

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 13 de febrero de 2015.

No. 126

VISTOS:

Para sentencia definitiva, en autos caratulados: “BELTRÁN, FLAVIO con JUNTA DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO. Contienda de competencia” (Ficha No. 276/2013).

RESULTANDO:

I) La presente contienda intraorgánica se produce en ocasión de tramitarse la anuencia por parte de la Junta Departamental de Montevideo, requerida por la Intendencia Municipal de Montevideo, a efectos de la suscripción del convenio para la Construcción y Explotación del Complejo Multifuncional ANTEL-ARENA.

En su escrito inicial el Sr. Edil BELTRÁN, comenzó reseñando una serie de hechos vinculados al trámite seguido para la aprobación de dicho convenio.

Expresó que en sesión ordinaria de fecha 18.4.2013, se trató nuevamente la relación jurídica trabada entre la Intendencia y ANTEL, donde se debatieron diferentes argumentos jurídicos.

Dijo que la discusión central se basó en la competencia del Servicio Descentralizado ANTEL para celebrar un negocio de tales características, y, en la naturaleza jurídica de dicho convenio, a partir del cual surgió la presente contienda de competencia.

Citó declaraciones del Sr. Edil en dicha oportunidad, vinculadas a las mayorías necesarias para que el deliberativo prestase su conformidad, y

manifestando que “amparado en el artículo 313 de la Constitución y el procedimiento que marcan los artículos 101 y 103 de la Ley N° 15.524, para que se dilucide esta contienda suscitada quiero pedirle a la señora presidente que se siga ese procedimiento y el órgano se someta a la resolución del órgano jurisdiccional competente”.

Asimismo aclaró que “este es un acto debido del Cuerpo, y que si no se hace -o sea, si la Junta no cumpliera- en mi calidad de miembro titular de la misma así lo haré”.

En virtud de que a la fecha la Junta Departamental de Montevideo no presentó dicha contienda o diferencia ante el Tribunal, y “han pasado más de 20 días de solicitada, por lo cual se ha configurado una “negatoria ficta” de la misma”, dijo que comparece a efectos de solicitar su dilucidación.

Adujo que el sometimiento de la contienda a resolución del TCA, es un acto debido para el órgano de que se trate, en cuanto exista un pedido en ese sentido de cualquiera de sus miembros, sin posibilidad de que dicho órgano valore a ningún efecto la procedencia del planteamiento, lo que sólo puede ser apreciado por este Colegiado.

Por ello, reiteró que quedó habilitado para promover la presente acción.

En cuanto a lo sustancial, se explayó citando argumentaciones de los Ediles TARTAGLIA y VILLAR, y reseñó el contenido de diversas cláusulas del Convenio para la Construcción y Explotación del Complejo Multifuncional ANTEL ARENA, a celebrarse entre la Intendencia de Montevideo y ANTEL.

Transcribió un dictamen jurídico del Dr. Pablo LEIZA ZUNINO, el cual versa sobre la naturaleza jurídica del citado convenio.

Sostuvo que el negocio jurídico allí previsto, trata de un derecho real menor o disminuido de usufructo, por lo cual para su constitución corresponde la aplicación en cuanto a las mayorías requeridas, del art. 37, numeral 2, y no el numeral 10 del artículo 35 de la Ley Orgánica del Gobierno y Administración de los Departamentos No. 9.515.

Ello porque no estamos frente a un comodato o “préstamo de uso”, en tanto lo que se configura sobre los inmuebles en cuestión, es un derecho real menor de usufructo.

De modo que la ley protege la propiedad de los Gobiernos Departamentales, requiriendo para enajenar o gravar como en el caso, una mayoría especial de 2/3 de votos de la Junta.

Concluyó que en tanto el negocio jurídico plasmado en el citado convenio, refiere a un derecho real menor o limitado previsto en el Código Civil (arts. 472 y 493 y ss.), denominado “usufructo”, para su constitución debería aplicarse el artículo 37, numeral 2, y no el numeral 10 del artículo 35 de la ley 9.515.

Por ello culminó solicitando al Tribunal la resolución de la contienda planteada.

II) Corrido el traslado de rigor a fs. 34 y siguientes, compareció en autos debidamente representada la Junta Departamental de Montevideo (JDM).

Controvirtió lo expresado por el Edil accionante, esgrimiendo argumentos formales y sustanciales en defensa de lo actuado por el órgano.

En cuanto a lo primero, dijo que el deliberativo departamental formó válidamente su voluntad, por lo que la contienda resulta extemporánea al no encartar en lo previsto por el art. 313, numeral 2, de la Constitución de

la República, en tanto fue promovida con posterioridad a la formación normal de la voluntad del órgano.

Expresó que el promotor tuvo conocimiento del proyecto de convenio interino en el proceso regular previo al debate en Sala, y se encontraba presente en la Sesión Ordinaria del 18.4.2013, sin requerir el pronunciamiento previo del TCA.

Transliteró el inciso 2° del art. 313 de la Carta, para plantear que la cuestión consiste en dilucidar si el planteo del Sr. BELTRÁN en el debate del Pleno, tuvo el alcance que ahora ante el Tribunal pretende conferirle, es decir paralizar el proceso, o si en cambio, su intervención trató de una simple manifestación de voluntad personal ajena al Reglamento.

Agregó que el planteo de la contienda, ocurre no solo luego de haberse conformado la voluntad de la JDM, sino que también 20 días después de haber sido promulgado el Decreto por la Sra. Intendenta, mediante la resolución No. 1674/2013, del 23.4.2013.

Ante ello recordó que el procedimiento previsto en el art. 313 de la Constitución tiene el carácter de preventivo, puesto que debe promoverse previamente al pronunciamiento del órgano implicado en el conflicto.

Por otra parte, recordó que existe un procedimiento reglamentario que prevé el funcionamiento de las Sesiones del deliberativo que fue observado en el caso, sin que ningún Edil hubiere requerido la interrupción o el aplazamiento de la decisión, a fin de dirimir el punto objeto de controversia previo a adoptar la resolución.

Dijo que la anuencia fue otorgada, y consta en el Decreto 34.592 del 18.4.2013, el cual es de contenido administrativo, por lo que aún formando

parte de un acto complejo, podía ser objeto de los recursos correspondientes.

Consideró que el procedimiento que debió llevar adelante el Sr. BELTRÁN a fin de dar curso a la contienda intraorgánica, requería de un planteo previo en tal sentido solicitando la interrupción de la Sesión, de acuerdo al reglamento interno (artículos 29, 43 y 45), a partir del que se estaría a lo que resolviera la Junta.

Manifestó que ello no ocurrió, puesto que finalizó su intervención, si bien anunciando -sin fundamentar- que promovería una contienda de competencia, no petitionó que el punto se sometiese a votación.

Por ello, al no cumplir con las instancias reglamentarias con el objetivo de evitar la formación normal de la voluntad del órgano, convalidó la actuación, por lo que estimó, estamos ante una simple manifestación de voluntad sin consecuencias jurídicas.

