



*Revista de*  
DERECHO

Año XXII (Diciembre 2023), Nº 44  
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO  
FACULTAD DE DERECHO

### Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

- 1) Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL del artículo).
- 2) Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
- 3) No se usen para fines comerciales.

### Indexada en:

Biblioteca Nacional de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco. Miembro de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas.

### Redacción y suscripciones

Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.  
Dr. Prudencio de Pena 2544 (11600)  
Montevideo, URUGUAY  
Tel.: (598) 2707-4461

### Contacto de la revista

E-mail: [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy)  
Canje: [biblioteca@um.edu.uy](mailto:biblioteca@um.edu.uy)

### Página web de la revista

<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho>

*La revista no asume necesariamente las opiniones expresadas en los trabajos publicados.*

### Plazo de recepción de originales

Para el número de julio, hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

### Aviso de derechos de autor

Esta revista es publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

### Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Diseño: editáonline

Impresión: editáonline

Depósito legal: 382.468

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

N° 44 – Diciembre 2023

*Revista de*  
**DERECHO**

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

**CONSEJO EDITORIAL**

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Marcelo SHEPPARD

María BRUGNINI

**SECRETARÍA TÉCNICA**

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI ARMAND-UGON

**EDITORA TÉCNICA**

Valentina MORANDI

**CONSEJO ASESOR**

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

## COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay  
María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España  
Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay  
David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos  
Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos  
Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina  
Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina  
Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España  
Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay  
Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay  
Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra  
Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador, El Salvador  
Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México  
Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana  
Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile  
Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile  
Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España  
Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia  
Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

**SUMARIO****MENSAJE DEL DECANO**

La misión de la Universidad ..... 9

**DOCTRINA****ALGORTA, PAULA**El conjunto económico en materia laboral.  
Análisis jurisprudencial - crítica a la extensión de  
la responsabilidad desde una óptica comercialista ..... 15**BARLOCCI, IGNACIO Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, LUCÍA**La falta de validación médica del Síndrome  
de Alienación Parental y su utilización en  
el Derecho Uruguayo ..... 49**BECKER PINTO, GABRIELA**La instrumentalidad de las fronteras entre Brasil  
y Uruguay: construyendo una ciudadanía regional ..... 61**BUGALLO, BEATRIZ**Desde la uva a la copa: la propiedad intelectual  
en el mundo del vino ..... 83**LÓPEZ DE LERMA GALÁN, JESÚS**Constitucionalismo y procesos de integración en  
Brasil. El acuerdo de libre comercio como  
instrumento de desarrollo de la política  
internacional de América Latina ..... 139**CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES****O'REILLY, FRANCISCO**

El honor como corona de la virtud ..... 163

**JUSISPRUDENCIA COMENTADA****SANTO, MARIANA y TECHERA TEALDI, LUCÍA**  
Responsabilidad estatal por daños generados  
en sede de medidas cautelares y cómputo  
de la caducidad ..... 173**INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y posgrados ..... 187

**TESINAS DE MASTERS****MORELLI FERREIRA, VERÓNICA**Vicios en adjudicaciones de compras estatales y  
su anulación por el Tribunal de lo Contencioso  
Administrativo. Estudio de casos prácticos ..... 207**MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES****CARLEVARO, CHIARA**Lock out: la contrapartida de la huelga. Breve  
análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial  
del cierre patronal y la huelga en el derecho  
uruguayo y comparado ..... 241**NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS****ANDRADE ROJAS, JUAN PABLO**Reseña del libro "Lo que significa ser humano",  
de O. Carter Snead, traducido al español  
por Pedro Pallares Yabur ..... 263





## MENSAJE DEL DECANO

### MENSAJE DEL DECANO

La misión de la Universidad



## Mensaje del decano

### La misión de la Universidad

Cuando se habla de la misión de una Universidad se suele decir que se trata de una declaración de su propósito fundamental. En general, se incluyen en ella objetivos como la educación de los estudiantes, la investigación, el servicio a la comunidad y/o una serie de valores que la institución promueve.

Hace unos días estuvo de visita en la Universidad de Montevideo, el rector de la Universidad de La Sabana de Colombia, Rolando Roncancio. Entre otras actividades, brindó una sesión sobre “*desafíos y tendencias en la educación universitaria*”. El objetivo fue ayudarnos a pensar en el desarrollo de la Universidad, qué estamos haciendo bien y en qué podemos mejorar para dar pasos que nos lleven a un nivel superior como institución.

