Riesgo", <http://marval.com.ar/publicacion/?id=5894>.

BOCCA, Federico, 2012, "Agencias calificadoras de riesgos", http://www.fen.espol.edu.ec/boccafederico_agenciascalificadorasderiesgo.

HERNÁNDEZ MUÑOZ, Lázaro, 2003, "Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional", FC Editorial. España.

MORLES HERNÁNDEZ, 2006, Alfredo. "Régimen legal del mercado de capitales", Ed. UCAB. Venezuela.

PÉREZ, Elena, 2012, "Gobernanza y supervisión de ciertos "controladores" del riesgo de inversión: El caso de las agencias de calificación de riesgos". En: Tópicos Selectos de Optimización, Ed. ECORFAN. España.

PEREZ H, Jorge, 2012, "Rol de las Agencias Calificadoras", <http://es.slideshare.net/ramfy/rol-de-las-agencias-calificadoras-de-riesgo-ii>.

TUCK, Jenifer, 2012, "Las calificadoras de riesgo S&P; (por Standar & Poor's), Moody's y Fitch" http://www.ehowenespanol.com/calificadoras-riesgo-sp-por-standar-poors-moodys-fitch-sobre_137431/.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, <http://www.cnv.gob.ar/web/secciones/quees.aspx>.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2016) "Las Clasificadoras de Riesgo. Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2016, Año 4, Vol. 2. pp. 47-60. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

PARTICIPACION CIUDADANA Y DIVERSIDAD CULTURAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION SUDAMERICANOS .

Guillermo Eduardo Elías Sánchez

Abogado y Procurador.
Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho
Internacional Público y Comunitario.
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Participación ciudadana,
Estado, ciudadanía,
ciudadanos, diversidad.*

Key words:

*Citizen participation,
State, citizenship,
citizens diversity.*

Resumen

En los últimos años y como consecuencia de las crisis políticas acaecidas en países de América del Sur, ha surgido un renovado interés por el tema de la Ciudadanía y la participación Ciudadana. En el marco de la Comunidad Andina de Naciones y del MERCOSUR, en donde conviven diferentes culturas, existe un bajo nivel de sentimiento de pertenencia a la región y de conciencia de ciudadanía regional.

Abstract

In recent years and as a result of political crises in countries in South America, there has been a renewed interest in the issue of citizenship and civic participation. In the framework of the Andean Community of Nations and MERCOSUR, where different cultures coexist, there is a low sense of belonging to the region and regional awareness of citizenship

I) La participación ciudadana y la diversidad cultural:

En los últimos años ha experimentado un renovado interés el concepto de Ciudadanía. Este se debe a que el mismo se encuentra estrechamente ligado a la idea de derechos individuales y a la noción de vínculo con una comunidad particular. Este concepto es el que puede ayudar a clarificar lo que está en juego en el debate entre liberales y comunitaristas. Dentro de lo que al tratamiento de Ciudadanía se refiere aparecen dos cuestiones que suelen tratarse y que son el de la ciudadanía como condición legal y el de la ciudadanía como actividad deseable según la cual la calidad de mi ciudadanía depende de mi participación en la comunidad política.

Pero el grado de participación política que un ciudadano pueda tener depende de los mecanismos legales e institucionales que el Estado pueda brindar. Es así como aparece ligado al grado de participación ciudadana el trato igualitario que los ciudadanos deben recibir. Las constituciones de los distintos países enfáticamente señalan que todos los habitantes deben ser iguales ante la ley. Ahora este trato igualitario ¿Realmente existe?

Sobre este punto existen distintas posiciones teóricas. Entre los liberales una de las posiciones más influyentes es la desarrollada por John Rawls en "Una teoría de la Justicia". Este autor diseña como procedimiento argumental una situación hipotética en la que los representantes de los ciudadanos escogen principios de justicia sujetos a ciertas restricciones de información que garantizan la imparcialidad de las deliberaciones. Parte de la base de la situación hipotética de un "velo de ignorancia" en el cual los representantes de las personas escogen una serie de principios de Justicia que les garanticen la mayor cuota posible de bienes primarios. Rawls pretende a partir de estos principios de justicia lograr una neutralidad de objetivos la cual no se compromete con: a) la idea de que el Estado habrá de asegurar para todos los ciudadanos igualdad de oportunidades, y b) la que sostiene que el Estado no hará nada que vuelva más probable que los individuos acepten alguna concepción particular, más que otra.

Estos postulados de liberales como Rawls ha dado lugar a la crítica de aquellos pensadores denominados comunitaristas, quienes sostienen que los liberales promueven el individualismo propio de las sociedades modernas y excluyen de considerar a los distintos sectores de la comunidad. Es decir consideran que no se tiene en cuenta un fenómeno que es el del "multiculturalismo".

Es un hecho cierto que en las sociedades actuales, existen diferentes grupos de personas como por ejemplo aborígenes, negros, mujeres, minorías étnicas y religiosas, que pese a poseer los derechos comunes de toda ciudadanía, se sienten excluidos de la "cultura compartida". En algunos Estados no solo existen diferentes grupos sociales excluidos, sino que además conviven en ellos diferentes naciones, y son los llamados Estados multinacionales.

Existe un importante número de teóricos que sostienen que el concepto de ciudadanía debe tener en cuenta las diferencias que se dan en los distintos Estados. A este grupo de autores se los suele llamar "pluralistas culturales". Entre estos autores encontramos a Iris Marion Young quien sostiene que a los fines de dar respuesta a las necesidades específicas de grupos minoritarios, debemos sostener una concepción de "ciudadanía diferenciada". De acuerdo a los postulados de estos autores los miembros de un determinado grupo minoritario serían incorporados a la participación en la comunidad política, no solo como individuo sino a través de su pertenencia a un grupo. Por ejemplo algunos grupos de inmigrantes reclaman derechos especiales para hacer posible sus prácticas religiosas. Otros grupos reclaman una mayor participación política en las instituciones a través de una mayor representación, o bien reclaman desde hace un largo tiempo un autogobierno, como por ejemplo los habitantes de Quebec, o los catalanes en España.

Iris Marion Young sostiene que elaborar una concepción universal de ciudadanía que "trascienda las diferencias grupales sería injusta porque tiende a la opresión de los grupos excluidos. Sostiene que "en una sociedad en donde algunos grupos son privilegiados mientras otros están oprimidos, insistir en que como ciudadanos las personas deben dejar de atrás sus filiaciones y experiencias particulares para adoptar un punto de vista general, solo sirve para reforzar los privilegios".¹

Young da dos razones por las cuales la verdadera igualdad pasa por afirmar las diferencias grupales. Primero porque considera que los grupos culturalmente excluidos se encuentran en desventaja respecto de cara al proceso político, por lo cual la solución consiste en proveer medios institucionales para el reconocimiento explícito y la

¹ Young Iris Marion. La Justicia y la Política de la diferencia. Trad de Silvina Álvarez, Madrid. Año 2000. pp 78

representación de los grupos oprimidos. Segundo que los grupos culturalmente excluidos tienen necesidades particulares que solo pueden verse satisfechas por políticas diferenciadas. Estas pueden ser por ejemplo las de derechos lingüísticos para los hispanos, y las reivindicaciones territoriales para los aborígenes. También se han señalado normas que consistan en la suspensión de la aplicación de normas que interfieren con el culto religioso, como las relativas al descanso dominical o la faena de animales como aquellas normas que obligan a los motociclistas a usar casco cuando este interfiere con el uso del turbante.

Uno de estos autores (Charles Taylor) sostiene que en pos de dar respuesta a los reclamos de distintos sectores sociales, es posible defender una variante del liberalismo, que consistiría en un respeto por las libertades fundamentales, garantías, derechos e inmunidades básicas, que son características de las sociedades liberales modernas, con los requerimientos de comunidades "con poderosas metas colectivas". Sostiene Taylor que más y más sociedades de hoy resultan ser multiculturales en el sentido de que incluyen más de una comunidad cultural que desea sobrevivir. Y las rigideces del liberalismo procesal pronto podrían resultar impracticables en el mundo de mañana.

Will Kymlicka señala que es posible compatibilizar el reconocimiento de ciertos derechos colectivos con las restricciones impuestas por los derechos individuales. Distingue dos tipos de derechos colectivos: a) aquellos que autorizan a los miembros de un determinado grupo a poner límites a la libertad de sus miembros y b) aquellos que hacen referencia a "el derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría.

Los detractores de la ciudadanía diferenciada sostienen que si los distintos grupos son estimulados a replegarse sobre sí mismos y a centrarse en su diferencia (sea de tipo racial, étnica o religiosa), la esperanza de una verdadera fraternidad entre los ciudadanos tiende a desvanecerse. La ciudadanía dejara de ser entonces un vehículo para cultivar el sentido de comunidad y de propósitos compartidos.

Por otra parte muchos críticos ven que esta ciudadanía diferenciada pueda estimular políticas de reivindicación, y que los grupos minoritarios inviertan más tiempo en alimentar una imagen de postergación como apoyo al reclamo de sus derechos, en lugar de trabajar para la superación de las desventajas.

Kymlicka distingue tres tipos de derechos grupales. Ellos son:

a) Derechos especiales de representación: Sobre estos Young considera que los grupos minoritarios, requieren tener un tipo de representación especial, la cual es una respuesta a las condiciones de opresión. Kymlicka sostiene que estos derechos de representación especial de un sector pueden ser tomados como medidas provisorias en la marcha hacia una sociedad en la cual este tipo de representación no se haga necesaria.

b) Derechos de autogobierno: Estos derechos son los exigidos por ciertos grupos o etnias de manera permanente fundados en el principio de autodeterminación. Un ejemplo de ello son las poblaciones aborígenes, los habitantes del Quebec en Canadá quienes reclaman el derecho de gobernarse a sí mismos en ciertos temas cruciales con el fin de asegurar el desarrollo libre y pleno de los intereses de su gente. Estas minorías nacionales pretenden no una mejor representación en el gobierno central, sino una transferencia

lisa y llana de las facultades legislativas desde el gobierno central hacia sus comunidades.

c) Derechos multiculturales: Estos son reclamados en países que han experimentado una gran inmigración como el caso de EEUU, en los cuales ciertos grupos minoritarios exigen un financiamiento público para la educación bilingüe y la suspensión de leyes que limiten sus prácticas religiosas. Estos derechos si bien no aspiran a ser temporarios, a diferencia de los de autogobierno que estimulan la independencia, los multiculturales promueven la integración a partir de las diferencias.

Estas tres clases de derechos pueden presentarse superpuestas, es decir que los miembros de un grupo social pueden reclamar uno dos o tres de los derechos nombrados.

Teniendo en cuenta el reclamo de alguno de estos tres derechos señalados podemos decir que la ciudadanía es un concepto mucho más diferenciado y menos homogéneo del que supusieron los teóricos políticos.

Cabe preguntarse si la adopción de estos derechos no traería aparejado un grave problema en lo que a la función integradora de la ciudadanía se refiere. Sobre este interrogante Kymlicka sostiene que: "en términos generales, los reclamos de derechos de representación y de derechos multiculturales constituyen de hecho una demanda de inclusión. Los grupos que se sienten excluidos desean ser incluidos en la sociedad global y el reconocimiento y la acogida de su "diferencia", son considerados un camino para facilitar este proceso.²

² Kymlicka Will, 1997. El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en Teoría de la ciudadanía. Artículo publicado en Revista Ágora n° 7. pág. 21

Lo referente a un derecho de representación especial no es sino una aplicación de una vieja aspiración democrática según la cual todos los sectores sociales deben verse representados y no solo una mayoría que es la que en definitiva toma las decisiones. El problema que se presenta en torno a esto es lo relativo a las dificultades prácticas para decidir qué grupo tiene derecho a ser representado. Confeccionar una lista de los grupos sociales a los cuales se los puede considerar oprimidos podría llevarnos a englobar a la mayor parte de la población, porque a las minorías étnicas se le podrían sumar los grupos religiosos, comunidades de homosexuales, ancianos, pobres, minusválidos etc. y a su vez los distintos sub-grupos que de cada uno de los mismos podrían desprenderse y reivindicar sus derechos.

El derecho de representación como los derechos multiculturales procura la integración de los distintos sectores en una comunidad más amplia a partir de sus diferencias. Queda claro en estos casos que la concesión de una ciudadanía diferenciada es necesaria para integrar a los sectores excluidos. En consonancia con esta idea Maíz sostiene que "tratar de modo igual a los desiguales supone, de hecho, el mantenimiento de la desigualdad. La auténtica igualdad debe permitir acomodar las diferencias y proteger los precarios contextos cultural nacionales minoritarios..."³

No obstante el problema se presenta con el segundo de los derechos grupales analizados que es el de autogobierno. Y decimos problema porque mientras los dos anteriores procuran una integración social, este por el contrario tiende a la secesión, tiende a debilitar los vínculos con la comunidad política. En este supuesto es poco probable que la posición de la ciudadanía diferenciada pueda en este caso cumplir con una función integradora.

³ Safran William y Maíz Ramón. 2001. Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales. Editorial Ariel Barcelona, Pág. 80.

En el caso de los Estados multinacionales la solución que se pretendió darle al problema trató de resolverse institucionalmente a través del federalismo.

Pero nos preguntamos ¿Cuál es la fuente de unidad en un país multinacional? Rawls como fuera señalado al principio cree encontrar la solución a través de una serie de principios de justicia comunes, sin entrar a considerar diferencias particulares. Señala este autor que “si bien una sociedad bien ordenada está dividida y signada por el pluralismo, el acuerdo público sobre cuestiones de justicia política y social, sostiene los lazos de amistad cívica y protege los vínculos asociativos”.⁴

Pero el hecho que dos o más grupos nacionales compartan principios de justicia comunes no es razón para que los mismos quieran mantenerse unidos. Una concepción de Justicia compartida no necesariamente genera una identidad común. La pregunta es cómo construir una identidad común en un país en donde la gente no solo pertenece a comunidades políticas diferentes sino que lo hace de diferentes maneras, es decir algunos se incorporan como individuos y otros a través de su pertenencia comunitaria. Es aquí según Kymlicka donde se hace necesario una teoría de la ciudadanía y no solamente una teoría de la democracia o de la justicia.

Maíz señala que a los fines de superar los problemas que presenta el plurinacionalismo se han intentado desde el punto de vista teórico algunas soluciones. Uno de esos aportes es el argumento nacionalista cuya lógica reside en que la existencia de diferentes naciones dentro de un Estado, autoriza a la formación de tantos Estados como naciones habiten un territorio. Es decir que el horizonte último de esta teoría es la secesión, la desintegración del Estado multinacional. Esta postura recibe como críticas que no busca una reformulación del

⁴ Rawls John, Pág. 540

Estado uninacional, sino que lisa y llanamente propugna la aparición de nuevos Estados.

Otra posición sería por el contrario la del monoculturalismo, es decir el reconocimiento de una sola nación, y la aplicación de ciertas políticas tendientes a reforzar los rasgos sobresalientes de dicha Nación. Estas políticas pueden ser por ejemplo la enseñanza de una sola lengua, difusión de narrativas mítico-simbólicas, de exclusión de lo ajeno a través de la diferenciación entre ciudadanos nacionales "auténticos" y meros "residentes permanentes" cuya cultura es tratada como una anomalía.

La solución propuesta por el autor citado es la del llamado "federalismo multinacional". Este parte de una crítica hacia el federalismo clásico que si bien trajo soluciones al problema del orden, no fue capaz de resolver los problemas de las plurinacionalidades en el territorio de un Estado. La propuesta del autor parte de la necesidad de una serie de unidades federales que coincidan con la localización territorial de los diversos grupos nacionales o regionales existentes en el Estado. Pero señala que en ningún modo implica erosión asimétrica de la solidaridad interterritorial de los estados miembros. La virtualidad última del federalismo multinacional sería la de aportar un marco viable de acomodación y tolerancia para los diferentes nacionalismos en presencia mayoritarios y minoritarios, reduciendo los beneficios de la secesión generados por el Estado-Nación y evidenciando las ventajas económicas, políticas y culturales de la coexistencia de varias naciones.⁵

II) Diversidad cultural en América del sur e integración

⁵ Safran William y Maíz Ramón. 2001. Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales. Editorial Ariel Barcelona. Pág. 94

Han pasado más de treinta años desde que se firmara el acuerdo de creación de lo que hoy se denomina Comunidad Andina, y más de veinte desde la creación del MERCOSUR, pero a pesar del tiempo transcurrido no termina de hacerse clara en la mente de la población la idea del proceso de integración ni de cuales son al final de cuentas sus beneficios.