Citó jurisprudencia del Tribunal y doctrina, a efectos de concluir en cuanto al punto, que la presente contienda de competencia no puede prosperar.

En relación a la naturaleza jurídica del convenio puesto a consideración de la JDM, y el quórum necesario para formar válidamente la voluntad del órgano, basándose en el dictamen jurídico de los profesores Jorge GAMARRA, Raúl GAMARRA y Carlos DE CORES, desestimó la interpretación realizada por el promotor.

Arguyó que el contrato cuya anuencia otorgó la Junta, no refiere al usufructo sino a una concesión comprendida en el art. 35, numeral 10, 20, 36 y 37 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales, o en su caso de una figura atípica, como lo sostienen los catedráticos consultados.

Luego transliteró dicho dictamen, para concluir con los fundamentos allí expuestos que el derecho otorgado por la Intendencia de Montevideo a ANTEL mediante el multicitado convenio es un derecho personal, y no un derecho real de usufructo, como lo pretende el Edil BELTRÁN.

Por lo expuesto culminó solicitando el rechazo de la contienda de competencia promovida, tanto por las razones formales como sustanciales invocadas.

III) Que se abrió el juicio a prueba por 60 días a través del Decreto No. 5326/2013 (fs.52).

En esta instancia, se produjo por la parte demandada, la obrante de fs. 53 a 55, mientras que la actora no aportó prueba alguna, según fue certificado a fs. 56.

IV) Que conferida la vista a la Sra. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo, emitió el Dictamen Nro. 104/2014.

V) Se citó a las partes para sentencia por Decreto No. 1494/2014 de fecha 11.3.2014, la que se acordó en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) En autos se promovió contienda o diferendo intra-orgánico, a efectos de que el Tribunal se expidiera sobre cuál ha de ser la mayoría exigible para conceder la anuencia por parte del legislativo departamental, en relación a la suscripción del convenio entre la Intendencia Departamental de Montevideo y ANTEL.

II) Que, el Tribunal, en concordancia con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, asumirá jurisdicción, desestimaré la demanda y, consecuentemente, declarará que el

acto dictado por la Junta Departamental de Montevideo se verificó mediante el procedimiento normal de conformación de la voluntad orgánica; en los fundamentos que se intentarán explicitar a continuación.

Contienda intra-orgánica: la admisibilidad del planteo.

III) En la emergencia, a juicio de la Sede, debe abonarse propiciar una interpretación estrictamente formal que obture el acceso a la jurisdicción y el análisis de mérito de la contienda instalada.

Particularmente, porque si bien es un acto debido (preceptivo) del órgano administrativo el sometimiento de la contienda de competencia intra-orgánica (ex art. 313 de la Constitución de la República) ante el Tribunal para el contralor jurisdiccional y eliminar la insatisfacción jurídica provocada por el diferendo en examen, no resulta operativamente posible soslayar que el accionante planteó en el seno de la Junta Departamental de Montevideo su discrepancia **dirigiéndose ante la Presidenta del Cuerpo.**

En dicha oportunidad, el legislador departamental como soporte del órgano se explayó sobre el punto, y *se infiere contextualmente de sus proposiciones* la finalidad perseguida por aquél de que la temática abordada y generadora de controversias en el órgano legislativo departamental, fuera puntualmente abordada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Específicamente en su intervención el Edil, Sr. Flavio BELTRÁN señaló que: *“Otro aspecto que veo que no está dilucidado tiene que ver con la cantidad de votos que se necesitarán para aprobar el proyecto. Esto es lo que se entiende como una contienda intraorgánica. Hay un tema de competencias que no está dilucidado. Tenemos que saber si la Junta puede aprobar este proyecto con 16 votos o si necesita 21. Por lo tanto, amparado en el artículo 313 de la Constitución y el procedimiento que*

marcan los artículos 101 y 103 de la Ley N° 15.524, para que se dilucide esta contienda suscitada **quiero pedirle a la señora presidenta que se siga ese procedimiento y el órgano se someta a la resolución del órgano jurisdiccional competente** -en este caso será el Tribunal de lo Contencioso-, sin perjuicio de los fundamentos que oportunamente aportaremos al Tribunal en las instancias correspondientes. **Quiero aclarar que este es un acto debido de Cuerpo, y que si no se hace -o sea, si la Junta no cumpliera-, en mi calidad de miembro titular de la misma así lo haré.**” (fs. 153 A.A., destacado y subrayado no están en el original).

En función de ello, en criterio de la Sede, debe optarse por aquellos resultados interpretativos que más se acompasen al ejercicio del derecho de acción, máxime, porque con ello pretende significarse la existencia de una posibilidad cierta, real, tangible de acceso a la jurisdicción como ámbito connatural de debate entre pretensiones contrapuestas (Cfe. Sentencia No. 651/2011).

Razón por la cual, no puede puntualmente compartirse el posicionamiento de la accionada fundado en la **reglamentación interna del órgano respectivo**, porque no debe perderse de vista que en un órgano colegial y deliberativo (esencialmente político) no resulta razonable exigir términos sacramentales, solemnidades o vías rituales para el planteamiento de que un diferendo intra-orgánico sea voluntariamente sometido por el órgano administrativo a efectos de obtener un pronunciamiento del Tribunal.

La disposición de la Constitución de la República, así como el de la disposición legal que la “reglamenta”, resultan amplios y flexibles en cuanto a la modalidad de proposición de la contienda, siendo que ni siquiera distinguen en relación a quién y de qué modo debe plantearse la

diferencia. No parece ciertamente posible, al tenor de las exigencias normativas precitadas, negar legitimación a uno de los soportes del órgano en función de reglamentación interna del propio órgano (infravalente por cierto) y, con ello, vedar el juzgamiento de parte del Tribunal.

Por tal motivo, para el caso de que la Administración incumpla con el sometimiento del diferendo ante el órgano jurisdiccional, tal omisión puede eventualmente superarse a través de la actividad particular desplegada por uno de los tantos soportes del órgano.

Es más, como postula CAJARVILLE PELUFFO la decisión sobre la procedencia o improcedencia del sometimiento al Tribunal, o a la Corte en su caso, de una “contienda o diferencia” entre miembros de alguno de los órganos en cuestión, nunca compete al propio órgano en que ocurre la discordia, porque únicamente el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo o la Suprema Corte en su caso pueden ser “jueces de su propia competencia”.

Esa es la solución recogida con todo acierto en el art. 102 del Decreto-ley N° 15.524 de 9.1.1984, Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que debe considerarse hoy reglamentario del art. 313 de la Constitución. Esa disposición legal establece que “planteada una contienda o diferencia” entre los miembros de los órganos comprendidos, “el órgano respectivo, a pedido de cualquiera de sus miembros, someterá el asunto a resolución del Tribunal, expresando las razones que se hayan expuesto durante la deliberación, con los antecedentes del caso o copia autenticada del mismo”.

El sometimiento de la “contienda o diferencia” a resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es entonces un acto debido para el órgano de que se trate en cuanto exista un pedido en ese sentido de

cualquiera de sus miembros, sin que quepa ninguna posibilidad de que ese órgano valore a ningún efecto la procedencia del planteamiento, que sólo puede ser apreciada por el propio Tribunal.

Si con violación de las normas constitucional y legal referidas, el órgano en que se planteó la discordia negara el sometimiento de la “contienda o diferencia” a resolución del Tribunal, el o los miembros que formularon el planteamiento quedarán habilitados a presentarlo directamente ante el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo, legitimados a tal efecto por sus condiciones de titulares de aquel órgano. (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Contienda “intraorgánica” Artículo 313 inc. 2º de la Constitución*” en “Sobre Derecho Administrativo”, FCU, 3ª Edición, Montevideo, 2012, págs. 841 a 842; Cfe. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Contencioso Administrativo”, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2007, págs. 474 a 475).

Otro punto, si se quiere, no menor, radica en que la demandada enfatiza en que el procedimiento que debió seguir el Edil a los efectos de efectuar un planteo tal que lo habilite a impedir que se forme la normal voluntad del órgano debió ser impedir desde el inicio del estudio que se formara la voluntad del órgano en forma regular como aconteció (SIC, fs. 36 vta. del ppal.).

A juicio del Cuerpo, no le asiste razón en este punto a la Administración. En efecto, como enseña CAJARVILLE PELUFFO cuando el objeto de la disidencia radica precisamente en el procedimiento debido para la formación de la voluntad del órgano [**en nuestro caso las mayorías necesarias para autorizar la suscripción del convenio entre la Intendencia Departamental de Montevideo y ANTEL**], existe una imposibilidad lógica y, por ende, jurídica de resolverla mediante un

pronunciamiento de la voluntad del órgano. Cualquier pretensión de resolver cómo se debe formar la voluntad del órgano mediante un pronunciamiento del propio órgano incurre inevitablemente en un círculo vicioso, que deja necesariamente subsistente la “contienda o diferencia” planteada. (CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “*Contienda...*” cit., pág. 840).

No era, por tanto, exigible al legislador departamental la búsqueda de mecanismos o procedimientos que pretendieran obstaculizar o entorpecer el procedimiento normal de decisión del colegiado, justamente, porque en esencia el diferendo estriba en el procedimiento que ha de necesariamente seguirse para conformar útilmente la voluntad orgánica.

Como señalara el Tribunal en la Sentencia No. 144/1998: “*Exigir que no exista ningún pronunciamiento, como en el caso, implicaría imponer a los miembros de la minoría del órgano la carga de evitar toda volición del órgano, a cuyos efectos deberían procurar por cualquier medio legítimo, de no existir voluntad total interna en someter la diferencia a este Tribunal, que no existiera decisión de especie alguna, sea no asistiendo al Directorio o retirándose de su seno para evitar la consolidación del quórum para sesionar o dejando constancia en acta de su negativa a participar en una votación destinada a la designación de personas a título de “encomendación de funciones” como en el subjuice. Y ello, porque según la tesis que se objeta, de participar en la votación del órgano se concreta una volición o pronunciamiento del mismo que, “per se”, bloquea el ulterior acudimiento a la vía del art. 313, inc. 2º, de la Carta.*”

Parece claro que resulta de rechazo un criterio asaz restrictivo que impulsaría comportamientos individuales que, al tiempo que

incrementarían las diferencias intraorgánicas, conspirarían contra la imagen de los soportes del órgano y contra el prestigio de las personas públicas estatales.

No se trata, entonces, de sufragar por una posición amplificadora del supuesto constitucional, sino que rechazar un criterio de exagerado recato técnico/institucional que, en casos como el ocurrente, podría ser considerado como “salida” sutil del problema por parte del Tribunal, renegando de su función de órgano de “contralor”, más administrativo que jurisdiccional en estas situaciones, como puntualiza SAYAGUÉS LASO, y replegando el desarrollo de su jurisdicción en condiciones que podrían considerarse inspiradas por mero hedonismo.”

Con lo cual, no resulta puntualmente de recibo la argumentación jurídica brindada por la Junta Departamental de Montevideo, por la que se pretende revalidar el incumplimiento de los arts. 29, 43 y 45, porque **no se trata de impedir la conformación normal, ajustada y correcta de la formación de la voluntad orgánica. Por el contrario, el diferendo estriba en cómo se arriba a ese procedimiento normal de exteriorización de la voluntad administrativa.**

En definitiva, son dos aspectos conceptualmente diferenciables.

El problema de las mayorías y la categorización jurídica de la convención

IV.I) Despejado el aspecto de orden adjetivo atinente a la admisibilidad del planteo formulado por uno de los soportes del órgano respectivo, corresponde adentrarse en el problema relacionado con las mayorías exigibles para remover el obstáculo jurídico en cuanto a la convención proyectada.

Para determinar con grado de certeza cuál ha de ser la mayoría legalmente necesaria para brindar la anuencia del legislativo departamental para la suscripción de determinados negocios jurídicos, resulta imprescindible la categorización jurídica del acuerdo respectivo y, con ello, la dimensión real de las prestaciones que acceden y nacen como consecuencia de la convención.

IV.II) En puridad, solamente la recta calificación de los hechos, determinará el régimen jurídico aplicable y, consecuentemente, los requisitos legales vigentes para la operación económica perseguida a través del esquema contractual trazado. Y ello, habida cuenta que en el caso de la Intendencia Departamental de Montevideo, las disposiciones legales, por un lado atribuyen poderes jurídicos al Intendente para celebrar **contratos sobre la administración de las propiedades inmuebles, arrendamientos y utilización de bienes departamentales o confiados a los Municipios**, requiriéndose la aprobación de la Junta Departamental por la mayoría absoluta de sus miembros si el contrato tuviere una duración mayor que su mandato, o cuando el monto del contrato exceda de dos mil pesos (ex art. 35, num. 10, de la Ley 9.515); y por otro lado, el art. 37, num. 2 eiusdem, prohíbe al Intendente enajenar e hipotecar bienes raíces salvo lo que dispongan las leyes especiales. Sin embargo, podrán **enajenar o gravar cualquier bien departamental**, previa autorización de los dos tercios de votos de los miembros de la Junta Departamental.

En ambas situaciones (independientemente de cuál de tales disposiciones tiene vocación aplicativa), la referencia legislativa a actos de aprobación o de autorización, carece de solidez en el plano técnico-jurídico. Particularmente, porque la normación de un requisito como la

aprobación, no supone, en la especie, dotar de eficacia a un negocio jurídico previamente perfeccionado.

Por el contrario, como señalan CAFARO y CARNELLI, la autorización supone la conformidad de alguien ajeno al negocio; ejemplo de ello lo constituye la autorización judicial exigida para la conclusión de ciertos negocios o contratos, o bien, la autorización administrativa para contratar.