Y es que a pesar de sus avances, el proceso no ha sido capaz de integrar a importantes sectores de la sociedad, lo cual hace evidente un desgaste del sistema democrático representativo, agravado con altos niveles de pobreza imperantes que amenazan con quebrar la legitimidad de la Comunidad Andina y del MERCOSUR dado que estos procesos se manejan a niveles exclusivamente intergubernamentales.

Esta falta de participación ciudadana ha determinado que se produzcan las siguientes consecuencias: 1) Un bajo nivel de sentimiento de pertenencia a la región y de conciencia de ciudadanía regional, 2) la falta de conocimiento de las características y alcances del proceso de integración regional y la percepción del bloque como una estructura meramente económica desvinculada de las necesidades e intereses de la sociedad civil de los países integrantes, 3) La existencia de una visión fundamentalmente nacional de la superación de los problemas, 4) El desconocimiento de las culturas, historias y costumbres de los distintos países, fenómeno a veces agravado por ciertos estereotipos negativos respecto de otros.

Esta importante centralización en la toma de decisiones por parte de los Estados miembros es lo que ha provocado una crisis en el sistema representativo de gobierno y consecuentemente un estancamiento en determinados periodos del sistema de integración, dado que la población no se siente parte en los temas que le competen y por ende no respalda las decisiones que adoptan sus autoridades.

Tampoco los órganos de la Comunidad Andina y del MERCOSUR hicieron mucho para integrar a los distintos sectores de la población razón por la cual habrá que revisar la Agenda Social de esta y lograr que la participación de los sectores sociales excluidos se cumpla.

Las crisis democráticas en algunos países sudamericanos denotan el rol que está tomando el ciudadano. Si esto acontece en cada uno de los países se producirá un reflejo cierto en los procesos de integración sudamericanos, ya que los mismos habrán perdido su rol como integradores de los pueblos. Todo esto acontece mientras los procesos se sigan manejando a niveles solamente gubernamentales y mientras los ciudadanos no sean gestores de las oportunidades que los mismos puedan brindarles.

Una de los aspectos que se han evidenciado en algunos países americanos está dada por el no otorgamiento de espacios de participación a algunos grupos importantes como son las comunidades indígenas. Un ejemplo de ello fue la crisis producida en Bolivia en el año 2003 como consecuencia de las políticas neoliberales aplicadas por el entonces presidente Sánchez Losada, las cuales afectaban a los sectores indígenas más marginados de la población. Ello dio lugar al surgimiento de dos líderes indígenas Evo Morales y Felipe Quispe.

En el marco de la Comunidad andina de Naciones en el año 2001 se firmó el protocolo de Machu Pichu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza. En este documento los Estados miembros se comprometen a velar por los derechos de los pueblos indígenas, a profundizar la democracia en sus naciones y a proponer una lucha frontal contra la pobreza. No es posible desligar la firma de este documento a los sucesos en Ecuador y Bolivia que involucraron a organizaciones indígenas.

No obstante el notable adelanto que constituyó el protocolo de Machu Pichu en lo que a los derechos indígenas significa, estos no cuentan a la fecha con un foro adecuado de participación. La situación de extrema pobreza en que viven los pueblos originarios, requieren de mecanismos que soluciones sus problemas más allá de los que pudieran existir en sus propios países. Estos pueblos indígenas no han sido capaces de insertarse en un medio global que amenaza con borrar o transformar su arraigada cultura. La apertura de mercados no solo implica la entrada de productos y servicios, sino toda una nueva forma de apreciar las cosas, una nueva cultura que queremos adquirir y que no todos pueden o quieren asimilar.

En este sentido sería deseable un foro de participación indígena y que funcione a nivel consultivo integrado por las más importantes organizaciones indígenas y que tenga cierto poder en la adopción de políticas de migración, laborales, productivas, educativas y de salud, las cuales ayudarían a formar una imagen más clara de las necesidades de los pueblos, a los fines de generar acciones concretas para solucionar problemas estructurales como la pobreza o incluso ayudar a formular metodologías de trabajo para temas importantes como la violencia o el narcotráfico dado que son los pueblos indígenas los más afectados por esos problemas. No se trata solo de reconocerlos, sino de incorporar una visión que es parte de la realidad social de los países miembros.

III) Conclusiones

En este breve análisis se han visto las posiciones teóricas vinculadas a la participación ciudadana en el Estado y a la igualdad de oportunidades de los miembros de la sociedad en el ejercicio de dicha participación. Es así como se analizó la posición liberal identificada con

Rawls sobre la neutralidad objetiva del Estado al momento de asegurar los derechos individuales y la crítica de los sectores llamados comunitaristas o multiculturalistas sobre las posturas liberales a quienes acusan de no tener en cuenta las diferencias étnicas y culturales existentes en algunos Estados. Los países de América del sur no escapan al análisis, pudiendo advertirse que existen distintos sectores que se encuentran excluidos de una igualdad en la participación.

Es por lo tanto fundamental para superar la situación descrita que los órganos tanto del MERCOSUR como de la COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, implementen los mecanismos institucionales para que los ciudadanos logren una efectiva participación. Resultaría de suma importancia que el ciudadano pudiera opinar sobre los temas que le competen y logran el anhelo de un desarrollo conjunto de los Estados miembros.

Resulta de suma importancia que en estos procesos se produzca un crecimiento de la participación ciudadana, para reforzar los sentimientos de pertenencia a la región y de conciencia de una ciudadanía regional. Esto sin lugar a dudas afianzaría tanto al MERCOSUR como a la COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.

Bibliografía

Cárdenas Víctor Hugo y otros. 2011. *Participación Política Indígena y Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina*. Fundación Konrad Adenauer. La Paz.

Kymlicka Will, 1997. "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en Teoría de la ciudadanía". Artículo publicado en *Revista Ágora* n° 7.

Rawls John. 1971. *Una teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica. México.

Safran William y Maiz Ramon. 2001. *Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales*. Editorial Ariel Barcelona.

Taylor Charles. 1993. *El Multiculturalismo y la política del Reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México.

Young Iris Marion. *La Justicia y la Política de la diferencia*. Trad de Silvina Álvarez, Madrid.

_____. 1996. "Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía Universal", en Carme Castells comp. Paidós. Barcelona.

Declaración de Machu Pichu.

Cita de este artículo:

SÁNCHEZ, G. E. (2016) "Participación ciudadana y diversidad cultural en los procesos de integración". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2016, Año 6, Vol. 1. pp. 61-75. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL EN ANDALUCÍA ¹

Francisco José García Salas

Abogado. Suficiencia Investigadora en
Derecho Administrativo por la Universidad
de Jaén. Máster en Abogacía por la
Universidad de Almería.

Palabras claves:

Nombre. Igualdad.

Género.

Key words:

Name. Equality. Gender.

Resumen

En España han sido muchas las voces –y desde diversos sectores-, las que han indicado que existe un problema de planta municipal, ya que hay un número muy elevado de municipios. La solución ante este problema ha sido la de fusionar municipios, pero tras el análisis efectuado para la Comunidad Autónoma de Andalucía, se podrá comprobar que el problema que plantean algunos, es más teórico o político, que real y jurídico.

Abstract: In Spain, there are many people who think that there are a big problem with municipality, because there are a lot of them. The legal solution has been to fuse municipalities, but after to analyse Andalucía's

¹El presente artículo forma parte de la investigación que realizó Francisco José García Salas, denominada *La Planta Municipal de Andalucía*, para obtener la Suficiencia Investigadora en Derecho Público –área de derecho administrativo- en la Universidad de Jaén (España), defendida el día 2 de diciembre de 2014 con la calificación de Sobresaliente. El mismo, ha sido revisado, ampliado y actualizado para el envío a la Revista INIURE de la Universidad Nacional de la Rioja (Argentina).

región, the reader could check the problema is only teoric or politic, but not real or legal.

Palabras clave: Andalucía, municipios, gran población, concejo abierto, municipio turístico.

Key words: Andalusia, municipalities, large population, open council, tourist town.

I.- Introducción

Las formas de organización política han sido una constante en la sociedad desde la Antigua Grecia hasta la actualidad; *ubi societas, ibi ius*; donde hay sociedad –por muy rudimentaria que sea-, hay necesidades, y por lo tanto un derecho que las regule, satisfaga y administre. La idea no es nueva, puesto que ya Aristóteles afirmó que el hombre es social y político por naturaleza, es decir, el hombre necesita estar organizado política y jurídicamente.

La organización política actual –y por tanto las diferentes administraciones- supone un elemento básico en cualquier sociedad, sobre todo en las instituciones más cercanas al ciudadano. A través del presente estudio, se analizarán los diferentes tipos de organización institucional de los municipios en la Comunidad Autónoma de Andalucía (España), para poder afirmar cual es el tipo de administración local que predomina en esta Comunidad, así como determinar si en Andalucía existe un problema de planta local. Además, entre las modalidades que se van a estudiar se encuentran el concejo abierto, los municipios en régimen de gran población, y los municipios en régimen común. Además, se analizarán otro tipo de organización institucional, como municipios mineros, turísticos, y su incidencia en la comunidad autónoma.

II.- La organización municipal en Andalucía.

1.- El Concejo Abierto

El Concejo Abierto se podría definir como aquel tipo de organización política, que se rige a través de un sistema asambleario –integrado por todos los vecinos- para la toma de decisiones de la administración local.

No conviene analizar aquí esa figura jurídica con detenimiento, ya que existen numerosos estudios doctrinales sobre esta materia.

Con respecto a esta forma de organización, se pretende analizar los municipios que funcionen o hayan funcionado bajo este sistema de organización en Andalucía, y la regulación autonómica del mismo. Así las cosas, la primera previsión legal que se puede encontrar sobre el régimen del concejo abierto, se sitúa en el artículo 140 de la CE, al establecer que «la ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto»; pues bien, atendiendo al mandato constitucional, el legislador básico estatal contempló en el artículo 29 de la originaria LRBRL, el funcionamiento en régimen de Concejo Abierto, para los municipios menores de 100 habitantes y aquellos que así lo hubiesen hecho de forma tradicional, además de los que «por su localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo [hiciesen] aconsejable».

De esta forma, la ley obligaba a todos aquellos municipios, cuya población fuese inferior a los 100 habitantes, a funcionar bajo este régimen. En Andalucía, tras la entrada en vigor de la LRBRL, y salvo error, solo existía en el ámbito territorial de esta comunidad autónoma, el municipio de Cumbres de Enmedio (Huelva), funcionando bajo esta modalidad organizativa, puesto que su población en 1981, ascendía a 71 habitantes; dicha aseveración, se realiza sobre la base del análisis de los censos de población desde 1842, publicados por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE), del municipio antes referido que, hasta 2011 funcionó bajo este régimen.²

Asimismo, dicho análisis se ha repetido para el municipio de Benitagla (Almería), puesto que era el otro municipio andaluz que, hasta 2011, funcionó bajo esta modalidad; en esta ocasión el municipio almeriense, y atendiendo al Censo de población desde 1842, publicado por el INE,

²Vid. dicha información, en la página web del Instituto Nacional de Estadística, consultado a fecha 29 de marzo de 2016, en el siguiente enlace:
<http://www.ine.es/intercensal/intercensal.do;jsessionid=6E2C3DEEA5926BD01A4D38373EB648D9.intercensal01?search=1&cmbTipoBusq=0&textoMunicipio=cumbres+de+enmedio&btnBucarDenom=Consultar+selecci%F3n>

comenzó a funcionar bajo esta modalidad en el año 2001, al presentar una población de 82 habitantes.³

El legislador autonómico, no ha prestado ninguna atención a esta modalidad organizativa, no solo porque a la entrada en vigor de la LRBRL, solo existía un municipio acogido a este régimen de funcionamiento, sino porque es una materia reservada a favor del legislador estatal. No obstante lo anterior, el legislador autonómico hace referencia a este tipo de organización, en el artículo 57 de la Ley 7/1993, de 27 de julio, de Demarcación Municipal de Andalucía (en adelante LDMA), y en el artículo 57.2 del Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales, aunque de forma exclusiva para las Entidades Locales Autónomas, por lo que no procede su análisis, al exceder del ámbito de análisis que se pretende, ya que este estudio se circunscribe tan solo a los municipios.

Con posterioridad, y con ocasión de la promulgación de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante LAULA), el legislador andaluz, siguiendo la línea jurídica que había mantenido con anterioridad, no hizo referencia alguna al concejo abierto en la ley autonómica.

Como ya se ha indicado con anterioridad, tanto el municipio onubense de Cumbres de Enmedio, como el municipio almeriense de Benitagla, funcionaron bajo la modalidad de Concejo Abierto hasta 2011;⁴ a partir de los comicios municipales de ese año, pasaron a regirse por el régimen común, puesto que la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se redactó el nuevo artículo 29 de la LRBRL, el cual eliminaba la

³*Ibidem*, aunque para esta ocasión, la dirección web es la siguiente:

<http://www.ine.es/intercensal/intercensal.do?search=1&cmbTipoBusq=0&textoMunicipio=benitagla&btnBuscarDenom=Consultar+selecci%F3n>

⁴ El cambio de régimen se deduce de los datos de las elecciones municipales de 2007 y 2011 de los dos municipios objeto de análisis, ya que ambos, pasan de elegir a un solo candidato en 2007 a elegir a tres concejales en 2011, todo ello, según se muestra en la página web de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior, consultada a 21 de febrero de 2014, la cual puede verse en el siguiente enlace: <http://www.infoelectoral.mir.es/min/>.

obligatoriedad de regirse por este régimen, a aquellos municipios con población inferior a los 100 habitantes.

Así, en Andalucía los municipios en régimen de concejo abierto, nunca han supuesto un problema de planta local, puesto que el número de estos no representa ni siquiera el 0'5% del total de la planta municipal, y su población es insignificante respecto a la población total andaluza. Además, en la actualidad, no existe ningún municipio acogido a esta modalidad, por lo que la incidencia de esta figura, regulada en la LRBRL, es nula en esta comunidad autónoma.

2.- Municipios en régimen de gran población

Al igual que se ha hecho para los municipios en régimen de Concejo Abierto, se procederá a analizar a través del presente epígrafe, no tanto el estatus jurídico de los municipios en régimen de gran población, puesto que existen importantes estudios⁵ en la materia, sino los requisitos legales de los municipios en Andalucía acogidos a este sistema.

La regulación del régimen de organización de los municipios de gran población, se encuentra en el Título X de la LRBRL, creado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local; concretamente, el artículo 121.1 de la ley de bases, dispone que accederán a este régimen, los municipios que cumplan los siguientes requisitos:

- Municipios cuya población supere los 250.000 habitantes

⁵ Han sido numerosos los autores que han escrito sobre el régimen jurídico de los municipios de gran población; entre ellos puede verse a CARBONELL PORRAS, Eloísa (2010), «Ámbito de aplicación del régimen de organización de los municipios de gran población», en la obra colectiva «El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña» (Coord. Alberto Ruiz Ojeda), 1^o edición, Ed. Iustel, Madrid, España, pág.132 y ss.; GALÁN GALÁN, Alfredo (2003), «El régimen especial de los municipios de gran población», en «Anuario del Gobierno Local 2003», Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, Madrid, España, pág. 143 y ss.; FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge (2009), «Los regímenes especiales y las entidades inframunicipales», en la obra colectiva Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, (Coord. Tomas Cano Campos), Tomo II, 1^a edición, Ed. Iustel, Madrid, España, págs. 175 y ss.; JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (2007), «Artículo 121», en la obra colectiva «Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local» (Dir. Manuel Rebollo Puig; Coord. Manuel Izquierdo Carrasco), Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 3297 y ss.; SALANOVA ALCALDE, Ramón (2011), en «Regímenes municipales especiales», dentro de la obra colectiva «Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros» (Dir. Silvia Ballesteros Arribas), Ed. La Ley-El consultor de los ayuntamientos, Madrid, España, pág. 383 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, Luis (2013), «Manual de Derecho Administrativo. Parte General», 24^a edición, Ed. Civitas, Navarra, España, págs. 238 y ss.; o RIVERO YSERN, José Luis (2009), «Regímenes Municipales especiales», en «Manual de Derecho Local», Sexta Edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, España, pág. 220 y ss.;

- Municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes
- Municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de instituciones autonómicas
- Municipios que superen los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

Tras casi 14 años de la reforma de la ley de bases de 2003, y como bien ha puesto de manifiesto CARBONELL PORRAS,

«el tiempo ha confirmado que no todos los municipios que se rigen por el Título X de la LRBRL pueden considerarse de gran población, pero también que aquéllos que sin duda son de gran población no siempre se rigen por este régimen organizativo».⁶

Atendiendo a los requisitos establecidos en la LRBRL, en Andalucía, los municipios acogidos a esta modalidad organizativa, tras la entrada en vigor de la reforma de la LRBRL, por imperativo legal son:

- Municipios con población superior a los 250.000 habitantes:
 - o Córdoba: 328.704 habitantes
 - o Málaga: 568.497 habitantes
 - o Sevilla: 700.169 habitantes
- Municipios capitales de provincia con población superior a los 175.000 habitantes:
 - o Almería: 192.697 habitantes
 - o Granada: 237.818 habitantes

La ley, como ya se ha indicado, permite la inclusión dentro del régimen de los municipios de gran población, a aquellos que sean capital de provincia, de Comunidad Autónoma o sede de instituciones autonómicas, con independencia del número de habitantes, y aquellos otros que superen los 75.000 habitantes, siempre que reúnan unas determinadas circunstancias. Para este tipo de municipios, el legislador autonómico desarrolló parte de este régimen de funcionamiento, mediante la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el

⁶ Vid. CARBONELL PORRAS, E. (2010), «Ámbito de aplicación del...», cit. pág. 132. Con referencia al número de habitantes de los municipios de gran población, la doctrina ha criticado que este régimen se ha flexibilizado, aplicándolo a municipios que quizás no encajarían en lo que se entiende como municipio de gran población; en este sentido puede verse, entre otros a GALÁN GALÁN, A., «El régimen especial de los municipios de gran población»,...pág. 143 y ss.; SALANOVA ALCALDE, Ramón (2004), «La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local: un comentario crítico», en «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 24, julio, Zaragoza, España, pág. 233 y ss.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (2003), «La organización de los municipios de gran población», en «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 52, Sevilla, España, pág. 371 y ss.

acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población.⁷

Así, como reconoce el propio legislador en la exposición de motivos de dicha ley, «el modelo que resulta más adecuado es el de regular mediante ley los procedimientos para que los municipios andaluces que sean capitales de provincia o sedes de las instituciones autonómicas, así como los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, [...] a los que se refiere el artículo 121.1.c) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, pasen a regularse por el régimen de organización de los municipios de gran población, [...] sin necesidad de una ley singular para cada municipio que solicite este régimen».

La ley autonómica, a tenor de la reforma de la LRBRL del 2003, estableció los requisitos exigibles y mecanismo para acceder a esta modalidad de organización, mediante los apartados c) y d) del artículo 121, posibilitando el acceso de los siguientes municipios en Andalucía:

- Municipios capitales de provincia con población inferior a los 175.000 habitantes:
 - o Cádiz: 122.990 habitantes
 - o Huelva: 148.101 habitantes
 - o Jaén: 116.176 habitantes
- Municipios que superen los 75.000 habitantes, y que presenten determinadas circunstancias, ordenados por provincias, serían:
 - o Almería:
 - El Ejido: 82.983 habitantes.
 - Roquetas de Mar: 87.868 habitantes.
 - o Cádiz:
 - Algeciras: 114.277 habitantes.
 - Chiclana de la frontera: 82.212 habitantes.
 - Jerez de la frontera: 211.670 habitantes.
 - El puerto de Santa María: 89.142 habitantes.
 - San Fernando: 96.361 habitantes.
 - o Málaga:
 - Fuengirola: 77.397 habitantes.
 - Málaga: 568.497 habitantes.

⁷ Vid. BOJA núm. 255 de 24 de diciembre de 2008, pág. 7 y ss.

- Marbella: 142.018 habitantes.
- Mijas: 85.600 habitantes.
- Vélez-Málaga: 76.911 habitantes.
- Sevilla:
 - Dos Hermanas: 129.719 habitantes.

No obstante lo anterior, y salvo error, a día de hoy, ninguna de las capitales de provincia indicadas anteriormente, y que podrían optar al régimen de municipios de gran población, se han acogido a dicho sistema. Con respecto a las ciudades con población superior a los 75.000 habitantes, han solicitado al Parlamento de Andalucía, su inclusión en este régimen, las siguientes poblaciones:

- Cádiz:
 - Jerez de la Frontera: municipio de gran población mediante Acuerdo de 28 de mayo de 2009, del Parlamento de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía –en adelante BOJA- núm. 112, de 12 de junio de 2009, pág. 57).
- Málaga:
 - Marbella: municipio de gran población, mediante Acuerdo de 28 de mayo de 2009, del Pleno del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 112, de 12 de junio de 2009, pág. 57).
 - Mijas: municipio de gran población, mediante Acuerdo de 26 de septiembre de 2012, del Pleno del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 201, de 15 de octubre de 2012, pág. 25).
 - Vélez-Málaga: munición de gran población, mediante Acuerdo de 21 de febrero de 2012, del Pleno del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 48 de 9 de marzo de 2012, pág. 51).
- Sevilla:
 - Dos Hermanas: municipio de gran población, mediante Acuerdo de 9 de octubre de 2013, del Pleno del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 215, de 31 de octubre de 2013, pág. 89).

Como reflejo de los datos anteriores, se puede observar que buena parte de los municipios andaluces que podrían optar al régimen de municipio de gran población, se sitúan en la franja costera, con especial incidencia en la costa malagueña.

A).- Procedimiento y requisitos de acceso a los municipios de gran población en la Ley 2/2008

Andalucía, como ya se ha puesto de manifiesto, en el año 2008 reguló mediante la Ley 2/2008, de 10 de diciembre, el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población.

A tenor del artículo 121.c) de la LRBRL, como capital de provincia y con población inferior a los 175.000 habitantes, tan solo podría aplicarse a Cádiz, Huelva y Jaén, ya que el resto de capitales de provincia quedaron adscritos por mandato directo de la LRBRL.

El apartado d) del artículo 121 de la LRBRL, permite la aplicación del régimen de los municipios de gran población, a aquellos municipios que reúnan ciertas circunstancias económicas, sociales, históricas, culturales,... Los posibles municipios andaluces, que tendrían cabida bajo este apartado, han sido enumerados en el epígrafe anterior, por lo que se remite a ellos, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

El procedimiento para incluir a un municipio bajo el régimen de gran población, se inicia con la aprobación de la solicitud por mayoría absoluta del pleno, y en sesión extraordinaria. A dicha solicitud, si el municipio se encuadra en uno de los del artículo 121.d).- de la LRBRL se habrá incluido en la tramitación del expediente, una memoria que acredite las circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales de la forma más ampliamente posible, así como cualquier otra que contribuya a acreditar dichas circunstancias; en caso de que el municipio se encuadre en uno de los supuestos de artículo 121.c).- LRBRL, no será necesario dicha memoria justificativa.

En el plazo de un mes, desde la celebración del acuerdo plenario por el que se apruebe la solicitud de incluir al municipio bajo el régimen de gran población, el Alcalde deberá dirigir dicho acuerdo al Presidente del Parlamento de Andalucía, y adjunto a la solicitud deberá remitir también:

- En los municipios del artículo 121.c).- de la LRBRL:
 - o Certificación del acuerdo del pleno, por el que se aprueba la solicitud de inclusión del municipio bajo el régimen de gran población
- En los municipios del artículo 121.d).- de la LRBRL:
 - o Certificación del acuerdo del pleno, por el que se aprueba la solicitud de inclusión del municipio bajo el régimen de gran población
 - o Certificación del INE, donde conste las cifras oficiales de población
 - o Certificación del acuerdo plenario, aprobando la memoria justificativa de las circunstancias sociales, económicas, históricas, culturales,...

El artículo 4.1. de la Ley 2/2008, dispone que «el Parlamento de Andalucía regulará los procedimientos para llevar a cabo la toma de decisión, por la cual se determinará o no la inclusión de los municipios interesados en el régimen de organización de los municipios de gran población [...]»; aunque la ley habla de procedimientos en plural, lo cierto es que tan solo se ha habilitado uno al efecto, a través de la Resolución del Parlamento de Andalucía, de 4 de marzo de 2009, de la Presidencia, 8-09/RP-000001, sobre tramitación parlamentaria del procedimiento de acceso a los municipios de andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población.⁸

Tanto la Ley, como la resolución del Parlamento distinguen entre los municipios del artículo 121 apartados c).- y d).-, de manera que si el municipio es capital de provincia o sede de instituciones autonómicas, la solicitud será calificada de forma favorable y admitida a trámite por la Mesa de la Cámara, limitándose a constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cumplimiento de dicho régimen; en cambio, si el municipio presenta población superior a los 75.000 habitantes, la Mesa del Parlamento, la calificará de forma favorable y la admitirá a trámite, si la documentación presentada permite constatar el cumplimiento de los requisitos legalmente reglados para el acceso a dicho régimen, es decir, la certificación del acuerdo plenario por el que se acuerda solicitar al Parlamento de Andalucía la inclusión en el régimen de municipios de gran población, la certificación del INE sobre la población oficial del municipio y la certificación del pleno municipal aprobando la memoria justificativa de las circunstancias sociales, económicas, culturales e históricas.

Cuando se trate de los municipios del artículo 121.c).- de la LRBRL, la aprobación o no de la inclusión del municipio bajo el régimen de gran población, se realizará mediante acuerdo del Pleno de la Cámara.⁹

La aprobación de la inclusión del régimen de municipios de gran población, del artículo 121.d).- de la LRBRL, la Mesa de la Cámara tendrá necesariamente que publicar la solicitud y tendrá que remitir la misma, junto con la documentación indicada en artículo 3 de la Ley 2/2008, al presidente y a los diputados de la comisión competente en materia de régimen local.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 54, de 19 de marzo de 2009, pág. 40.

⁹ El punto segundo de la Resolución del Parlamento de Andalucía, dispone que «con carácter previo a la votación se producirá un debate, en el que intervendrán los grupos parlamentarios de menor a mayor por un tiempo máximo de diez minutos, quedando a criterio de la Presidencia de la Cámara la apertura de un segundo turno de intervenciones por un tiempo máximo de cinco minutos».

En el plazo de quince días mínimo desde la publicación de la solicitud, se tendrá de debatir y votar en la Comisión correspondiente; la propuesta de dicha comisión, será remitida al Presidente de la Cámara para su debate y votación, en el que intervendrán los grupos parlamentarios de menor a mayor por un tiempo máximo de diez minutos, quedando a criterio de la Presidencia de la Cámara la apertura de un segundo turno de intervenciones por un tiempo máximo de cinco minutos.

El acuerdo del Parlamento de Andalucía, en ambas modalidades, y tanto si es o no favorable a la inclusión del municipio en el régimen de gran población, será publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, con notificación expresa al municipio afectado.

La tramitación del procedimiento no podrá exceder de tres meses, aunque podrá ampliarse por tres meses más, de forma justificada.

La regulación legal –junto a la regulación parlamentaria– de los municipios del régimen del gran población del artículo 121 LRBRL apartados c) y d) en Andalucía, presenta cuanto menos, serias dudas o lagunas jurídicas, que tendrán que ser resueltas a través de la aplicación de la legislación básica o general.

La principal duda que plantea dicha regulación, y como ha indicado CARBONELL PORRAS, «se centra en precisar qué mecanismos de impugnación podría utilizar el municipio que ha visto desestimada su solicitud»;¹⁰ no obstante, y aunque plenamente de acuerdo con esta autora, en lo que a la ausencia de vías de control jurisdiccional expresas se refiere, sobre los acuerdos del Parlamento relativos a la no inclusión de un municipio bajo este régimen jurídico, se discrepa en cuanto a la forma de accionar dicho control.¹¹

¹⁰ Vid. CARBONELL PORRAS, E. (2010), «Ámbito de aplicación del... cit. pág. 160. Otros aspectos no contenidos, e igualmente importantes, serían la caducidad y la prescripción del procedimiento, o los efectos del silencio administrativo. Otros autores como GALÁN GALÁN, A., «El régimen especial de los municipios...» sostiene que «el parlamento autonómico no puede inadmitir su tramitación bajo pretexto de defecto formales, tales como la ausencia de motivación o de la documentación acreditativa de los requisitos precisos para la aplicación del régimen especial», cit. pág. 155; en Andalucía, esta tesis no resultaría aplicable, por cuanto que la propia normativa que regula el régimen de gran población, prevé la posibilidad de inadmitir la solicitud cuando carezca de los documentos y/o no se constaten los requisitos exigidos. En lo relativo a defectos formales, tampoco puede compartirse este planteamiento, ya que a falta de regulación, habría que remitirse a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que el parlamento autonómico tendría que otorgar un plazo para subsanar los mismos.

¹¹«El acceso al Tribunal Constitucional por la vía del conflicto en defensa de la autonomía local queda excluido, pues no nos encontramos con una disposición con rango de ley; tampoco cabe el recurso previsto en el artículo 42 de la LOTC contra las decisiones o actos parlamentarios sin valor de ley que «violen los derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional». Tampoco cabe considerar que el acuerdo parlamentario que rechace incluir a un municipio en el régimen de gran población es un acto o disposición en materia de personal, administración y gestión patrimonial. [...] quizá la mejor opción sea forzar un acto administrativo –o la inactividad de la Administración– para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo reiterando la petición

Dado que la solicitud de iniciación del municipio bajo el régimen de gran población, es un verdadero procedimiento administrativo, pues así se desprende del artículo 2.2 de la Ley 2/2008, en todo lo no contemplado en dicha ley, el procedimiento tendrá que regirse por la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; otro elemento que indica que este procedimiento no es ajeno al derecho administrativo, se encuentra en que la solicitud del cambio de régimen jurídico, tan solo puede iniciarse a instancia del municipio afectado, y no de oficio por el Parlamento Andaluz.

Antes de proseguir con el análisis de esta cuestión, resulta necesario dejar indicado que la CE dispone en el artículo 9.1. que los «ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», para indicar en el apartado 3º del mismo artículo que «la Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Por tanto, y continuando con el estudio sobre la impugnación de los actos administrativos, resulta plenamente aplicable para el supuesto en el que el Parlamento de Andalucía denegase la inclusión en este régimen de algún municipio, el artículo 109.e).- de la LRJPAC al establecer que serán firmes en vía administrativa «los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento».¹²

Delimitada ya la firmeza del acto administrativo, procede analizar el control jurisdiccional de dicho acto; el control vendría amparado por el artículo 24 de la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a tenor del cual «en el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes»; por otro lado el artículo 1.1. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone que «los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-

ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, o solicitando que, en el Registro de Entidades Locales de la Comunidad Autónoma, se indique que ha sido incluido en el régimen de gran población y, de esta forma, obtener la negativa del órgano autonómico competente», CARBONELL PORRAS, E. (2010), «Ámbito de aplicación del...» cit. pág. 161.

¹² Otra opción viable, que podría suponer la firmeza en vía administrativa del Acuerdo del Parlamento de Andalucía, sería el apartado c).- del artículo 109 de la LRJPAC al disponer que lo serán aquellas resoluciones «de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario».

administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo», dentro de las que se integran las Administraciones de las Comunidades Autónomas (art. 1.2.b).- LRJCA).

El Parlamento de Andalucía, en tanto que integrante de la Administración de la Junta de Andalucía, no solo se encuentra sometido a la fiscalización por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la legislación estatal, sino que se encuentra sometida a este orden jurisdiccional a través del artículo 138.1 del EAA en virtud del cual, «la Comunidad Autónoma es Administración Pública a los efectos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

En relación a esta cuestión, y aunque para el autor del presente trabajo, el acuerdo del Parlamento de Andalucía por el que se deniegue la inclusión de un municipio bajo el régimen de gran población, podría ser controlado judicialmente por el orden contencioso-administrativo sin ningún problema, conviene, aunque sea de forma somera, traer a colación la *“teoría del control de los actos políticos”*, según la cual, existirían determinados actos no susceptibles de ser enjuiciados por los tribunales al ser decisiones de índole política, pero en el momento en el que existan elementos reglados dentro de dicha decisión, ese acto sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativo a fin de enjuiciar sí dicho acto político ha seguido los trámites procedimentales,¹³ de tal suerte que, siguiendo esta teoría, el acuerdo del Parlamento que denegase la solicitud municipal, sería impugnabile en vía contencioso, en tanto en cuanto que acto reglado.