Si falta la autorización o se omite la autorización, la consecuencia será la que prevé la ley que la estableció.

(...)

En cuanto a la autorización administrativa, igualmente se reitera la necesidad de observar el régimen particular asignado por el legislador y en él el tipo de negatividad para el caso de que las partes omitieran la misma. (CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago: “Eficacia contractual”, FCU, 3ª Edición, Montevideo, 2007, págs. 122 y 123).

De ahí que, en la emergencia, el orden jurídico requiere la conformidad de un órgano extraño (Junta Departamental) a aquél a quien se atribuye el poder normativo negocial (Intendencia, ex art. 276 de la Constitución de la República), pero integrante del Sistema Orgánico Gobierno Departamental. Por ello, el órgano ejecutivo comunal, resolvió remitir a la Junta Departamental de Montevideo, un proyecto de Decreto por el que se le facultaba a la Intendencia a SUSCRIBIR el convenio para la construcción y explotación del complejo multifuncional “ANTEL ARENA” INTENDENCIA DE MONTEVIDEO-ANTEL, incorporando íntegramente el texto proyectado de la convención y sus anexos (vide: resolución No. 1344/13 glosada a fs. 197/212 A.A.).

IV.III) Con tales entendimientos, procede necesariamente convenir que la calificación del contrato (primero a suscribir previa obtención de la conformidad de la Junta Departamental) determina el régimen jurídico vigente o vía de procedimiento adecuada.

En tal sentido, enseña MARIÑO LÓPEZ que la aplicación de la ley a una determinada situación de hecho presupone una confrontación de ésta con el supuesto de hecho previsto en la norma. Se trata de verificar si el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume. Esta operación lógica se denomina calificación jurídica (del supuesto de hecho).

Y más adelante añade el autor que, la interpretación establece cuál es el sentido a atribuir al texto contractual y tiene como resultado la determinación de las normas generadas por el mismo. La calificación establece la naturaleza del contrato (categorización) y qué normas jurídicas han de aplicársele. La calificación determina el tipo de contrato de que se trata y de ello se infiere cuáles normas jurídicas generales lo regulan. (MARIÑO LÓPEZ, Andrés: “*La interpretación judicial del contrato en el Derecho Uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil*” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVIII, FCU, Montevideo, 1998, pág. 615).

La actividad intelectual reseñada obviamente no resulta privativa de los contratos civiles, sino también de aquellos **contratos administrativos** en los que los sujetos pactantes (o alguno de ellos) son órganos estatales y su actividad se desarrolla (en todo o en parte) por disposiciones exorbitantes propias del Derecho Público. Pese a ello, la labor interpretativa del órgano jurisdiccional competente es sustancialmente

idéntica y sus consecuencias, como en el caso, pueden derivar en la aplicabilidad de normas de procedimiento o referidas a la forma.

Como señala RODRÍGUEZ RUSSO con apoyo en prestigiosa doctrina, la *calificación* es una operación técnico jurídica de reconducción y adecuación típica del negocio en la tipicidad abstracta diseñada por el legislador en el segundo orden, la que de acuerdo a su resultado podrá ser positiva (tipo contractual típico) o negativa (tipo contractual atípico). Supone un juicio de adecuación del negocio jurídico concreto a las categorías establecidas a priori por las normas; opera mediante la inserción de lo querido por las partes dentro de los tipos negociales predispuestos por el Ordenamiento Jurídico. (RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge: “La interpretación del contrato”, FCU, 1ª Edición, Montevideo, 2006, pág. 67).

Desde la jurisprudencia civil, se ha sostenido que: “... *la interpretación del contrato busca reconstruir la voluntad de los contratantes, determinando el contenido negocial, con la finalidad de que, comprobado lo que quisieron o declararon querer, se precisen los efectos jurídicos del negocio; actividad que no puede ser discrecional sino que está sometida a reglas legales que debe observar el juzgador a partir de elementos textuales o extratextuales (Gamarra, Tratado..., T. XVIII, 1980, p. 105 y ss., 107 y ss., 207 y ss., de la Sede Sents. Nos. 59, 84/00; 6, 194/02; 51, 80, 109/04, etc.)*.” (TAC 4º Sentencia No. 91/2008).

IV.IV) En base a ello, corresponde realizar en el caso concreto una reconstrucción histórica sobre los intereses públicos recíprocamente comprometidos, para dotar una significación acorde con la realidad negocial emergente.

En la especie, el convenio a suscribir y, finalmente, suscripto, se previó en la CLÁUSULA 2º OBJETO 2.1. que la IdeM procura la creación

de un centro de actividades vinculadas al deporte, artes, turismo, la promoción del comercio y la innovación tecnológica, que brinde diferentes opciones de recreación y desarrollo a la población, fortaleciendo la imagen de Montevideo y del Uruguay y la región y el mundo (fs. 198 A.A.).

Por su parte, ANTEL (CLÁUSULA 2° cit., 2.2) aspira a reforzar el liderazgo en servicios que se encuentran de hecho o de derecho en competencia, mediante el beneficio que reportará la asociación de su imagen y marcas a sus principales eventos deportivos, artísticos y culturales que interesan a los uruguayos y la implantación de sistemas de alta tecnología en un escenario multifuncional, comprometida con el desarrollo tecnológico y la prestación de servicios a la sociedad civil, el deporte y las empresas (fs. 198 A.A.).

En tal sentido, debe de verse que mediante el negocio jurídico los sujetos regulan sus propios intereses de forma tal que resulta evidente su carácter instrumental y normativo para autodeterminar mecanismos vinculantes. (...) Considerar el contrato, no en particular sino como institución económica-jurídica, permite afirmar que el mismo subyace en toda la vida económica, ya que ésta se dinamiza a través de él. (CAFARRO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago: “Eficacia contractual”, cit., pág. 12).

En la emergencia, el contrato aparece como vehículo prestacional para “...agregar externalidades positivas urbanísticas y socioculturales al proyecto, en línea con su condición de entidades orientadas al interés público.” (fs. 198 A.A.). Para ello, dentro de los derechos y obligaciones asumidas por los sujetos pactantes, surge que en la CLÁUSULA 3ª: “...la *IdeM* se obliga a **otorgar** a ANTEL, previa anuencia de la Junta Departamental de Montevideo, el uso de los inmuebles..., para la

instalación, funcionamiento y gestión de un Complejo Multifuncional denominado “ANTEL ARENA” que podrá incluir un centro polideportivo, un centro de convenciones, un recinto ferial, y los servicios conexos y complementarios a los mismos” (destacado no está en el original) (fs. 198 vto. cit.).

Los términos lingüísticos y/o textuales utilizados por las partes, tal como se advierte del detenido análisis de los antecedentes incorporados a la causa, fueron objeto de extenso debate político en el seno de la Junta Departamental de Montevideo, y con ello, la discusión sobre si se concedía el uso de los bienes inmuebles departamentales, o bien si, en puridad, la Administración pretendía constituir un usufructo en favor de ANTEL, para lo cual, como se adelantara, la minoría de integrantes del legislativo departamental, consideraba que era necesaria una mayoría especial de dos tercios de votos de los componentes de la Junta Departamental.