Otra opción, aunque algo más forzada, sería la impugnación constitucional del acuerdo por el que se niegue la inclusión de un municipio bajo el régimen de gran población, mediante el recurso de amparo, según lo preceptuado en el artículo 42 de la Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal

¹³ Sobre el control de los actos parlamentarios, puede verse entre otros a DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (2012), «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 26, enero, Valladolid, España, pág. 45 y ss.; FERNÁNDEZ ESPINAR, Luis Carlos (2012), «El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control», en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 26, enero, Valladolid, España, pág. 211 y ss.; PULIDO QUECEDO, Manuel (1990), «El Parlamento Foral», en Revista Jurídica de Navarra, núm. 10, Pamplona, España, pág. 75 y ss.; DEL PINO CARAZO, Ana (2000), «El recurso de amparo contra actos parlamentarios de las Cortes Generales y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas: veinte años de jurisprudencia constitucional», en Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 3, Junio, Madrid, España, pág. 83 y ss.; NAVAS CASTILLO, Ana (2003-2004), «Veinticinco años de control jurisdiccional de la actividad parlamentaria», en Revista de derecho político, núm. 58-59, Madrid, España, pág. 471 y ss.; GARCÍA CUADRADO, Antonio María (1999), «Aproximación a una teoría de los actos constitucionales», en Revista de derecho político, núm. 46, Madrid, España, pág. 41 y ss.

Constitucional; dicho precepto dispone que «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes»; en esta ocasión, la posibilidad de recurrir en amparo al TC la denegación de la inclusión de un municipio bajo el régimen de gran población, se articularía a través de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del municipio, reconocido en el artículo 24 de la CE.¹⁴

3.- Otros regímenes especiales

Dispone el artículo 30 de la LRBRL que «las Leyes sobre régimen local de las Comunidades Autónomas, en el marco de lo establecido en esta Ley, podrán establecer regímenes especiales para Municipios pequeños o de carácter rural y para aquellos que reúnan otras características que lo hagan aconsejable, como su carácter histórico-artístico o el predominio en su término de las actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes».¹⁵

El mandato dado por el legislador, implica que las CCAA podrán establecer regímenes para aquellos municipios que reúnan unas determinadas características. No obstante, dejar indicado que dado que la legislación básica impide la modificación de determinados elementos de las corporaciones locales, la creación de un régimen especial, se circunscribe a la creación de algún órgano

¹⁴El municipio al que se le deniegue la inclusión bajo el régimen de gran población, sería el legitimado para interponer, tanto el recurso contencioso administrativo en vía ordinaria, como el recurso de amparo en vía constitucional. Respecto de esta última cuestión, puede verse TORRES MURO, Ignacio (2008), «*Problemas de legitimación en los procesos constitucionales*», en Revista de derecho político (UNED), núms. 71-72, enero-agosto, Madrid, España, cit. pág. 638.

¹⁵ Existen bastantes estudios jurídicos sobre los regímenes especiales del artículo 30 de la LRBRL; así, entre otros, cabe destacar a FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo (2010), «*Los regímenes municipales especiales del artículo 30 LRBRL: pasado y presente*», en la obra colectiva «El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña» (Coord. Alberto Ruiz Ojeda), 1º edición, Ed. Iustel, Madrid, España, pág. 167 y ss.; SALANOVA ALCALDE, R., en «*Regímenes municipales especiales*»,... pág. 394 y ss.; COBO OLVERA, Tomás (2004), «*Regímenes Especiales*», en «La ley de Bases del Régimen Local. Comentarios, concordancias y jurisprudencia», 1ª edición, Ed. BOSH, Barcelona, España, pág. 264 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2012), «*Regímenes Especiales*», en «Derecho Administrativo. Parte General», Octava Edición, Ed. Tecnos, Madrid, España, pág. 377 y ss.; o SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009), «*Los regímenes municipales especiales*», en «Principios de derecho administrativo general. I», segunda edición, Ed. Iustel, Madrid, España, pág. 552 y ss.

especializado y/o a la previsión de algún tipo de ayuda por parte de la comunidad autónoma.¹⁶

Sentado lo anterior, a lo largo del presente epígrafe, se estudiarán los distintos regímenes municipales creados por el legislador autonómico andaluz.

3.1.- Municipios pequeños o de carácter rural en Andalucía

En la comunidad autónoma andaluza, salvo error, no existe ninguna norma que regule de forma específica este tipo de municipios; habría que rastrear a lo largo de distinta normativa sectorial, para ir extrayendo una idea sobre que es lo que puede entenderse por municipio pequeño o de carácter rural, aunque tampoco se obtendría una amplia concepción sobre este régimen municipal, entre otras cuestiones, porque ni siquiera la legislación estatal, ha previsto de forma expresa ningún sistema especial para estos municipios.¹⁷

Aventurando demasiado, parece que la concepción del legislador andaluz sobre el municipio pequeño o de carácter rural, se sitúa por debajo del umbral de los 5.000 habitantes, ya que se utiliza de forma recurrente como elemento delimitador en las diversas normas autonómicas. No obstante, y aunque sea una mera reflexión, existe una Orden de la Consejería de Turismo y Deporte del año 2013, que hace referencia expresa a los municipios rurales; la norma citada es la Orden de 18 de abril de 2013, por la que se convocan, para el ejercicio 2013, las subvenciones a conceder por el procedimiento de concurrencia competitiva en materia de modernización de las Pymes comerciales y la mejora de la calidad y la competitividad en el pequeño comercio y se aprueba el cuadro resumen de las bases reguladoras y los formularios para presentar las solicitudes y alegaciones (BOJA núm. 80 de 25 de abril de 2013).

¹⁶ Vid. en este sentido a SALANOVA ALCALDE, R., en «Regímenes municipales especiales»,... pág. 394.

¹⁷ Vid. CARBONELL PORRAS, Eloísa (2007), «Artículo 30», en la obra colectiva «Comentarios a la Ley reguladora de las bases del régimen local», Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, cit. pág. 776.

La referencia sobre municipios rurales en Andalucía, se sitúa en el cuadro resumen de las bases reguladoras de subvenciones, contenido en la citada orden, cuando dispone en su punto 8 lo siguiente: «dentro del marco de apoyo a las Pymes comerciales en municipios rurales, con menos de 5.000 habitantes»¹⁸.

3.2.- Municipio histórico-artístico en Andalucía

En Andalucía no existe, salvo mejor criterio, una norma que regule el régimen especial del municipio histórico-artístico, frente a otras comunidades autónomas como Aragón, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja o Murcia, que si poseen un régimen diferenciado y específico para estos municipios.¹⁹

A pesar de ello, hay que hacer referencia a la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía (en adelante LPHA). En esta norma autonómica, el legislador, que si bien omite la referencia al municipio histórico-artístico, regula el conjunto histórico, al referirse a él como las agrupaciones de construcciones urbanas o rurales, junto con los

¹⁸ Ni mucho menos, es pacífico en la doctrina y legislación el número de habitantes que ha de tener un municipio para ser considerado como pequeño o de carácter rural, aunque habitualmente se sitúa en el umbral inferior a los 1.000 habitantes. Así, el artículo 58 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón dispone que «los municipios de población inferior a mil habitantes podrán acogerse a un régimen simplificado de funcionamiento»; por otra parte, el artículo 42 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, dispone que «mediante Ley, podrá establecerse un régimen de organización y funcionamiento simplificado para los Municipios con población inferior a 1.000 habitantes»; por otra parte, la regulación castellano leonesa, identifica a los municipios pequeños, con aquellos cuya población sea inferior a los 5.000 habitantes, en concreto, el artículo 77 de la Ley 1/1998, de 4 de julio, de Régimen Local de Castilla y León, dispone que «los municipios de Castilla y León de población inferior a 5.000 habitantes tendrán un régimen especial». Entre la doctrina, puede verse sobre dicha cuestión a COSCULLUELA MONTANER, Luis (1985), «*Organización y régimen jurídico de las entidades locales: la función pública local*», en Organización Territorial del Estado (administración local), Vol. I, Ed. Ministerio de Hacienda- Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, cit. pág. 142; MARTÍN RETORTILLO, Cirilo (1950), «*El municipio rural. Notas sobre su personalidad, su economía y su hacienda*», Ed. Bosh, Barcelona, España, cit. pág. 15; o más recientemente CARBONELL PORRAS, E., «*Artículo 30*»,... pág. 784.

¹⁹ Con respecto a la regulación ofrecida por la comunidad autónoma de Aragón, puede verse la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (art. 59); en Castilla y León, puede verse la Ley 1/1998, de 4 de julio, de Régimen Local de Castilla y León (art. 78); en Cataluña, puede verse el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen local de Cataluña (art. 76) o la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán (art. 6); en Galicia puede verse la Ley 5/1997, de 22 de julio, Reguladora de la Administración Local de Galicia (arts. 93 y 94); en la comunidad autónoma riojana, puede verse la Ley 1/2003, de Administración Local de La Rioja (art. 48); o en Murcia, puede verse la Ley 6/1998, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (arts. 49 y 50).

accidentes geográficos que las conforman, relevantes por su interés histórico, arqueológico, paleontológico, artístico, etnológico, industrial, científico, social o técnico, con coherencia suficiente para constituir unidades susceptibles de clara delimitación (art. 26.2).

La misma norma, a partir de su artículo 30 establece una serie de medidas referentes al planeamiento urbanístico, aunque no crea ni incluye al municipio histórico-artístico como tal.

3.3.- Municipio turístico en Andalucía

A).- Planteamiento General

La actividad turística, como por todos es conocido, es un sector de la sociedad de suma importancia para España en general, y para Andalucía en particular, debido a la enorme repercusión económica, social,...²⁰ de hecho, se configura «como la actividad del sector servicios que mayores repercusiones, en términos de renta y empleo, genera en Andalucía, constituyendo un recurso de primer orden que se encuentra en constante dinamismo y siendo, durante las últimas décadas, una de las principales palancas dinamizadoras de nuestro crecimiento y desarrollo socioeconómico».²¹

Por ello, parece necesario establecer una serie de medidas que se acomoden a las necesidades que demanden determinadas áreas geográficas. Conveniente sería pues, definir qué se entiende por municipio turístico, puesto que se plantea como una cuestión compleja, ya que ni la doctrina ni la legislación de las diferentes comunidades autónomas tienen un criterio unánime sobre dicho

²⁰ «No es preciso entrar a justificar con gran detalle la importancia que para un país como el nuestro adquiere el turismo y la realización de actividades relacionadas con el mismo. Los datos reiterada año tras año cuantifican algo que viene siendo común señalar, como es la destacada posición de España en el liderazgo como productor mundial de servicios turísticos, consolidado como destino turístico preferente, que ha crecido por encima de sus competidores», TENA PIAZUELO, Vitelio (2009), «*La regulación administrativa de los sectores económicos*», en la obra colectiva «Derecho administrativo. Parte especial» (Dir. José Bermejo Vera), Séptima edición, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, España, pág. 1043; también puede verse, en sentido similar a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen (2010), «*Derecho administrativo del turismo*», Sexta Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, pág. 25 y ss.

²¹*Vid.* Exposición de motivos de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía (BOJA núm. 255 de 31 de diciembre de 2011).

concepto.²² Se suele identificar al municipio turístico como aquellos lugares en los que la afluencia periódica o estacional de la población o el número de alojamientos turísticos y de segunda residencia suponga un determinado porcentaje, entre otros criterios.²³

Otra cuestión interesante a tener en cuenta es el protagonismo que tienen en este ámbito las administraciones locales, aunque dichos entes, no siempre han sido tenidos en cuenta seriamente a la hora de diseñar las diversas políticas turísticas;²⁴ en este sentido, el artículo 25.1 de la LRBRL dispone una cláusula genérica a favor de los municipios, de forma que *«para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo»*, de manera que en relación con el punto 2.h).- del mismo precepto, el municipio tendrá competencias sobre *«información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local»*; todo ello, en virtud de la asunción o no de la comunidad autónoma respectiva de competencias en materia turística.

Circunscritos al ámbito territorial de la comunidad autónoma andaluza, indicar que *desde 1981, Andalucía asumió en su primigenio estatuto de autonomía, como competencia exclusiva de la comunidad, la promoción y ordenación del turismo (artículo 13.17º), y que vino a mantenerla en términos similares tras la reforma operada en 2007, aunque de modo más general, al asumir competencia exclusiva en materia de turismo.*²⁵

²² «Hay grandes diferencias, entre CC.AA., en el tratamiento que dan en sus legislaciones al concepto de "Municipio Turístico": unas Comunidades dedican varios artículos, con detalle, a ese término; otras únicamente ofrecen unas sugerencias; en algunas, como Madrid (Ley 1/1999 de Ordenación del Turismo), solo se hace referencia al concepto de "zona turística saturada"; y en otras, como La Rioja (Ley 2/2001 de Ordenación del Turismo), no se contemplan estos términos», en AAVV, *«El concepto de municipio turístico en la legislación española. Indicadores estadísticos»*, en el V Congreso "Turismo y Tecnologías de la Información y la Comunicación", TuriTec'2004, celebrado en Málaga durante los días 20 a 22 de octubre de 2004 (también puede verse dicha ponencia a través del siguiente enlace: <http://www.turismo.uma.es/turitec/turitec/actas/2004/7.pdf>).

²³ Vid. SALANOVA ALCALDE, R., en *«Regímenes municipales especiales»*,... pág. 396.

²⁴ Vid. MELGOSA ARCOS, Francisco Javier (2011), en *«Administraciones locales y turismo: el municipio turístico»*, dentro de la obra colectiva *«Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros»* (Dir. Silvia Ballesteros Arribas), Ed. La Ley-El consultor de los ayuntamientos, Madrid, España, pág. 1168.

²⁵ Vid. el artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía el cual dispone que *«Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de turismo, que incluye, en todo caso: la ordenación y la planificación del sector turístico; la regulación y la clasificación de las empresas y establecimientos turísticos y la gestión de la red de establecimientos turísticos de titularidad de la Junta, así como la coordinación con los órganos de administración de Paradores de Turismo de España en los términos que establezca la legislación estatal; la promoción interna y externa que incluye la suscripción de*

El Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante EAA), al enumerar las competencias propias de los municipios, dispone que los ayuntamientos tendrán de forma exclusiva la promoción del turismo (art. 92.2.k).- EAA). En un sentido similar se inclina el artículo 9.16 de la Ley 5/2010, de 10 de Julio, Autonomía Local de Andalucía, al indicar que los municipios tendrán competencia exclusiva sobre la promoción del turismo, que incluirá necesariamente la promoción de sus recursos turísticos y fiestas de especial interés, la participación en la formulación de los instrumentos de planificación y promoción del sistema turístico en Andalucía y el diseño de la política de infraestructuras turísticas de titularidad propia.²⁶

B).- El municipio turístico en la Ley del Turismo de Andalucía

El municipio turístico fue una creación de la LRBRL a través de su artículo 30, al encuadrarlo como un régimen especial, aunque el legislador básico deja su desarrollo en manos de las CCAA;²⁷ no obstante, conviene recordar que el proyecto de Ley de Bases de Régimen Local de 17 de diciembre de 1971, en su Base 17, incluyó de forma expresa la figura del municipio turístico, a pesar de que finalmente no se incluyó en el texto definitivo.²⁸

acuerdos con entes extranjeros y la creación de oficinas en el extranjero; la regulación de los derechos y deberes específicos de los usuarios y prestadores de servicios turísticos; la formación sobre turismo y la fijación de los criterios, la regulación de las condiciones y la ejecución y el control de las líneas públicas de ayuda y promoción del turismo».

²⁶ Sobre el reparto competencial en materia turística, puede verse más ampliamente, a NIETO-GUERRERO LOZANO, Ana María (2000), «*La distribución competencial en materia turística. Especial referencia al nuevo papel, en la materia, de los entes locales y, concretamente de los municipales*», en Actas del I Congreso de derecho Administrativo Turístico (Dir. José Eugenio Soriano García; Coord. María Teresa Cabezas Hernández), Ed. Universidad de Extremadura, Cáceres, España, pág. 53 y ss.; MELGOSA ARCOS, F. J., en «*Administraciones locales...*», cit. pág. 1169; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2001), «*La distribución de competencias en materia de turismo*», en Revista de Documentación Administrativa, núm. 259-260, INAP, Madrid, España, pág. 27 y ss.; GALLARDO CASTILLO, María Jesús (2001), «*Distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación*», en Revista de Documentación Administrativa, núm. 259-260, INAP, Madrid, España, pág. 71 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2010), «*Derecho administrativo del turismo*»... pág. 51 y ss.

²⁷ Al respecto puede verse a RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María (2000), «*La ordenación local del turismo*» (III Congreso de Turismo, Universidad y empresa), en «Municipios turísticos, tributación y contratación empresarial, formación y gestión del capital humano» (Coord. David Vicente Blanquer Criado), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, pág. 39 y ss.

²⁸ «1.- En el texto articulado de la presente Ley se contendrán normas específicas para los Municipios Turísticos, teniendo en cuenta los principios contenidos en esta base. El gobierno promulgará, en desarrollo reglamentario de las disposiciones anteriores, un Estatuto para este tipo de Municipios.2.- Podrán obtener la calificación de Municipios turísticos aquellos cuya capacidad de alojamiento turístico sea suficiente para absorber un incremento temporal de su población significativo en relación con el número de sus residentes fijos [...]». Puede verse dicho proyecto, en la página web del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, a través del siguiente enlace:

Haciendo uso el legislador autonómico, de las competencias exclusivas sobre turismo y de lo dispuesto en el LRBRL, definió el municipio turístico, a través del artículo 19.1 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, como «aquel que cumpla los requisitos que reglamentariamente se establezcan y entre los cuales deberán figurar la población turística asistida, el número de visitantes y la oferta turística, así como un plan municipal de calidad turística que contemple las medidas de mejora de los servicios y prestaciones».²⁹

C).- La problemática prestación de los servicios municipales obligatorios por los municipios turísticos

Como ya ha tenido ocasión apuntar un amplio sector doctrinal, uno de los principales problemas con los que se encuentran los municipios turísticos es la prestación de los servicios municipales obligatorios, sobre todo en fechas muy concretas y determinadas, ya que «se ven obligados a poner en marcha unos servicios públicos, irregulares en el tiempo, por su típica estacionalidad, y desproporcionados en relación a los que verdaderamente corresponderían por sus habitantes de derecho».³⁰

Efectivamente la aseveración anterior se confirma al comprobar los datos sobre densidad de población en el litoral costero andaluz; dichos datos ponen de manifiesto que existe un volumen muy importante de población –según las cifras oficiales, y por tanto solo circunscrito a la población de derecho-, que se incrementa de forma exponencial en determinados períodos del año.

<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=1&IDN=66&IDA=22724>.

²⁹ Los requisitos exigidos para optar a la declaración de municipio turístico, según el artículo 2 del Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico (modificado por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo, por el que se modifica el Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico), los siguientes: - Población de derecho que exceda de los 5.000 habitantes y no supere los 100.000 hab., siempre que al menos, cumpla alguno de los siguiente requisitos: a) Que, de acuerdo con los datos oficiales elaborados por la Consejería competente en materia de Turismo, el número de pernoctaciones diarias en media anual (pernoctaciones/365) en los establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo a la clasificación que de éstos efectúa el artículo 36.1 de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, sea superior al diez por ciento de la vecindad del municipio, según la cifra del padrón municipal declarada oficial en el momento de la solicitud, o que se alcance este porcentaje durante al menos tres meses al año, computándose para ello la media diaria mensual (pernoctaciones de cada mes/30). b) Que el número de visitantes sea al menos cinco veces superior al de vecinos, repartidos los primeros en al menos más de treinta días al año. Para ello se acreditará el número de visitantes diarios mediante el conteo de las visitas diarias a los recursos turísticos del municipio [...].

³⁰ Vid. MELGOSA ARCOS, F. J., en «*Administraciones locales...*», cit. pág. 1176; también lo ha tratado BOUAZZA ARIÑO, Omar (2013), «*Regímenes locales especiales en materia de turismo*», en Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012, núm. 4, Zaragoza, España, pág. 270 y ss.

Tal es la dimensión del problema, que la Junta de Andalucía a través de la exposición de motivos del Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, pone de manifiesto esta cuestión al indicar que «a la Administración Local y, en concreto, a los municipios les corresponde prestar los servicios públicos necesarios, con empleo de cuantiosos medios humanos y materiales, para que durante el período en el que el turista permanece en el municipio pueda disfrutar de unos servicios adecuados.

Los municipios que, según la legislación general reguladora del régimen local, han de prestar determinados servicios de manera obligatoria se ven compelidos a realizar un especial esfuerzo, no sólo financiero sino también planificador y organizativo debido al incremento de los usuarios que demandan esos servicios, motivado por el flujo turístico. Este gran esfuerzo no está compensado económicamente, ocasionándoles un mayor desequilibrio financiero del que habitualmente vienen sufriendo.³¹

En definitiva, lo que el decreto pretende es promover la calidad en la prestación de los servicios municipales al conjunto de sus usuarios mediante una acción concertada de fomento;³² tanto es así, que la normativa andaluza, toma como elementos para valorar a un municipio como turístico, el esfuerzo presupuestario realizado por el ayuntamiento para cubrir los servicios municipales obligatorios del artículo 26 LRBRL, con especial incidencia, especificidad y de manera prioritaria sobre los siguientes servicios:

- Saneamiento y salubridad públicos.
- Protección civil y seguridad en lugares públicos.
- Defensa y restauración del patrimonio cultural y urbano.
- Protección y recuperación del entorno natural y del medio ambiente.
- Información Turística.
- Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.
- Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.
- Transporte público de viajeros.
- Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del ocio.

La prestación de servicios mínimos obligatorios del artículo 26 LRBRL

³¹ Vid. BOJA núm. 66, de 6 de junio de 2002.

³² Vid. art. 1.2 del Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico

por parte de los municipios en general, y de los municipios turísticos en particular, se plantea como una cuestión problemática, tal es así, que la propia Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, a través del Decreto 78/2007, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Programa de Recualificación de Destinos de la Costa de Sol Occidental de Andalucía «*Plan Qualifica*», lo reconoce de forma expresa; así el acierto y concreción del reconocimiento por parte de la administración de dicho problema, se hace necesario transcribir el punto 4.3.4.: «*En los últimos cincuenta años y de manera especial en la última década, la trama urbana malagueña se ha desarrollado a un fuerte ritmo que no sólo ha agotado buena parte de los espacios de mayor calidad turística, singularmente los de la franja de terreno más próxima al mar, sino que ha condicionado de forma determinante el futuro de la actividad turística. La expansión sostenida ha generado el aumento de las correspondientes densidades poblacionales, situándose en valores de entre los más altos del litoral español, y poniendo de manifiesto la necesidad de nuevas infraestructuras que permitan mantener el nivel de calidad del destino. Lógicamente, este fenómeno ha inducido, e induce, a todo un proceso de presión sobre los sistemas naturales, costeros y terrestres, que están produciendo alteraciones estructurales en el entorno malagueño. Todo ello, además de su incidencia medioambiental, tiende a incrementar la sensación de masificación tan perjudicial para fidelizar los mejores segmentos del mercado turístico*».

Así, el balance general sobre el crecimiento de la población, residente y turística, actual y futura y el grado de saturación de las infraestructuras y recursos, agua, saneamiento, carreteras y playas, es preocupante. Los problemas se sintetizan en un crecimiento de la población, con previsiones al alza, que no es acorde a las infraestructuras existentes:

- Un exceso de presión sobre los recursos naturales:
 - Aumento en el consumo de agua.
 - Aumento en el consumo energético.
 - Incremento de la necesidad de depuración de aguas.

- Necesidad de mejora de servicios e infraestructuras, principalmente debido a los fuertes ritmos de crecimiento y la continua presión sobre las fuentes de unos recursos naturales finitos que han causado alteraciones medioambientales (necesidades crecientes de suelo para movilidad, de acuíferos sin contaminar y recursos superficiales para suministros de agua...) sin que existan opciones tecnológicas que salven inocuamente las contradicciones generadas por el desbordamiento de los ciclos de vida de los sistemas y recursos naturales.
- Problemas de movilidad a todas sus escalas, desde las existentes en el eje litoral hasta la permanente congestión del tráfico en el interior de los propios municipios costeros, lo que constituye una de las principales quejas de la población residente y turista.
- Una visión excesivamente limitada sobre el concepto de la calidad turística y residencial que ha atendido más a una indiscutible mejora de ciertas instalaciones individuales que a la importancia estratégica y el valor añadido de los factores relacionados con el entorno (los diversos paisajes, el diseño urbanístico y arquitectónico, el panorama visual de las principales vías articuladoras, etc.).

La expansión territorial urbanística está afectando ya tanto a la competitividad estratégica turística y residencial de la Costa del Sol, habiéndose detectado fugas de sectores cualitativos de la demanda, como a la propia calidad de vida de la población malagueña, que percibe problemas de tráfico, ruido y otros relacionados con la creciente congestión urbanística.

D).- Procedimiento para acceder a la categoría de municipio turístico en Andalucía³³

La declaración como municipio turístico en Andalucía, tendrá que iniciarse a solicitud de la propia entidad, a través del Alcalde, previo al acuerdo plenario aprobado por mayoría absoluta del número legal de

³³ Vid. la declaración de municipio turístico en Andalucía a través de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, Reguladora del Turismo en Andalucía en FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2005), «*El régimen jurídico de del municipio turístico en Andalucía: el derecho a la carta*», en IV-V-VI Jornadas de Derecho Turístico de Andalucía (Coord. Adolfo Auriolos Martín), Ed. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, España..., pág. 396 y ss.

miembros de la corporación,³⁴ siempre que la población de derecho exceda de los 5.000 y no supere los 100.000 habitantes.

La solicitud, tendrá que ser presentada en el registro de la Delegación Provincial de la Consejería de Turismo y Deporte, junto a los siguientes documentos:

- Certificación del acuerdo plenario, por el que se aprueba la solicitud para acceder a la categoría de municipio turístico.
- Certificación que acredite el número de visitas del recurso turístico más visitado.
- Memoria descriptiva y cualesquiera otros documentos y estudios de cada uno de los elementos que puedan ser objeto de valoración, a saber:
 - Las inversiones previstas en el presupuesto municipal para la promoción de infraestructuras turísticas.
 - Las actuaciones municipales en relación a los servicios mínimos que debe prestar el municipio respecto a los vecinos y a la población turística asistida, así como los servicios específicos prestados en materia de salubridad pública e higiene en el medio urbano y natural, transporte público de viajeros y protección civil, así como otros que sean de especial relevancia turística.
 - La existencia de un plan turístico municipal.
 - La existencia de oficinas de turismo.

³⁴ Vid. art. 20.2 de la Ley 13/2001, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía. El procedimiento para acceder a la categoría de municipio turístico en Andalucía, viene determinado a través del artículo 4 y ss. del DECRETO 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico de Andalucía, así como de la modificación que sufrió dicha norma a través del DECRETO 70/2006, de 21 de marzo, por el que se modifica el DECRETO 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico de Andalucía.

- La relevancia de los recursos turísticos existentes en el término municipal, con especial importancia a los BIC.
- La adopción de medidas en defensa del patrimonio cultural y urbano.
- La existencia de ordenanzas fiscales y de medio ambiente, en las que figuren debidamente recogidas medidas para la preservación de los valores medioambientales.
- La ubicación en el término municipal, total o parcialmente, en alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía.
- La adopción de medidas de protección y recuperación del entorno natural y del paisaje.
- La existencia de un planeamiento urbanístico que contemple las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística, referidas a la población de derecho y a la población turística asistida.
- Contar con planes de accesibilidad para la supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y del transporte.

Si la Delegación provincial, observase que la solicitud no reúne los requisitos, requerirá al ayuntamiento para que en el plazo de diez días lo subsane. Una vez que se constate por la Delegación Provincial que la solicitud reúne todos los requisitos, la remitirá en el plazo de un mes desde que la recibió a la Dirección General de Planificación Turística (en adelante DGPT); además, deberá emitir un informe donde conste que al menos cumple alguno de los siguientes requisitos:

- Que según los datos oficiales elaborados por la Consejería, el número de pernoctaciones diarias en la media anual en los establecimientos de alojamiento turístico, sea superior al 10% de la vecindad del municipio, según las cifras oficiales de población declarada al momento de la

realización de la solicitud, o bien que se alcance dicho porcentaje durante al menos tres meses al año.

- Que el número de visitantes sea al menos cinco veces superior al de vecinos, repartidos los primeros en al menos más de treinta días al año. Constatado que el municipio cumple alguno de los requisitos, la Dirección General de Planificación Turística tendrá que emitir un informe donde acredite el grado de incidencia de los elementos de valoración antes referidos; posteriormente dicho informe será trasladado al Consejo Andaluz de Turismo (en adelante CAT), a fin de que este órgano emita un informe sobre la procedencia de la solicitud –que tendrá carácter de preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento, debiéndose evacuar en el plazo máximo de dos meses-.

Si el CAT determinase que es necesario realizar alguna prueba o la emisión de algún informe, estará a la espera de estos para emitir una propuesta de resolución; antes de emitir dicha propuesta la DGPT dará audiencia al municipio interesado para que realice la alegaciones que estime pertinentes.

Una vez transcurrido el plazo de audiencia y examinadas las alegaciones realizadas por la DGPT, el titular de la Consejería de Turismo y Deporte, formulará la propuesta estimatoria o desestimatoria al Consejo de Gobierno, que lo adoptará mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno; dicho acuerdo será notificado al municipio afectado, además de publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

En caso de que la notificación del Acuerdo al municipio afectado no se produzca en el plazo máximo de 6 meses desde que se registró la solicitud en la Delegación Provincial correspondiente, podrá entender desestimada su solicitud, quedando expedita la vía contencioso administrativa.

E).- Pérdida de la condición de municipio turístico

A pesar de que la declaración de municipio turístico es con carácter indefinido, puede perderse tal condición, si concurre alguno de los siguientes requisitos:

- Pérdida de los requisitos exigidos para su declaración
- Variación sustancial de las circunstancias y servicios del
- Grave incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio.
- A petición propia del municipio

En este último supuesto, el expediente se presentará en la Delegación Provincial para que sea remitido a la DGPT, a fin de que el titular de la Consejería de Turismo y Deporte, dicte resolución por la que deje sin efecto la declaración de MT.

En el caso de que se den alguno de los tres primeros supuestos, el procedimiento se iniciará de oficio, dándole audiencia al municipio afectado.

4.- Municipios industriales, mineros o pesqueros en Andalucía

Los municipios industriales, mineros o pesqueros, como regímenes especiales desarrollados por la Comunidad Autónoma de Andalucía y salvo error, no existen.

La LPHA, hace referencia a partir de su artículo 65 y ss. al patrimonio industrial, pero el análisis de dicha cuestión, excede de las pretensiones de este trabajo.

No obstante, dejar indicado a mero efecto indicativo, que el municipio industrial se regula en la legislación local de Cataluña, la de Murcia o la Gallega, siendo esta última la que también regula al municipio minero y pesquero.

5.- Conclusiones

I.- Que en la legislación autonómica, la figura del Concejo Abierto tan solo está contemplada expresamente para las Entidades Locales Autónomas, no para los municipios, que en caso de estar sometidos a éste régimen les será de aplicación la legislación básica estatal.

II.- En Andalucía, el legislador autonómico ha desarrollado una norma específica para los municipios de gran población, a través de la Ley 2/2008, de

10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población.

En la comunidad autónoma andaluza, una parte importante de los municipios acogidos a esta modalidad, se sitúan en la costa, con especial incidencia en Málaga.

III.- Salvo inclusión por imperativo legal, el acceso al régimen como municipio de gran población, se inicia siempre a instancia del municipio interesado, nunca de oficio.

IV.- El mecanismo de impugnación, para aquellos municipios que pretendan acceder al régimen de gran población, y les sea denegado por el Parlamento de Andalucía, tendrán abierta la vía judicial desde una doble vertiente. En primer lugar, el municipio interesado podrá impugnar este acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o bien, ante la jurisdicción constitucional, mediante el recurso de amparo.

V.- Que el legislador andaluz ha creado la figura del municipio turístico, para intentar ofrecer una solución a aquellos municipios que sufren un incremento de población en períodos estacionales –especialmente en época estival-, a fin de que puedan prestar los servicios municipales obligatorios del artículo 26 de la LRBRL.