En tal sentido, véase que el Edil, Dr. Tulio TARTAGLIA en su exposición en la sesión que dio cima al acto aprobatorio, sostuvo que:

“Esta cláusula es la que nosotros vemos como un error jurídico voluntario, el cual radica en que la Intendencia le otorga el uso de sus predios, escondiéndose sus verdaderos fines, que es violentar la aplicación de los artículos que acá se tienen que votar, por el tema de las mayorías.

Como habíamos dicho, la Intendencia le otorga al Antel el derecho al uso, una vez que lo vote la mayoría de la Junta Departamental.

(...)

En el caso concreto, y por lo que estamos leyendo del convenio, quien va a percibir las ganancias, las rentas de los inmuebles que estamos entregando, es Antel.

(...)

Creemos que es un error considerar que lo que estamos otorgando es el uso. Acá no estamos entregando el derecho a usar simplemente, y que no haya ganancia, o si hay alguna ganancia es marginal. Acá lo que estamos entregando es el usufructo, es decir, que la persona -en este caso, Antel- perciba el cien por ciento de las ganancias, y que marginal o circunstancialmente la Intendencia perciba algo.” (fs. 110 A.A.; en similar orientación conceptual véanse las intervenciones de los Ediles, Sr. Martín BUENO a fs. 112, entre otros).

En óptica diferencial, la Edil, Dra. Rosana PAREDES expresó en su exposición en el debate que: *“En este caso no estamos aprobando ningún convenio, sino otorgando la venia a la Intendenta de Montevideo para que lo suscriba en nombre del Gobierno Departamental.*

Se hizo referencia respecto al derecho que se estaba estableciendo en este convenio. De la lectura que se realizó del Código Civil -que, obviamente, no vamos a reiterar- en cuanto a lo que es un usufructo o lo que es un uso, se desprende que estamos frente a un estricto convenio de uso y explotación de los edificios que sobre él se erijan...

(...)

Acá, el texto del convenio es totalmente claro en cuanto al objeto. No estamos hablando de restituir la cosa que se entrega en las mismas condiciones si el convenio tiene implícito que se realizarán construcciones...

(...)

Acá no hay duda de que estamos frente a un convenio de uso y administración de las construcciones que sobre los inmuebles se erigen, porque las partes lo han convenido expresamente. Como las normas a que hacía referencia el señor edil preopinante no son de orden público, la

convención de las partes es la que prima y la que determina. En este caso se ha hecho en forma expresa.” (fs. 128 A.A.).

IV.V) Ahora bien, con tales antecedentes y del análisis reconstructivo de los elementos textuales y extratextuales, a juicio de la Sede, no le asiste razón al promotor en el entendido de que la convención que se suscribiera en razón de la anuencia otorgada, en puridad, fuera constitutiva de un **USUFRUCTO**.

En tal sentido, el análisis que debe efectuar el intérprete del esquema negocial trazado no puede puntualmente suponer el rígido encasillamiento en la tipología legal (elenco de contratos nominados) a efectos de categorizar el vínculo y, consecuencialmente, la relación obligatoria emergente de aquél.

Razón por la cual, no se trata de observar si la convención en vista encastra en uno u otro supuesto legal. Por el contrario, el calificador del negocio debe [**en base a pautas intelectivas preordenadas por el legislador**] examinar el contenido prestacional y, de ello, extraer cuál ha de ser la voluntad de los sujetos intervinientes.

Esa voluntad, obviamente, en ejercicio pleno de la libertad contractual, no necesariamente debe alinearse con algún tipo legal, pues los intereses (públicos en nuestro caso) protegidos por el Derecho y objeto de realización, pueden no encontrar el instrumento idóneo para tal fin.

Sucede, entonces, que el grado de satisfacción de tales intereses, puede derivar de la conclusión de negocios que no tengan apoyatura legal específica (con una regulación predefinida y especial). Sin embargo, nuestro sistema jurídico protege aquellas convenciones que no cuentan con nominación legal y régimen especial predefinido.

Como señala REZZÓNICO por efecto de la libertad contractual, no se requiere que la convención que celebren las partes pertenezca a alguno de los tipos que se encuentran disciplinados en el Código Civil o en las leyes complementarias. El contrato puede ser completamente nuevo con referencia a las líneas marcadas en la ley; puede incluso ensamblar partes de contratos típicos o de contratos atípicos de manera de llegar a uno mixto.

Y añade que en derecho de los contratos reina la *libertad tipológica*, caracterizada en la doctrina alemana como *Typenfreiheit*, lo que significa que los tipos legislados no agotan la posibilidad de las partes.

En ello se sigue un trayecto que comienza con la *tipicidad social* del contrato. Decíamos en otra oportunidad que cuando un contrato se escurre de las líneas esquemáticas de los tipos legales por no adaptarse a la propuesta legislativa, no deriva en algo indiferente para el derecho, sino que se puede hablar de la construcción de un tipo *praeter legem* o “tipo con tipicidad social”, aunque puede ser también tipicidad científica o jurisprudencial. (REZZÓNICO, Juan Carlos: “Principios fundamentales de los contratos”, ASTREA, Buenos Aires, 1999, págs. 220 a 221).

MESSINEO a propósito de una de las vertientes de significado de la libertad contractual, explicaba que concierne a los contratos *innominados*, en cuanto faculta a las partes a concluir contratos con *finalidades prácticas aun no previstas por la ley*, pero subordinando su reconocimiento a la condición de que el contrato (innominado) se dirija a *realizar intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico*. (MESSINEO, Francesco: “Doctrina General del Contrato”, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 17).

DE CASTRO y BRAVO señala que la vieja distinción romanista entre contratos nominados e innominados va siendo modernamente desplazada por la de negocios típicos y negocios atípicos. Tomada la terminología de los penalistas, se centra con ella la atención en la estructura o presupuesto de hecho (“Tatbestand”) tenido en cuenta por la regulación legal. De modo que se considera como *tipo del negocio* el esquema fijado por las leyes para cada una de las figuras negociales. Los negocios que pueden acomodarse a tales modelos serán llamados *típicos*, mientras que los que no encajen en ninguno de ellos son los *atípicos*. (DE CASTRO Y BRAVO, Federico: “El negocio jurídico”, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, Reimpresión, 1997, pág. 202).

En la posición del reclamante, con asiento en el informe de su asesor y letrado patrocinante, Dr. Pablo LEIZA ZUNINO, no se está frente a derechos personales debido a que el uso que IdeM le otorga a ANTEL de los padrones Nos. 72.476, 409.482 y 409.483 no constituyen un contrato de comodato o préstamo de uso (fs. 20 vta. del ppal.).