VI.- En Andalucía, el legislador no ha desarrollado o previsto otras figuras jurídicas para otro tipo de municipios, como los históricos, industriales, rurales,...

Cita de este artículo:

GARCÍA SALAS, F. J. (2016) "La organización municipal en Andalucía." Revista IN IURE [en línea] 15 de Mayo de 2016, Año 6, Vol. 1. pp. 76-103. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL ESTATUTO PROVISIONAL DE 1815: ENLACE INSTITUCIONAL HACIA LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE 1816

Luis Francisco Asis Dasmaco

Abogado, Universidad Nacional de La Rioja
Ayudante de Primera en Derecho Internacional
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Provincias, Estatuto,
Asamblea constituyente*

Key words:

*Provinces, Statute
Constituent Assembly.*

Resumen

En el presente artículo analizaremos el "Estatuto Provisional para la dirección y administración del Estado", dictado por la Junta de Observación (órgano de tipo legislativo creado por el bando del Cabildo del 18 de abril de 1815) que tuvo una importancia significativa, pues otorgó el marco institucional para convocar al "Congreso Soberano de las Provincias Unidas del Río de la Plata" que declarararía la independencia el 9 de julio de 1816.

Abstract

In this article we will discuss the "Provisional Regulations for the management and administration of the State", issued by the Board of Observation (legislature in type created by the side of the Cabildo of April 18, 1815) that had a significant importance, since it granted the

institutional framework to convene the "Sovereign Congress of the United Provinces of the Río de la Plata" would declare independence on July 9, 1816.

Introducción

No es posible comprender la gravitación de este Estatuto del año 1815, sin remitirnos a su antecedente mediato, la Asamblea Constituyente de 1813 y su antecedente inmediato, la Revolución del 15 de abril de 1815 que provocaría la caída del gobierno del Gral. Alvear, quien había asumido el 10 de enero de ese año.

En cuanto al antecedente mediato, a pesar que la Asamblea del año 1813 (cuyos períodos de sesión fueron: 1/02 al 18/11 de 1813 – 21/01 al 08/02 y 25-29/08 de 1814 y por último en enero de 1815 que clausuró sus sesiones) no cumplió su cometido final (redactar una constitución) no debemos subestimar su importancia en cuanto al ejercicio de la Soberanía se refiere. El mismo 31 de enero, día en que se instala la Asamblea, los diputados votaron que *"reside en ella la representación y ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata"*; al asumirse el Poder Constituyente se pone de manifiesto una declaración implícita de Independencia; además cabe enumerar entre sus disposiciones, la redacción del Estatuto dado al Supremo Poder Ejecutivo; la creación el 26 de enero de 1814 del cargo de "Director Supremo de las Provincias Unidas"; la institucionalización de los símbolos patrios (himno nacional, escudo); la "libertad de vientres"; la abolición del tributo, la mita, la encomienda, el yanaconazgo y de los títulos de nobleza, entre otras; a todo ello faltaba la declaración formal de Independencia. Justamente eso formaba parte de las instrucciones que tenían los diputados orientales enviados por José de Artigas, que fueron rechazados por las intrigas del Gral. Alvear. Cabe destacar que en el seno de esta Asamblea había dos grandes divisiones, que eran a su vez las facciones de la Logia Lautaro, una representada por José de San Martín y la otra por Carlos María de Alvear, de ello se podría inferir que en eso se basaron las maniobras de éste para rechazar a los diputados orientales, pues éstos podrían haber engrosado las filas de los adeptos a San Martín, perdiendo influencia Alvear.

El 26 de enero de 1814, la Asamblea crea el "Directorio Supremo del Río de la Plata" (primer figura unipersonal de gobierno), designando a Gervasio Posadas, quien detentó facultades extraordinarias, ya que según una nota (21/01/14) enviada por el Triunvirato (integrado por Gervasio Posadas, Nicolás Rodríguez Peña y Juan Larrea) a la Asamblea, *"la concentración del poder en una sola mano es indispensable"*.

El Director Posadas exacerbó aún más el encono existente entre Buenos Aires y Artigas, ya que mediante un decreto dictado el 11/02/14 (revocado el 9 de julio de ese año) se lo declaraba al Jefe Oriental *"infame, privado de sus empleos, fuera de la ley y enemigo de la Patria"*, se fundaba en el retiro de Artigas del -segundo- sitio de Montevideo (medida militar adoptada entre 20/10/1812 hasta el 23/06/1814, por parte de las tropas de las Provincias Unidas contra el enclave realista de Montevideo).

Decisiones como reemplazar a José Rondeau como Jefe del Ejército sitiador de Montevideo por Alvear (sobrino de Posadas) y como Jefe del Ejército del Norte terminó por generar un descontento tal que renunciaría el 9 de enero de 1815. La Asamblea votó por mayoría al General Carlos María de Alvear como Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que prestó juramento el 10 de enero de 1815. Llegamos así, al antecedente inmediato del Estatuto Provisional, que fue la Revolución del 15 de abril de 1815.

Desarrollo

Al poco tiempo de haber asumido el Gral. Alvear adoptó una serie de medidas tan desacertadas como contrarias al ideario de Libertad e Independencia. Dichos actos de gobierno fueron los siguientes:

-- La misión del Dr. Manuel José García, secretario del Consejo de Estado, ante Lord Strangford, embajador británico en Rio de Janeiro y Lord Castlereagh, líder de la Cámara de los Comunes del Parlamento británico. En el pliego al primero, Alvear expresaba: *"En estas circunstancias solamente la generosa Nación Británica puede poner un remedio eficaz a tantos males acogiendo en sus brazos a estas Provincias que obedecerán a*

su Gobierno y recibirán sus leyes con el mayor placer"; y al segundo, el Director Supremo pedía:

"Estas provincias desean pertenecer a la Gran Bretaña, recibir sus leyes, obedecer su Gobierno y vivir bajo su influjo poderoso. Ellas se abandonan sin condición alguna a la generosidad y buena fe del pueblo inglés, y yo estoy dispuesto a sostener tan justa solicitud para librarlas de los males que las afligen".

-- El intento de negociar con Artigas, ofreciéndole la independencia absoluta de la Banda Oriental a cambio que dejase Entre Ríos y Corrientes bajo el control del gobierno de Buenos Aires, algo que los ideales del caudillo oriental rechazaron.

-- Conflicto en Mendoza, nuevamente Alvear se enfrenta directamente con San Martín (nombrado "Coronel Mayor" por aquél) al aprovechar un pedido de licencia de éste, para reemplazarlo en el cargo de Intendente de Cuyo, lo que generó la convocatoria de un cabildo abierto en apoyo a San Martín, plegándose los cabildos de San Juan y San Luis (pues pertenecían a la misma jurisdicción).

-- A lo que se debe agregar la sublevación de las tropas del Ejército del Norte al mando del Gral. Rondeau (recordemos las diferencias antedichas entre éste y el Director Supremo).

El Gral. Alvear había logrado aglutinar a todas las Provincias Unidas en su contra, como medida desesperada para sostener su gobierno, dicta un bando calificando de *"lesa majestad"* a *"todo individuo sin excepción alguna que invente o divulgue maliciosamente especies alarmantes contra el gobierno constituido capaces de producir la desconfianza pública, el odio, o la insubordinación de los ciudadanos"* y para los que *"supiesen noticias de una conspiración y no la denunciasen serían castigados como cómplices"*; medida inaudita que implicaba un grave retroceso en las libertades individuales; en virtud del mismo, el Capitán Joaquín Ubeda fue detenido y en tres horas ejecutado, y su cadáver colgado a la expectación pública en la Plaza de la Victoria, en la pascua del 26 de marzo de 1815.

En forma proporcionalmente inversa, el prestigio de Artigas crecía de manera incontenible, era un caudillo popular contra un déspota impotente; los "Pueblos Libres" amplían sus horizontes, en Santa Fe, un aliado del oriental, Francisco Antonio de Candiotti es ungido gobernador en elecciones; en Córdoba sucede lo propio, y un cabildo abierto designa gobernador a José Javier Díaz, quien públicamente encomia a Artigas llamándolo "nuevo Washington".

La sublevación de Fontezuelas, fue el golpe de gracia que terminó por derrumbar la feroz y fugaz tiranía del Gral. Alvear. Para repeler el avance de los "Pueblos Libres", se ordena al Cnel. Francisco Javier Viana, secretario de guerra, marchar contra Córdoba; la vanguardia de éste ejército, al mando del Cnel. Alvarez Thomas, se subleva en la posta de Fontezuelas, entrando en negociaciones con Artigas, con lo cual manda a apresar a Viana e intima a Alvear (atrincherado en el campamento de Olivos) a "desprenderse del mando". El Consejo de Estado, integrado por la facción de la Logia Lautaro que le era adicta, aconsejó a Alvear renunciar al cargo de Director y ensaya una solución con la efímera conformación de un Tercer Triunvirato que estaría integrado por San Martín, Rodríguez Peña e Irigoyen, que nunca existió en los hechos.

Momentáneamente, el Gral. Soler, al mando de los cívicos (milicias comunales), asumió la comandancia de armas. Finalmente, tras largas negociaciones, una vez que a Alvear le garantizaron "la seguridad de su persona y bienes", se embarcó el 17 de abril en la fragata inglesa "Haspur"; ese día, por primera vez, se izó la bandera azul y blanca en la fortaleza que estaba al mando de Antonio Luis Beruti.

La felonía sin límite del Gral. Alvear, hallaría otro paso hacia el escándalo, arribado a Rio de Janeiro, escribe el 23 de agosto una nota al ministro español Villalba en el que reniega de todo el proceso revolucionario, rogando su reincorporación al ejército español y el retorno a la gracia del rey Fernando VII.

Los abusos y el despotismo del Director Alvear, han dejado beneficios para la causa de la Independencia, puesto que sus desaguisados y autoritarias decisiones lograron unir a todo el interior, es por ello, que, con

razón, la Revolución de 1815 fue calificada como un movimiento federal, engrandeció, al perseguirlos, a San Martín, Artigas y Rondeau, que se consolidaron políticamente y aumentó su ascendencia popular, éste último sería su sucesor en el cargo de Director Supremo, aunque asumió provisoriamente, Alvarez Thomas.

Los actos de gobierno posteriores a la caída de Alvear, gozaron de una legitimidad política fundamental, que proporcionó el soporte necesario para que las provincias aceptasen nuevamente la convocatoria de un Congreso General (teniendo en cuenta el intento fallido de la Asamblea del año XIII). Es por ello, que el Estatuto Provisional, en su preámbulo expresa sus claros y definidos propósitos de evitar los excesos en el ejercicio del poder, haciéndose evidente la necesidad de un mecanismo institucional que hiciera de contrapeso al Director Supremo, el mismo expresaba:

"La Junta de Observación encargada de formar un Estatuto Provisional para el régimen y gobierno del Estado.....deseando corresponder dignamente a la honrosa confianza con que se le ha distinguido, y penetrada de la necesidad de reforzar los eslabones de la cadena, que debe ligar los robustos brazos del despotismo, para que no pueda internarse al sagrado recinto donde se custodian la Libertad, la Igualdad, la Propiedad y la Seguridad, que hacen precioso vellocino, la rica herencia y los más interesantes derechos del hombre....ha crédito, que para satisfacer los votos del Pueblo, y acercarle a la senda, que conduce a la felicidad común, según que lo permite su actual estado, y la premura del tiempo y de sus circunstancias, debe establecer (y como establece) las reglas constitucionales siguientes..".

En cuanto a su texto fue muy similar al proyecto presentado por la "Sociedad Patriótica" en la Asamblea del año 1813 con algunas particularidades, como por ejemplo, la "Junta de Observación", ya creada por el bando del 18 de abril por el Cabildo, receptada por el Estatuto con un reglamento; en sus "Providencias Generales", en la segunda establece la abolición del Consejo de Estado.

La sistemática del Estatuto Provisional para la dirección y la administración del Estado de 1815, fue la siguiente: Un preámbulo, siete secciones divididas en capítulos, un reglamento para la Junta de Observación y un capítulo final de providencias generales. La Primera Sección, en su capítulo I prescribe que "los derechos de los habitantes del Estado son, la Vida, la Honra, la Libertad, la Igualdad, la Propiedad y la Seguridad". Contiene esta sección también normas acerca de la adquisición de la ciudadanía y los requisitos para voto activo y pasivo (ser elegido) y en el Cap. VI contiene disposiciones que podríamos englobar dentro de lo que es el "Ethos Cívico", del "buen padre de familia" del Derecho Romano, ordenando a los hombres respetar las leyes, las instituciones, a los magistrados, a *"sobrellevar quantos sacrificios demande la Patria, a contribuir por su parte al sostén y conservación de los derechos de los ciudadanos y a la felicidad pública del Estado"*; en su párrafo V: *"Merecer el grato, y honroso título de hombre de bien, siendo buen Padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo"*. En su Cap. VII encontramos la innovadora (que se repetirían en estatutos posteriores) mención de los *"Deberes del Cuerpo Social: Art. 1.- El Cuerpo Social debe garantir y afianzar el goce de los derechos del hombre; Art. 2.- Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse; Art. 3.- Toda disposición o estatuto, contrario a los principios establecidos en los Artículos anteriores será de ningún efecto"*.

La Sección Segunda, trata sobre el Poder Legislativo, que estará a cargo de la Junta de Observación, hasta la determinación del Congreso General de las Provincias.

En la Sección Tercera, correspondiente al Poder Ejecutivo, cuyo titular es el Director del Estado, el art. XXX, dispone que éste: *"Luego que se poseione del mando, invitará con particular esmero, y eficacia a todas las ciudades, y Villas de las Provincias interiores para el pronto nombramiento de Diputados, que hayan de formar la Constitución, los cuales deberán reunirse en la ciudad de Tucumán"*.

La Sección Cuarta está dedicada al Poder Judicial. La Sección Quinta era una de las más importantes teniendo en vista el Congreso reunido en Tucumán en 1816, pues en sus cinco capítulos establecía el procedimiento

para la elección de todas las autoridades: El Director del Estado; los Diputados representantes de las Provincias para el Congreso General; los Cabildos seculares de las ciudades y villas; los Gobernadores de provincia y los integrantes de la Junta de Observación, todas se elegirían por "elecciones populares", mediante el voto indirecto. Las "Asambleas Primarias", cap. II, elegirían a los electores que posteriormente en la "Asamblea Electoral" reunida en la capital de cada provincia votarían a sus diputados. Se debía nombrar un diputado cada quince mil habitantes (art. VII—Cap. III) o fracción que excediese de siete mil quinientos (pues cabe mencionar que a los efectos de la votación de electores, en cada ciudad y villa se dividía en cuatro secciones, debiendo resultar un elector cada cinco mil habitantes).

En la Sección Sexta, dedicada al Ejército y a la Armada, regulando las "Tropas veteranas y Marina" en su Capítulo I, las "Milicias Provinciales" en el Capítulo II, y por último en su Capítulo III, al tratar las "Milicias Cívicas" (algo similar a lo que hoy llamaríamos reservistas), en su artículo X, expresa: *"Esta fuerza armada ha de estar subordinada al Gobierno; pero cuando este claudicase en la inobservancia del presente Estatuto Provisional, u obrare contra la salud y seguridad de la Patria, declarándolo así la Junta de Observación, y el Exmo. Cabildo por escrito, ó de palabra, quedará sujeta á dicha Junta de Observación, igualmente que la fuerza de línea de mar y tierra, para sostener sus determinaciones en el caso de que las resista el Director"*.

Vemos cómo la subordinación de dicho cuerpo armado al gobierno, está condicionado a la estricta observancia de la ley y las instituciones, reconociéndole a la Junta de Observación y al Cabildo más poder que al Director, consagrando una suerte de "Clausula de Revolución". Algo similar, se encuentra en nuestra Constitución en su art. 21 1º parte y 36 1º parte, dicha similitud se advierte en que el mismo texto constitucional expresamente ordena la subordinación del gobierno a aquélla y su primacía en orden a obediencia por parte de los ciudadanos.

En la Séptima Sección del Estatuto se trataba de una de las cuestiones más sensibles y que habían sufrido alteración durante el gobierno del Gral. Alvear; bajo el rótulo de "Seguridad Individual y Libertad de Imprenta", se

contienen disposiciones que hoy hallamos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional (Principios de Legalidad y Reserva respectivamente); incluía también el derecho de resistencia a los actos de fuerza en su art. XVIII, similar al art. 36 párr. 4 de la C.N.; el art. XIX reconoce la libertad de permanecer o retirarse del territorio (art. 14 C.N.); el art. XX, prescribe que *"Todo habitante del Estado, y los que en adelante se establezcan, están bajo la inmediata protección del Gobierno y de los Magistrados en todos sus derechos"*, una especie de "garantía política", similar a nuestro art. 8 C.N.; y en el art. XXI, encontramos algo parecido a lo que hoy se califica como "estado de sitio" de los arts. 75 inc. 29 y 99 inc. 16 C.N.

En su Capítulo II, crea dos periódicos, el "Censor" y la "Gazeta", delimitando los derechos y deberes de la libertad de imprenta; y restablece la vigencia del decreto sobre dicho particular del 26 de octubre de 1811.

El Estatuto Provisional sólo fue aceptado en Buenos Aires; Tucumán aprobó "la dependencia provisoria a Buenos Aires hasta la reunión del Congreso", sus diputados recibieron las instrucciones de *"declarar la independencia absoluta de España y sus reyes"* y a que la Constitución que voten sea *"adaptable a nuestra situación social y política, a la índole y hábitos de los ciudadanos, que aliente la timidez de unos, contenga la ambición de otros, acabe con la vanidad importuna, ataje las pretensiones atrevidas y destruya las pasiones insensatas"*.

Cuyo, Salta y Córdoba (perteneciente a los "Pueblos Libres", enviaría al mismo diputado que envió al Congreso de Oriente, José Antonio Cabrera, agregándosele Salguero, del Corro, Pérez Bulnes y Salguero de Cabrera y Cabrera), sólo acataron el Estatuto en cuanto a la convocatoria al Congreso General; y también las provincias del Alto Perú (Charcas, Mizque y Chichas), hoy integrantes de la República de Bolivia. En cuanto a los "Pueblos Libres" (Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, Misiones y Banda Oriental) lo rechazaron en términos absolutos, pues habían sido convocadas al "Congreso de Oriente" reunido el 29 de junio de 1815 en Concepción del Uruguay, del mismo no quedaron actas, infiriéndose sus disposiciones de contenidos epistolares. Si bien dicho Congreso fue importante y José Gervasio Artigas, "Protector de los Pueblos Libres", ha sido un verdadero precursor del Federalismo Argentino, no debemos soslayar dos cuestiones:

Primero, nunca fue la intención de Artigas conformar un país distinto de las Provincias Unidas, ello se deduce del rechazo al ofrecimiento que le hiciera Alvear en su momento de otorgar la "independencia absoluta" a la Banda Oriental; y luego en las negociaciones de la misión del Cnel. Blas Pico y Francisco Bruno Rivarola, enviadas por el Director Alvarez Thomas a Paysandú; y posteriormente Artigas envía una delegación (Andino, Cossio, Barreiro y Cabrera) a Buenos Aires que parlamentaron con el delegado porteño, Presbítero Antonio Sáenz, ambas fracasaron. Segundo, los "Pueblos Libres" crecieron en relevancia por los desaciertos y prepotencia del gobierno de Buenos Aires, más que por mérito de Artigas, por ello, aumentaron en gran medida durante los gobiernos de Posadas y Alvear, y eso no es casualidad. Sobretudo recordando que éste provocó la no aceptación de los diputados orientales a la Asamblea del año XIII.

Conclusión

En estas líneas se ha querido poner en evidencia también, cómo hay figuras históricas que son agigantadas por intereses extraños al de los Pueblos, como es el caso del Gral. Alvear, que intentó someternos a Gran Bretaña con el infame yugo del coloniaje; otros como Rondeau, que luego del gobierno del Director Gral. Juan Martín de Pueyrredón, sería el último Director de las Provincias Unidas, pues perdería la batalla de Cepeda, el 1 de febrero de 1820, ante las tropas de Francisco Ramírez y Estanislao López, caudillos de Entre Ríos y Santa Fe respectivamente, siendo dicho año conocido históricamente como "la anarquía del año 20", se disuelve el gobierno nacional, se firma el Tratado del Pilar, el 23 de febrero de ese año, adoptando el sistema federal y sellando la unidad nacional.

En cuanto al oriental Artigas, si hubiese sido secesionista, y no federalista, otra conducta hubiera observado. Es por ello, que el Congreso de Tucumán, a pesar que el Alto Perú luego se constituyó en lo que hoy se conoce como Bolivia, y que las actuales provincias de Santa Fe, Corrientes, Entre Ríos y Misiones no enviaran diputados, y que la Banda Oriental hoy es Uruguay, ha sido el acto político más relevante de esta parte de Sudamérica. Hito emancipador que nuclea, aún perteneciendo a distintos estados soberanos, a la Argentina, Bolivia y Uruguay, ya que, reiteramos,

Artigas como líder del Congreso de Oriente, nunca desconoció la pertenencia nacional a las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Pero ese gran acto trascendente que fue declarar la Independencia, fue posible gracias a la institucionalización de su convocatoria que le dio el Estatuto Provisional para la dirección y administración del Estado de 1815.

Bibliografía

Busaniche, José Luis, 1982, *Historia Argentina*, Ed. Solar, Biblioteca "Dimensión Argentina", Buenos Aires.

Ibáñez, José, 1962, *Historia de las Instituciones políticas y sociales argentinas desde 1810* – Editorial Troquel S.A., Buenos Aires.

Del Carril, Bonifacio, 1966, *La Declaración de la Independencia*, Emecé Editores – Buenos Aires.

Rosa, José María, 1973, *Historia Argentina Tomo 3*, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires.

Documentos de la Conformación Institucional Argentina 1782 – 1972 – Poder Ejecutivo de la Nación, Ministerio del Interior, Imprenta del Congreso de la Nación 1974.

Cita de este artículo:

ASIS DASMAGO, F. J. (2016) "El Estatuto Provisional de 1815: Enlace institucional hacia la independencia de 1816". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de Mayo de 2016, Año 6, Vol. 1. pp. 104-114. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**MULTA. ESCRIBANO. REGISTRACION. ACTO ADMINISTRATIVO.
PRESUNCION DE LEGITIMIDAD.**

Descripción del Caso:

Se confirma la multa impuesta al escribano por el incumplimiento de la registración ante la Unidad de Información Financiera por la suma de \$10.000.

Sumario:

1.-La registración de la totalidad de los sujetos obligados ante la UIF (www.uif.gov.ar) tiene por finalidad la identificación de aquéllos y facilitar el contacto permanente y fluido. Asimismo, constituye un paso previo para la remisión de los reportes de operaciones sospechosas a través de internet, de modo que no resulta admisible el cuestionamiento de la sanción con fundamento en la falta de entidad de la infracción, máxime cuando el organismo aplicó el mínimo de la pena prevista (art. 24 de la Ley 25.246).

2.-Las alegaciones del recurrente no resultan suficientes para desvirtuar la materialidad omisiva de la infracción, toda vez que las simples manifestaciones en torno a la efectiva registración en el sitio web del organismo no resultaron siquiera mínimamente respaldadas por elemento probatorio alguno.

3.- En efecto, tiene reiteradamente dicho este tribunal, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:53), que en materia de prueba:“-las exigencias derivadas del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial deben ser interpretadas en armonía con la presunción de legitimidad del acto administrativo-, `a fin de que el Estado no termine obligado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (Fallos: 218:312; 3824 y 372; 294:69)’-” (y esta sala, exte. n° 18.292/2001, “Vaisberg Horacio Adrián y otros c/ BCRA – resol 11/01 (expte. 100535)”, sent. del 21/5/13; y sus citas).

4.-Tratándose de materia sancionatoria, aun de naturaleza administrativa, en los procesos por sumarios ante el UIF rige, como regla de raigambre constitucional, el principio de inocencia. Sin embargo, los recursos de las resoluciones que en su caso impongan sanciones suponen la existencia de un acto administrativo dictado por la autoridad que, como principio, goza de presunción de legitimidad (conf. art. 12, Ley 19.549), razón por la cual su invalidez, como regla, debe ser alegada y probada por quien la invoca.

5.-El razonamiento efectuado por la UIF con apoyo en los elementos objetivos que menciona y que se compadecen con las constancias de autos, constituye una interpretación razonada de los hechos a la luz de las normas vigentes al momento que ellos ocurrieron y, por ende, la reiteración por parte del actor de los argumentos ya expuestos en sede administrativa no es idónea para demostrar la arbitrariedad de la sanción impuesta.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Sala/Juzgado IV. C. H. E. c/ UIF s/ Código Penal – Ley 25.246 – Dto. 290/07 art. 25.

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2015.

VISTOS:

Para resolver el recurso directo interpuesto a fs. 2/3 por Horacio Enrique Claria contra la resolución UIF 338/14; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, mediante la citada resolución 338/14, el presidente de la Unidad de Información Financiera (UIF), en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, impuso al escribano Horacio Enrique Claria la sanción de multa por la suma de \$10.000, por el incumplimiento de la registración ante dicho organismo en los términos de la resolución UIF 50/11 (fs. 96/105 de las actuaciones administrativas).

2º) Que el recurrente planteó, en lo sustancial, que la UIF no tuvo en cuenta su descargo, oportunidad en la cual había alegado la efectiva registración cuya omisión se le imputa. Asimismo, destacó que tal hipotética omisión no habría causado perjuicio alguno, en la medida en que no habría configurado una infracción en el desempeño de su actividad como escribano, sino una mera falta de registración. Finalmente, señaló que la imputación se efectuó a meses de su jubilación y sobre el final de su carrera profesional, circunstancia que dificultó su defensa en el sumario administrativo.

3º) Que la Unidad de Información Financiera contestó el recurso y solicitó el rechazo de la totalidad de los planteos y la confirmación de la resolución impugnada, con costas (fs. 116/139).

4º) Que el Ministerio Público Fiscal se pronunció por la admisibilidad formal del recurso (fs. 141) y se llamó autos al acuerdo, providencia que se encuentra firme y consentida (fs. 142).

5º) Que las alegaciones del recurrente no resultan suficientes para desvirtuar la materialidad omisiva de la infracción, toda vez que las simples manifestaciones en torno a la efectiva registración en el sitio web del organismo no resultaron siquiera mínimamente respaldadas por elemento probatorio alguno (arg. sala V, causa 11154/13, "Ale Huidobro David Alejandro y otro c/ UIF – resol. 18/I/13 (ex 217/13)", sent. del 18/9/14, consid.V.2).

En este sentido, las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (v. doctrina de Fallos: 308:1881; 319:1577, 324:115 , entre otros).

El Tribunal no pierde de vista que, tratándose de materia sancionatoria, aun de naturaleza administrativa, en los procesos por sumarios ante el UIF rige, como regla de raigambre constitucional, el principio de inocencia. Sin embargo, los recursos de las resoluciones que en su caso impongan sanciones suponen la existencia de un acto administrativo dictado por la autoridad que, como principio, goza de presunción de legitimidad (conf. art. 12, ley 19.549), razón por la cual su invalidez, como regla, debe ser alegada y probada por quien la invoca.

En efecto, tiene reiteradamente dicho este tribunal, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 328:53), que en materia de prueba: "-las exigencias derivadas del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial deben ser interpretadas en armonía con la presunción de legitimidad del acto administrativo-, 'a fin de que el Estado no termine obligado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (Fallos: 218:312; 3824 y 372; 294:69)'-" (y esta sala, exte. nº 18.292/2001, "Vaisberg Horacio Adrián y otros c/ BCRA – resol 11/01 (expte. 100535)", sent. del 21/5/13; y sus citas).

6º) Que la registración de la totalidad de los sujetos obligados ante la UIF (www.uif.gov.ar) tiene por finalidad la identificación de aquéllos y facilitar el contacto permanente y fluido. Asimismo, constituye un paso previo para la remisión de los reportes de operaciones sospechosas a través de internet

(considerandos de la resolución 50/11). Sobre dicha base, no resulta admisible el cuestionamiento de la sanción con fundamento en la falta de entidad de la infracción, máxime cuando el organismo aplicó el mínimo de la pena prevista (art. 24 de la ley 25.246).

7º) Que, por otra parte, las constancias del sumario dan cuenta del efectivo ejercicio del derecho de defensa (fs. 42 de las actuaciones administrativas), razón por la que resultan inoponibles los motivos personales invocados para justificar un supuesto déficit defensivo (vgr. acta de incomparecencia del sumariado a la audiencia fijada a fs. 45 de las actuaciones administrativas) y no resultan suficientes para desvirtuar el debido proceso cumplido en esa sede.

8º) Que lo expuesto exige concluir que el razonamiento efectuado por la UIF con apoyo en los elementos objetivos que menciona y que se compadecen con las constancias de autos, constituye una interpretación razonada de los hechos a la luz de las normas vigentes al momento que ellos ocurrieron y, por ende, la reiteración por parte del actor de los argumentos ya expuestos en sede administrativa no es idónea para demostrar la arbitrariedad de la sanción impuesta.

En este sentido, la UIF expuso los argumentos para fundar la imputación de la omisión del escribano Claria a la luz del reglamento precedentemente referido y en oportunidad en que este último se encontraba ejerciendo su profesión, sin que se advierta irrazonabilidad en el despliegue de tal poder sancionatorio. Tampoco surge con evidencia ni se ha acreditado irregularidad alguna en el uso de la referida potestad disciplinaria, teniendo en cuenta la presunción de validez de que gozan los actos administrativos (art. 12, ley 19.549) y la posición de aquéllos en el proceso (arg. art.377 del CPCC).

Por lo demás, el recurrente no insistió en esta sede respecto a su condición de jubilado y la legalidad del eventual mantenimiento de la sanción frente a tal circunstancia; ni en la existencia de la medida judicial instada por el Colegio de Escribanos que -según alegó en su descargo- habría suspendido la resolución UIF 50/11. Tampoco planteó la eventual inconstitucionalidad de este último reglamento, en razón de importar un enorme trasvasamiento del Poder de Policía que, por definición, corresponde al Estado, hacia el desenvolvimiento de una profesión de neto corte privado.

Por ello, corresponde desestimar el recurso deducido por Horacio Enrique Claria, con costas al impugnante vencido por aplicación del principio general de la derrota (art. 68 primer párrafo del CPCCN).

9) Que, teniendo en cuenta el monto de la sanción, la complejidad del asunto, el resultado obtenido y la calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos

(arts. 6º, 7º, 9º, 14 y 37 de la Ley N° 21.839), corresponde regular los honorarios en favor de las letradas de la UIF, Dras. Mariana Noemí

Quevedo y María José Fernandez en su carácter de patrocinantes, en conjunto, la suma de \$700 (pesos setecientos) y a la Dra. María Celina Schiaffino, en su carácter de apoderada, la suma de \$300 (pesos trescientos).

Se deja constancia de que dichos importes no incluyen el impuesto al valor agregado, el cual deberá adicionarse en caso de que las profesionales acrediten su condición de responsables inscriptos.

Por ello, el Tribunal RESUELVE: 1) corresponde desestimar el recurso deducido por Horacio Enrique Claria y confirmar la resolución UIF 338/14, con costas; 2) regular los honorarios de las profesionales de la demandada con arreglo a lo indicado en el considerando 9. Regístrese y notifíquese. Fdo: JORGE EDUARDO MORÁN, MARCELO DANIEL DUFFY, ROGELIO W. VINCENTI

SANCION. MULTA. DAÑO PUNITIVO. DAÑO EMERGENTE. LUCRO CESANTE.

Descripción del Caso:

Resarcimiento de los perjuicios ocasionados a un establecimiento industrial gastronómico por la interrupción del servicio público de energía eléctrica, que le ocasionó pérdida de mercadería que distribuía a diferentes restaurantes.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia y condenar a la empresa de suministro de energía eléctrica a resarcir el daño emergente y el lucro cesante producidos a la dueña de un establecimiento industrial gastronómico desde el cual se elabora y distribuyen los insumos que se utilizan en diversos restaurantes, producto del corte de energía eléctrica por varias horas, lo cual le ocasionó la pérdida de alimentos, toda vez que resulta excesivo exigir la demostración del estado de la mercadería y su posterior desecho, cuando se logró probar la efectiva existencia del corte de luz, la adquisición de 450 kilogramos de carne, las altas temperaturas imperantes en dicho período estacional, y la relación contractual entre la empresa gastronómica y la distribuidora de energía eléctrica.