La Corporación no comparte tal temperamento. ***La convención en examen puede legítimamente dar inicio a una relación obligacional, en cuyo seno existan derechos personales que, si bien no emergen de un contrato de comodato o préstamo de uso, igualmente puedan adquirir significación jurídica por un esquema contractual atípico.***

De ahí que no pueda acompañarse el enfoque del pretensor cuando indica que: “Entonces, si no se configura ningún derecho personal, se está perfeccionando en el Convenio un derecho real sobre los mencionados inmuebles...” (fs. 20 vta. del ppal.), habida cuenta que el razonamiento técnico-jurídico parte de una premisa implícita inadecuada, esto es, que los

esquemas o categorías contractuales son números cerrados y únicamente previstos por la ley.

El tráfico jurídico, es fiel muestreo de que los sujetos pactantes con la finalidad de autorregular sus intereses, en innumerables ocasiones las figuras contractuales previstas en la ley no brindan la mejor o más “oportuna” respuesta para tutelar las situaciones jurídicas comprometidas. Sin embargo, ello no determina que las únicas vías convencionales para regular intereses sean aquellas que cuentan con régimen jurídico específico (ver art. 1260 del Código Civil).

Como destacan los consultantes intervinientes, Profesores, Dres. Jorge GAMARRA, Raúl GAMARRA y Carlos DE CORES: *“Para determinar la naturaleza jurídica del derecho otorgado por la IM a Antel, el Dr. Leiza propone analizar si del Convenio (contrato) celebrado surge a favor de la segunda un derecho personal o un derecho real. La hipótesis del derecho personal resulta descartada porque no estamos en presencia de un comodato o préstamo de uso (art. 2216 y ss.), por consecuencia -concluye Leiza- se trata de un derecho real menor (de usufructo).*

El planteo no solo encierra una contradicción en sus propios términos, dado que el único efecto que -por sí solo- puede producir el contrato es el de crear derechos personales, sino que además, al limitarse el análisis del comodato, deja de lado –sin razón alguna que lo justifique- la categoría de los llamados contratos innominados o atípicos.

(...)

En principio, se pueden alcanzar, por medio de relaciones obligatorias y tipología de derecho personal, los mismos fines prácticos (uso y disfrute de cosa ajena) y funciones económico-sociales que por

medio de formas y estructuras jurídico-reales.” (fs. 46 del ppal. y fs. 3 y 5 A.A.).

Es así que cobre realce el instituto de la libertad contractual, como válvula de escape o campo fértil para la programación operativa de los intereses actuales de los sujetos pactantes.

Es así que, en los actos jurídicos *atípicos* se refleja en su mayor alcance el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues es en ellos donde los interesados, consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por la ley. (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo: “Teoría general del contrato y del negocio jurídico”, Editorial TEMIS S.A., 5ª Edición actualizada, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1998, pág. 50).

La línea de razonamiento precedente, en los hechos, no cambia por la razón de que en el Derecho Público, los órganos del Estado, como sujetos de Derecho puedan realizar aquellos fines que EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE las normas le habilitan, como corolario de la recta aplicación del principio de especialidad de las personas públicas (ex art. 190 de la Constitución de la República).

En la especialidad del caso, como se visualiza, no existen cursos de acción minuciosamente ordenados por el legislador, en punto a las formas contractuales sobre las que deben recaer las futuras operaciones que pretenda llevar a cabo la Intendencia Departamental con otros órganos públicos o bien con particulares.

Las disposiciones legales, se hallan formuladas con tal amplitud, con lo cual dejan un considerable *margen de apreciación y oportunidad* al

Poder Administrador para determinar (en los casos concretos que se presenten) cuáles formas contractuales son más asequibles al interés público comprometido en el reducto de libertad (CONTROLADA) de contratar, normativamente consagrado.

Si bien, como destaca PÉREZ HUALDE, a diferencia del campo del derecho privado, en los contratos administrativos, como lo ha destacado Bielsa, la regla es la formalidad. La forma viene exigida por los textos normativos y constituye un medio de garantizar el correcto funcionamiento y transparencia de la actividad contractual de la Administración (PÉREZ HUALDE, Alejandro: “*Contratos Administrativos (I)*” en AA.VV.: “Manual de Derecho Administrativo”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996 –Directores: Ismael FARRANDO y Patricia R. MARTÍNEZ, pág. 287). Igualmente, como se adelantara, la disposición legal no prescribe una forma específica, dotando de un ámbito flexible de maniobra al Ejecutivo Departamental en la elección del esquema contractual que con su futuro co-contratante considere que regule apropiadamente sus intereses.

En esta orientación conceptual, como señala DE CORES el contrato con la Administración no es tampoco un contrato innominado, no previsto en el Código Civil; será nominado o innominado según el contenido del contrato y de las obligaciones a las que da origen, y no según quién es el contratante; por tanto, podrá haber contratos nominados con la Administración, y contratos innominados con la Administración, igual que entre los particulares. (DE CORES, Carlos: “*El equilibrio en los contratos con la Administración*” en AA.VV.: Estudios de Derecho Administrativo, No. 8, Director: Augusto DURÁN MARTÍNEZ, LA LEY URUGUAY, 1ª Edición Montevideo, 2013 pág. 674).

Debe de verse que, la libertad contractual en la elección de la forma negocial que más se adapte a las necesidades de los sujetos que pretenden contratar, tiene contornos limitantes, ya que, como señala TRANCHINI, las partes no podrán violentar los principios generales relativos al orden público, la moral, las buenas costumbres, la licitud del objeto y de la causa. Del mismo modo, en la medida de su imperatividad, tampoco podrán ser dejadas a un lado las normas generales sobre hechos y actos jurídicos, contratos y obligaciones, lo que resulta obvio si se piensa que la atipicidad no le quita el carácter de “contrato” a la figura.

Y así le serán aplicables las normas generales referidas a los requisitos esenciales del contrato, esto es, lo relativo al consentimiento, el objeto, la causa, como también las que regulan la capacidad, forma, prueba, etc. (TRANCHINI, Marcela H.: “Contratos típicos y atípicos” en “Contratos. Teoría general”, Tomo I, Director: Rubén S. STIGLITZ, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 152).

La interpretación jurisdiccional del contrato en el caso concreto

V.I) *El convenio de marras no es un contrato de comodato o préstamo de uso*

El convenio proyectado para suscribir (posteriormente suscripto) cuyos términos fueron sometidos a la Junta Departamental de Montevideo, para que otorgara su anuencia, no resulta ubicable en el tipo legal de comodato o préstamo de uso.

Particularmente, porque según prescribe el art. 2216 del Código Civil, por el comodato una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, mueble o raíz, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva en especie.

En tal sentido, el comodatario (en nuestro caso si lo fuera sería ANTEL) adquiere la mera tenencia y el uso pero no los frutos, por lo que si interviene en la operativa algún emolumento pagable por el que recibe la cosa para usar de ella, la convención dejará de ser comodato, en virtud de su desnaturalización (vide: art. 2218 del Código Civil).