2.-Si el daño producido a la mercadería es el resultado de la interrupción del servicio eléctrico, sea cual fuere su extensión, existe un deber de reparar a cargo de la empresa distribuidora.

3.- En primer término, corresponde recordar que los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes en sus agravios, sino sólo aquellas que son conducentes para la solución del caso (Corte Suprema, Fallos: 262: 222; 278: 271; 291: 390; 308: 584, entre otros; esta Sala, causa 638 del 26/12/89 y sus citas, entre muchas otras).

4.-El nexo causal entre la interrupción de la energía y el daño puede ser presumido, pues el corte en la cadena de frío por un período mínimo de seis horas hace suponer que la materia prima ya no era apta para su fin, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un producto destinado a ser consumido en el ámbito público, con estándares de calidad y controles mayores que los del consumo hogareño.

5.-Si bien podría inferirse que frente al informe del ente regulador del servicio sobre la duración del corte, la testimonial rendida en autos goza de menor valor probatorio, no sucede lo mismo en el caso del decomiso, sobre todo cuando no ha habido prueba en contrario y fue reconocido por todos los testigos.

6.-Probada la adquisición de mercadería para su reventa y frustrada ésta por el incumplimiento contractual de la demandada, naturalmente se produce la pérdida de la ganancia esperada, porque de encontrarse en el curso habitual y ordinario de las cosas, la finalidad propia del comerciante es el lucro y sus actos siempre se presumen onerosos.

7.-No se advierte la procedencia de la aplicación de la multa pretendida, al no verificarse en el actuar de la empresa prestataria de servicio de energía eléctrica un motivo con entidad suficiente para justificarla, toda vez que la conducta antijurídica no resulta suficiente de por sí para hacer pesar sobre el incumplidor una pena que, al margen de encontrarse regulada expresamente en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240, no deja de revestir un carácter de excepción dentro del ámbito del derecho de daños.

**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal,
Sala/Juzgado: I, Food & Services Consulting S.A. c/ EDESUR S.A. s/
sumarísimo S.A.**

Buenos Aires, 22 de diciembre de 2015.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por Food & Services Consulting S.A. (en adelante "FSC S.A.") a fs. 218, fundado a fs. 227/231, cuyo traslado no fue contestado por Edesur S.A., contra la sentencia de fs. 210/213; y

CONSIDERANDO:

1.- La actora, quien -según se expresa en el escrito de inicio- explota un establecimiento industrial gastronómico desde el cual elabora y distribuye los insumos que se utilizan en diversos restaurantes, promovió la presente demanda contra Edesur S.A., con el objeto de obtener la indemnización

integral de los daños y perjuicios que le habría producido la interrupción del suministro eléctrico, supuestamente acaecido entre las 17.00 hs. del día 16 de febrero de 2012 y las 19.00 hs. del día siguiente, estimando el daño emergente en la suma de \$18.385, 87; el lucro cesante en \$10.000; la pérdida de chance en \$ 10.000 y el desmedro del desprestigio comercial padecido en \$30.000.

También solicitó la aplicación de una ejemplar sanción en concepto de daño punitivo, dejando librada a la consideración y criterio jurídico del magistrado la determinación del monto correspondiente a dicho concepto (cfr. fs. 11/20).

El señor Juez de primera instancia desestimó el reclamo, con costas, porque consideró que no se había logrado demostrar que el detrimento en la mercadería alegado por la parte actora, fuera resultado de la carencia del fluido eléctrico. En otras palabras, sostuvo que faltaba la prueba de que los alimentos se hubieran efectivamente echado a perder y hubieran sido botados a raíz de la interrupción de la energía (cfr. fs. 210/213).

Contra dicho pronunciamiento se alza la recurrente, quien manifiesta que el juez reconoció en la resolución que la mera interrupción del servicio, imputable a la distribuidora y sin justificación, determina su responsabilidad. Se agravia, asimismo, por la excesiva relevancia dada a los informes del ENRE, no sólo porque la información emitida por éste se basa en la suministrada por la demandada, sino también porque entiende que la existencia o inexistencia de denuncias por parte de otros usuarios de la zona, no es demostrativa de la interrupción y duración del corte. Señala que hay una contradicción entre lo informado por Edesur y lo que se hizo saber al magistrado por intermedio del ente regulador, pues aquél consideró que el corte tuvo una duración menor a la acreditada por los testigos. Sobre este medio de prueba destaca, además, que a pesar de no haber sido impugnado por su contraria, el a quo le restó valor probatorio. Ello, en contra de lo decidido en otras causas, citadas en el punto II.B.2. Y en especial, afirma que logró acreditar, a través de la prueba rendida en autos, los daños y perjuicios ocasionados por la interrupción en el suministro de energía eléctrica, debiendo condenarse a Edesur por su responsabilidad en aquélla.

Por último, se queja de la imposición de costas y apela los honorarios por considerarlos altos.

2.- En primer término, corresponde recordar que los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes en sus agravios, sino sólo aquellas que son conducentes para la solución del caso (Corte Suprema, Fallos: 262: 222; 278: 271; 291: 390;

308: 584, entre otros; esta Sala, causa 638 del 26/12/89 y sus citas, entre muchas otras).

Ello sentado, de las constancias de la causa ha quedado acreditado que: a) la parte actora es cliente de Edesur (cfr. factura del servicio a fs. 6); b) hubo un corte de energía eléctrica, aun cuando su fecha exacta de comienzo y duración se encuentran discutidas- (cfr. informe del ENRE a fs. 134 y testimonios de fs. 86/88 y 97); c) FSC S.A.había adquirido alrededor de 450 kilogramos de carne de su proveedor Conallison SA, el día 15/2/2012, por un monto total de \$ 18.385,87 (cfr. factura 00012005 a fs. 7, 65/67, reconocida a fs. 96, y pericia contable de fs. 109); y d) Las temperaturas los días 16 y 17 de febrero, oscilaban entre 21.7 grados de mínima y 31 de máxima (cfr. informe del servicio meteorológico a fs. 159/161).

3.- De lo expuesto, se advierte que la cuestión bajo examen se circunscribe a dilucidar si el punto sobre la cual las partes disienten -la duración del corte, que la demandada afirma que fue de 6 horas y la actora, conforme a los testigos, de 26 horas- amerita la indemnización perseguida en autos y si es necesaria la prueba del detrimento de la mercadería a fin de proceder a la reparación, tal como lo entendió el juez a fs. 210/213.

Por consiguiente, cabe preguntarse si ante la hipótesis de mínima (interrupción por 6 horas), Edesur debería hacerse cargo de los daños y perjuicios ocasionados.

La respuesta a tal interrogante, siguiendo con esta línea de razonamiento, es que si el daño producido a la mercadería es el resultado de la interrupción del servicio eléctrico, sea cual fuere su extensión, existe un deber de reparar a cargo de la empresa distribuidora.

Por consiguiente, acierta el a-quo cuando reconoce que el mero incumplimiento de Edesur S.A. a su obligación de proporcionar el fluido eléctrico es determinante de su responsabilidad, a menos que ella pruebe que el hecho responde a un caso fortuito o fuerza mayor (cfr.esta Sala, causas 10.447/94 del 9/12/97; 2055/2008 del 23.06.11).

En el caso de autos, el nexo causal entre la interrupción de la energía y el daño puede ser presumido, pues el corte en la cadena de frío por ese período -mínimo de seis horas- hace suponer que la materia prima ya no era apta para su fin, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un producto destinado a ser consumido en el ámbito público, con estándares de calidad y controles mayores que los del consumo hogareño.

Desde esta perspectiva, impresiona como excesivo exigir la demostración del estado de la mercadería y su posterior desecho, cuando se logró probar la

efectiva existencia del corte de luz -aun con una duración de 6 horas-, la adquisición de 450 kilogramos de carne por parte de la demandante, las altas temperaturas imperantes en dicho período estacional, y la relación contractual entre la empresa gastronómica y Edesur.

Además, el decomiso fue reconocido por todos los testigos (cfr. fs. 86/88 y 97). Por tanto, si bien podría inferirse -como lo hace el magistrado de la inferior instancia- que frente al informe del ENRE sobre la duración del corte, la testimonial rendida en autos goza de menor valor probatorio, no sucede lo mismo en el caso del decomiso, sobre todo cuando no ha habido prueba en contrario.

Por las razones expuestas, corresponde reconocer el daño emergente por la suma de \$18.385, 87.

4.- En cuanto al reclamo en concepto de lucro cesante, cabe recordar que dicho rubro consiste en la frustración de ganancias que el acreedor podía razonablemente esperar según las circunstancias -generales o especiales- del caso, si la acción antijurídica -incumplimiento contractual o acto ilícito- del deudor no hubiese sucedido. Se trata de las ganancias que verosímilmente se habrían logrado suponiendo que se hubieran mantenido las demás circunstancias necesarias (conf. Orgaz, "El daño resarcible", Buenos Aires 1980, nº 6; Llambías, "Tratado de derecho civil, Parte general", Bs. As. 1984, t. II, nº 1428). Ello porque, para que resulte indemnizable, el daño ha de ser cierto y no eventual, hipotético o conjetural pues, si se indemnizara y luego no se produjese, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable. En otras palabras, debe haber certidumbre en cuanto a la existencia -presente o futura- del daño, aunque no fuera determinable todavía su monto, toda vez que daño cierto es el que se presenta como indudable o con un alto margen de probabilidad (conf. Llambías, ob. cit., "Obligaciones", 3ª ed., t. I, nº 241; Orgaz, ob. cit., nº 28; Bustamante Alsina, "Tratado general de la responsabilidad civil", 5ª ed., nº 324/326; Alterini - Ameal - López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Bs. As. 1995, nº 486; Cazeaux - Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", La Plata 1969, t. I, p. 219/224; etc.).

Respecto del lucro cesante, el daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse con suficiente probabilidad, ya que no se trata de la simple posibilidad de esas ganancias (tampoco, desde luego, de la seguridad de que ellas se habrían obtenido), sino de su probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y el curso normal de las cosas (conf. Orgaz, ob. cit., nº 28, ap. c); Busso, "Código Civil Anotado", ed. 1949, t. III, p. 427, nº 184; Belluscio - Zannoni, "Código Civil,

Comentado, Anotado y Concordado”, Bs.As. 1979, t. 2, p. 720 y ss.; Sala 2, causa 42.845/95 del 10.8.05).

Este rubro no debe presumirse, sino que debe ser acreditado por quien pretende su compensación (conf. Sala 3, causa 4507/2001 del 1.9.05 y sus citas).

En síntesis, probada la adquisición de mercadería para su reventa y frustrada ésta por el incumplimiento contractual de la demandada -como acontece en el sub examine-, naturalmente se produce la pérdida de la ganancia esperada (conf.Sala 3, causa nº 4252/99 del 9.12.04; Sala 2, causa 3967/96 del 29.6.00 entre otras), porque de encontrarse en el curso habitual y ordinario de las cosas, la finalidad propia del comerciante es el lucro y sus actos siempre se presumen onerosos (conf. Sala 2, causa 3967/96 del 29.6.00; Sala 3, causas 392/01 del 23.6.05 y sus citas, 3496/04 del 1.10.09).

Ello sentado, y en cuanto a la determinación del quantum indemnizatorio por este rubro, cabe señalar que el peritaje contable determinó el porcentaje de ganancia bruta sobre ventas en un 59, 68%, y en la suma de \$ 2.10, 58 el monto de ventas por hora.

Por lo tanto, y aplicando tales pautas sobre la base del corte reconocido por la demandada (6 horas), se obtiene la cantidad de \$ 8.631,80, la que corresponde reconocer por este rubro, habida cuenta de que la demandada sólo cuestionó que no hayan acompañado las copias de la documentación obtenida de la actora (cuya respuesta no fue motivo de una nueva impugnación), y por cuanto no existe unanimidad entre las constancias incorporadas a la causa en lo que respecta a la real duración del periodo de interrupción del servicio eléctrico. En este sentido, cabe recordar -además- que el Tribunal ha desestimado la eficacia de la prueba testimonial a los fines de tener por acreditado el lucro cesante (conf. esta Sala, causa 7142/92 del 10.4.95).

5.- En cuanto a los reclamos referidos a los rubros de pérdida de chance y desprestigio comercial, cabe recordar que el artículo 379 del Código Procesal – texto según ley 26.939, Digesto Jurídico Argentino (DJA)-, pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada uno se coloque en el proceso. Así pues, la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, en el sentido de que se deja a la iniciativa de cada una de hacer valer los hechos que se quiere que sean considerados por el juez y que tenga interés en que sean tenidos como verdaderos.

La consecuencia de esta regla es que quien no ajusta su conducta a esos postulados rituales, debe necesariamente soportar las conclusiones que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos opuestos como base de sus respectivos planteos (conf. C. N. Com., Sala "A", in re "Tovaco S.A. c/ BBVA Banco Francés S.A.", del 26.5.09, publicado en La Ley, ejemplar del 13 de agosto del 2009, pág. 6; esta Sala, causas 11.551/09 del 24.9.15, 3929/03 del 29.9.15; Sala II, causa 707/98 del 13.3.2009 y sus citas).

Desde esa óptica, el Tribunal entiende que no se ha logrado justificar sus procedencias, circunstancia que conduce al rechazo de tales rubros.

6.- Respecto de la pretensión de la actora referida a su derecho a percibir un resarcimiento/sanción en concepto de daño punitivo, en los términos de la reforma a la ley 24.240, artículo 52 bis, es adecuado señalar que la admisión de una pena privada está estrechamente vinculada con la idea de prevención de ciertos daños mediante una sanción ejemplar y al desmantelamiento de los efectos de los actos ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz Rubén S. y Pizarro Ramón, Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley 2009-B-p. 949).

Sentados así los lineamientos generales, no se advierte en este caso la procedencia de la aplicación de la multa pretendida, al no verificarse en el actuar de Edesur un motivo con entidad suficiente para justificarla. En tal sentido, la conducta antijurídica no resulta suficiente de por sí para hacer pesar sobre el incumplidor una pena que, al margen de encontrarse regulada expresamente en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240, no deja de revestir un carácter de excepción dentro del ámbito del derecho de daños, cuya principal función es atender a la posición de la víctima (conf. esta Sala, causas 3695/11 del 12/11/13, y 4012/13 del 10.12.15).

7. En función de lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda interpuesta, haciendo lugar parcialmente a la acción promovida en lo que respecta a la indemnización de los rubros de daño emergente y lucro cesante (esto es, un total de \$ 27.017,67), con más intereses a la tasa que percibe el Banco Nación en sus operaciones de descuento a treinta días, desde la fecha consignada en el informe obrante a fs. 134 (17.2.12). Teniendo en cuenta el alcance del progreso de la demanda, como así también que la accionada cuestionó su responsabilidad, las costas se deben distribuir -en ambas instancias- en un 80% a la demandada y en el 20% restante a la actora.

ASÍ SE DECIDE.

En atención al mérito, a la extensión y a la eficacia de la labor de labor profesional desarrollada, al monto de la condena y a lo dispuesto por el art. 280 del Código Procesal (DJA), se fijan los honorarios de la dirección letrada y representación de la actora -en conjunto- en la suma de (\$) y los de la dirección letrada y representación de la demandada -también en conjunto- en la suma de (.); arts. 6, 7, 9 y 37 de la ley 21.839.

Atendiendo a análogas razones, en lo pertinente, y a la adecuada proporción que los honorarios de los peritos debe guardar con los de los profesionales de las partes (Corte Suprema, Fallos 300:70, 303:1569), se fijan los de la contadora Laura I. Vázquez en la suma de (.).

Por los trabajos de Alzada, y atento al resultado del recurso, se regulan los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. Ricardo C. Beati, en la suma de (.); art. 14 y cit. del arancel.

Se deja constancia de que los honorarios precedentes han sido determinados sobre la base del capital de la condena, debiendo ser incrementados en la misma medida en que éste se acreciente en función de los intereses establecidos.

En atención a lo establecido en el art. 1, inc. h, del Anexo III del decreto 1467/2011, se confirman los honorarios regulados en favor de la mediadora Claudia Akman, sólo apelados por altos.

El doctor Francisco de las Carreras no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 de R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo: María S. Najurieta Ricardo V. Guarinoni