Si bien cabe reconocer, como apunta DÁVILA, parte de la doctrina ha sostenido que el modo, gravamen, en el comodato modal constituye una limitación y un retaceo al derecho de usar la cosa objeto del contrato.

Siendo el modo un elemento accidental y no esencial del contrato conduce a que parte de la doctrina sostenga que es inidóneo para alterar su esencia típica y, en consecuencia, el contrato de comodato debe permanecer comodato, sin transformarse en contrato innominado, como si faltare algún elemento esencial.

Existe, sin embargo, una nueva orientación de la doctrina moderna -o postmoderna- que viene sosteniendo que la inserción de la variable modo por el hecho que intervenga “cualquier emolumento pagable” destipificaría el contrato de comodato, pasando a ser otra figura contractual de naturaleza típica. (DÁVILA COLLAZO, Pedro: “*Apreciaciones críticas en torno a la naturaleza jurídica del comodato modal*” en Revista Crítica de Derecho Privado, Número 7, LA LEY, Montevideo, 2010, pág. 298).

En la especie, ANTEL por la CLÁUSULA TERCERA, 3.3., tendrá, por todo el plazo que dure el presente convenio, el derecho al nombre del complejo, a la publicidad de todos sus productos y servicios en el interior y el exterior de sus instalaciones y a la explotación de la totalidad de los servicios de sus instalaciones y a la totalidad de la explotación de los servicios de telecomunicaciones del complejo. (fs. 199 A.A.).

Para ello, ANTEL se obliga a cometer a su exclusivo cargo el proyecto, la construcción y la dotación de infraestructura y equipamiento necesario, así como el posterior mantenimiento del Complejo Multifuncional. Tal obligación dista de configurar una carga o gravamen que no altere la naturaleza del negocio, máxime si no se aprecia por el calificador equivalencia entre las prestaciones.

Por tal motivo, no puede puntualmente entenderse que la entrega de la IdeM de los bienes raíces o inmuebles para el uso de los mismos por parte de ANTEL, sea GRATUITAMENTE cuando la empresa pública asume la obligación de “levantar” un Complejo Multifuncional de impacto urbanístico y socio-cultural. Francamente, no resulta jurídicamente posible categorizar la convención como un préstamo de uso o comodato, cuando sí interviene algún emolumento pagable.

Según se desprende de la CLÁUSULA CUARTA, el convenio proyectado tendrá una duración de 30 años contados a partir del inicio de las actividades en el Complejo Multifuncional. Una vez transcurrido ese plazo o en los casos de rescisión (taxativamente enumerados), la IdeM pasará a ser titular de pleno derecho, sin compensación alguna, de todas las construcciones e instalaciones que se hayan efectuado para la explotación y/o conservación de las obras. (fs. 199 vta./200 A.A.).

Con lo cual, la mera tenencia o el uso del inmueble no puede puntualmente decirse que sea a título gratuito (sin mediar contraprestación alguna). **La utilización o aprovechamiento económico del inmueble se produce en función de las obligaciones asumidas por ANTEL de construcción e instalación del Complejo Multifuncional.**

V.II) El convenio de marras no es un negocio constitutivo de un derecho real de usufructo (ex arts. 493 y 495 del Código Civil) ni de uso (ex arts. 541 y 542 eiusdem)

Tal como se señalara *supra*, la constitución del USUFRUCTO, no opera como categoría residual, frente a la actividad del intérprete cuando pretende calificar la voluntad de los sujetos pactantes.

En función de lo expresado, que no se asista a un supuesto de hecho encartable dentro de la figura contractual del comodato o préstamo de uso, no significa que la convención (acto entre vivos) constituya un derecho real de USUFRUCTO o bien un derecho real de USO.

En la emergencia, no puede entenderse que por la convención de obrados se constituya un derecho real de USUFRUCTO, habida cuenta que no se adquiere derecho en la cosa sino por la subsiguiente tradición (ex art. 496 del Código Civil), para asistir a un derecho real que suponga el desmembramiento del dominio (vide: art. 493 del Código Civil) debe coexistir con el negocio obligacional un negocio dispositivo (tradición), y ello en virtud de que los títulos de adquirir solamente producen efecto personal (derecho a la cosa), pero no producen la transferencia del dominio (vide: art. 705 del Código Civil).

Normalmente, en este tipo de operaciones, el negocio dispositivo se verifica a través de la tradición ficta (ex art. 767 del Código Civil), pero de las estipulaciones nada de ello surge. Razón por la cual, no se puede entender que se esté constituyendo gravamen alguno, si de los términos del instrumento no se yuxtapone el negocio dispositivo.

Pero, además, no se procura el disfrute de cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño si no es fungible (ex art. 493 cit.). Particularmente, porque los inmuebles que la IdeM

entrega a ANTEL, serían en virtud de la estructura comercial proyectada, modificados en su forma y sustancia a través de la construcción de un Complejo de importante envergadura con el consiguiente impacto urbanístico.

Se procuraba alterar la forma, ya que dentro de los padrones entregados se encontraba el Cilindro Municipal en ruinas, y por contrapartida, se erigirá un centro multifuncional. Entonces, lejos del disfrute de la cosa ajena (que obviamente existe porque se aprovecha económicamente del inmueble) en su estado actual, la convención proyectada establecía una serie de obligaciones de cargo de ANTEL, para dar adecuado cumplimiento a la finalidad perseguida por ambas partes.

Tampoco puede soslayarse, que el art. 495 del Código Civil hace explícita referencia a los actos entre vivos que habilitan su constitución y remite a los arts. 1619 (donación) y 1664 (compraventa), debiéndose agregar la permuta, ex art. 1775, al consagrar una remisión normativa a las disposiciones concernientes a la compraventa. Con lo cual, el negocio jurídico obligacional que opera como título de constitución del derecho real menor requiere de SOLEMNIDAD.

Como bien apuntan, nuevamente, los consultantes de la parte demandada: *“La instrumentación del negocio privado depone también a favor de la creación de un derecho personal de uso y no de un usufructo sobre un inmueble, en cuyo caso -como está dicho- es necesaria la escritura pública. Este hecho tiene además el valor interpretativo que le otorga el art. 1300 al disponer que “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultara la validez [derecho personal, en el caso] y del otro la nulidad del acto [usufructo], deberá entenderse en el primero.”* (fs. 8 A.A., el subrayado está en el original); concluyendo en la

consulta evacuada que: “1° en momento alguno las partes se refieren a la constitución de un derecho real de usufructo sino que solamente se dice que la IdeM otorga a Antel “el uso” de determinados padrones;

2° para que nazca el derecho real es necesario un título hábil para ello más la subsiguiente tradición (arts. 495 y 496); ninguno de esos negocios aparece celebrado (ni siquiera mencionado) en el convenio;

3° tampoco se ha inscripto el instrumento en el Registro de la Propiedad, acto que vuelve el derecho oponible a terceros;

4° el convenio se documentó en instrumento privado cuando la constitución del derecho de usufructo sobre un inmueble es un negocio solemne que exige escritura pública como requisito de validez; lo que no sucede con la concesión del derecho personal de uso.” (fs. 9/10 A.A.).

Puede decirse, además, que en la doctrina clásica, teniendo como abanderado a PLANIOL como lo señala YGLESIAS, existen autores que niegan que los derechos reales persigan cosas; no hay derechos sino contra las personas y, por ende, los llamados derechos reales son iguales que los personales pero contra personas indeterminadas. Surge así la idea de un “sujeto pasivo universal”. El sujeto pasivo no está determinado sino que es determinable en función de su relación con un bien determinado. (YGLESIAS, Arturo: “Derecho de las cosas”, Tomo I, FCU, 2ª Edición, Montevideo, 2008, pág. 140).

En la emergencia, el convenio origina un derecho personal de uso, en función de que el sujeto pasivo está determinado, es la IdeM, y no se trata de un sujeto pasivo universal, indeterminable.

Asimismo, tampoco se constituye por el convenio de obrados un derecho real de uso, por las mismas razones preanunciadas en cuanto a su

constitución, ya que se constituye y pierde de la misma forma que el usufructo (ex art. 542 del Código Civil).

Sin perjuicio de anotarse, que como anota RAMÍREZ el derecho de uso es un derecho real sobre la cosa de otro. Es otro desmembramiento de la propiedad. Quien tiene la propiedad, en este caso, no tiene el uso. Es la posibilidad de servirse de la cosa de otro y de tomar los frutos que ella produce, pero con la limitación de que esos frutos sean, solamente, los necesarios para atender las necesidades personales del titular de ese derecho. Por eso es que la definición que leímos del artículo 541, se dice: “...servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce”.

Al servirse de la cosa, debe hacerse de tal manera que se conserve la sustancia de ésta, tal como ocurre en el usufructo perfecto. (RAMÍREZ, Juan Andrés: “Curso de Derecho Civil I”, Tomo II -Bienes-, obra colectiva con FERRANDO DE CALVO, Zulema, s/f, págs. 140 a 141).

En nuestro caso, ANTEL no se sirve de la cosa (en el estado en el que se encontraban los inmuebles) ni toma parte de los frutos para sus necesidades personales. Por el contrario, es recién con la transformación operada con la inversión consiguiente en el levantamiento y construcción del Centro Multifuncional que obtendrá frutos por la actividad que en él puntualmente se desarrolle.

Por lo demás, no existe disposición legal imperativa ni se contraría el orden público o las buenas costumbres, la constitución de un derecho personal de uso a favor de ANTEL por medio de un negocio jurídico atípico que dé cabal respuesta a la finalidad económica y social perseguida por los interesados.

V.III) El convenio de marras no implica enajenar o gravar el bien inmueble (ex art. 37 de la Ley 9.515)

Por último, resta analizar si el negocio obligacional proyectado (respecto del cual se solicitaba la anuencia de la Junta Departamental), requería la mayoría especial de dos tercios de votos de los miembros de la Junta, en criterio postulado por el reclamante.

A juicio de la Corporación no le asiste razón en su planteo.

En la especie, enseña GAMARRA que el concepto de enajenación posee dos significados, uno amplio o propio, otro restricto o impropio.

En nuestro derecho corresponde el significado más amplio. (GAMARRA, Jorge: “Estudios sobre obligaciones”, Editorial Medina, Montevideo, 1956, pág. 145).

STURLA señalaba, a propósito de la acción pauliana, sobre el concepto de “enajenaciones” que abarcaba la totalidad de los negocios que impliquen la disposición de un derecho patrimonial, es susceptible de ser impugnada por la revocatoria.

Cierto, se dirá, que de esta forma quedan fuera del ámbito de la acción los negocios obligacionales. No dudamos que, “de lege ferenda”, sería preferible que estos actos fueran potenciales objetos de la impugnación. Pero es claro, para nosotros, que el término “enajenaciones” y su correlación con el artículo 2372 excluye, definitivamente, tal posibilidad.

Es coherente -en el acierto o en el error- el legislador uruguayo en esta materia, y esta coherencia debe respetarla el intérprete. El negocio obligacional no afecta en la misma forma el patrimonio del deudor que el negocio dispositivo, ni a los activos que integran aquél. (STURLA, Héctor

Martín: “La acción pauliana y la jurisprudencia nacional” en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo X, FCU, Montevideo, 1979. pág. 157).

Extrapolando los conceptos trazados por la dogmática civilista, parece claro que el art. 37 de la Ley 9.515 -además de no resultar aplicable en el caso concreto- refiere a un concepto de enajenación restringido a los negocios dispositivos, ya que no resulta operativamente posible que por un negocio obligacional por sí solo (por más que sea título hábil para transferir el dominio) se afecte SUSTANCIALMENTE el patrimonio del Gobierno Departamental.

En la especie, el negocio proyectado es meramente obligacional, previéndose la constitución de un DERECHO PERSONAL DE USO. No se transfiere el dominio o propiedad del inmueble (al faltar el negocio dispositivo) ni se grava los bienes departamentales con un derecho real menor en la cosa (USUFRUCTO o USO) ni contra la cosa (HIPOTECA). Es más, para la constitución de un derecho real de HIPOTECA (gravar) la ley exige requisitos especiales para su otorgamiento (ex arts. 2322 y 2323 del Código Civil).

De igual forma, debe tenerse en cuenta, especialmente, que la Ley 9.515 previó dos hipótesis con quórums especiales divergentes, la de mayoría absoluta de votos del art. 35, numeral 10°, para la celebración de típicos negocios obligacionales de administración sobre los bienes departamentales, que no implica la transferencia dominial y; por otro lado, el art. 37 habilitó la enajenación (con el alcance de negocios dispositivos) ya que impacta en el patrimonio del órgano público, sea por la transferencia de la propiedad como por la constitución de un derecho real en la cosa o contra la cosa, lo que sí reclama de una mayoría de dos tercios de miembros. Evidentemente, el legislador, procuró que frente a actos de

disposición que impactan de otra forma en el patrimonio de la Administración, sea superior a la del art. 35, num. 10.

Aún así, en este caso, no se asiste a un supuesto de enajenación ni de constitución de gravamen, con lo cual no resulta puntualmente aplicable el art. 37 de la Ley 9.515. La convención de marras, es un típico contrato sobre administración y utilización de bienes departamentales, lo que no supone el traspaso de la propiedad ni la afectación con derecho real a los mismos.

VI) En definitiva, por los fundamentos expuestos, disposiciones legales relacionadas y, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal,

FALLA:

Asúmase jurisdicción para entender en esta contienda intraorgánica y, en su mérito, declárase que el acto dictado por la Junta Departamental de Montevideo (Decreto No. 34.592 de fecha 18 de abril de 2013) resulta ajustado a Derecho, en virtud de haberse dado cumplimiento al procedimiento normal para la conformación de la voluntad orgánica.

Sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes agregados; y archívese.

Dra. Sassón, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Tobía (r.), Dr. Echeveste.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).