Entre varias sugerencias, consejos y experiencias comentadas por el Prof. Roncancio, nos llamó particularmente la atención la importancia que sugiere atribuir a la misión institucional al definir las líneas estratégicas para el desarrollo de la Universidad, pero también al evaluar y adoptar decisiones de gestión o gobierno especialmente delicadas o difíciles. Es decir, hacer el ejercicio de adaptabilidad de una u otra alternativa de decisión a la misión de la Universidad.

Desarrollando esta idea, podría decirse que, la misión debe, no solo inspirar las decisiones relativas a cuestiones difíciles, sino -de alguna manera- emparar toda nuestra actividad universitaria, tanto en la gestión y definición de los proyectos académicos, como en materia de docencia e investigación.

La misión de nuestra Universidad de Montevideo es “*promover una cultura de trabajo y de servicio en la persona, la familia y la sociedad, mediante la búsqueda de la excelencia en el quehacer universitario. Funda su actividad académica en una concepción trascendente de la persona, comprometida con la búsqueda de la verdad*”. Es decir que en cada proyecto en el que nos embarcamos, en cada curso o programa, quienes formamos parte de la universidad tenemos que considerar cómo, a través de lo que hacemos podemos cumplir la misión institucional de promover la cultura de trabajo y de servicio a la persona, la familia y la sociedad.

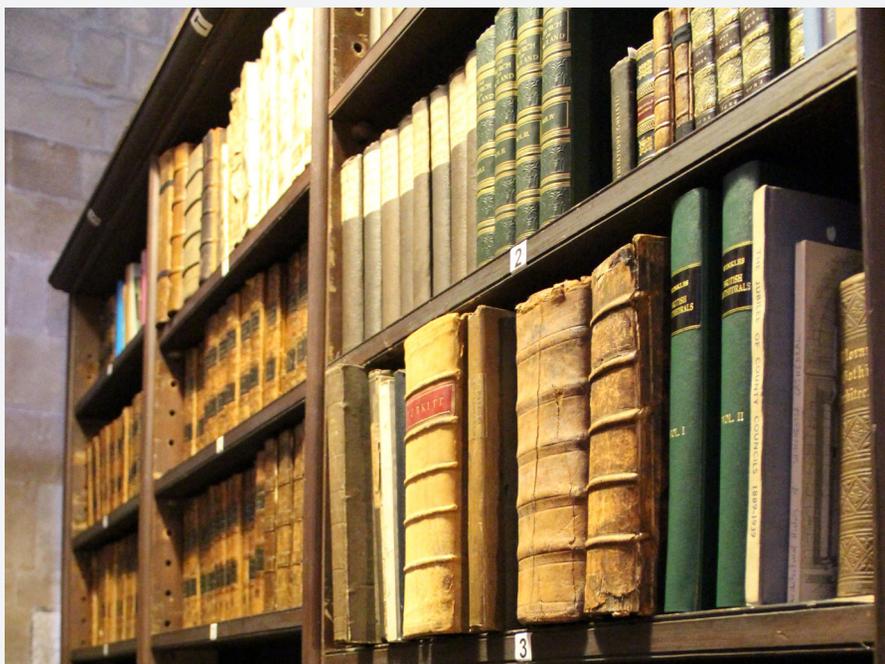
Esto implica, trabajar bien, a fondo, cuidar los detalles; y trabajar para servir. Trabajar con la ilusión de poder inculcar en nuestros estudiantes ese ADN que hace que podamos diferenciarlos de estudiantes o profesionales egresados de otras instituciones. Formar profesionales para el trabajo con el máximo rigor técnico, en el entendido de que el trabajo enriquece a la persona y es el principal motor del desarrollo personal y social. Todo esto con vocación de servicio, lo que implica darle un sentido especial y trascendente a la actividad profesional.

Recientemente fuimos notificados que nuestra Revista de Derecho fue admitida en SCOPUS, uno de los índices internacionales de publicaciones académicas más prestigiosos del mundo. Este reconocimiento como publicación jurídica destacada en Uruguay nos impulsa a redoblar los esfuerzos por seguir aportando al desarrollo de la investigación jurídica, con el propósito -también incluido en nuestra misión institucional- de *compromiso con la búsqueda de la verdad*. Objetivo al que debe tenderse diariamente sabiendo que, desde nuestra limitada naturaleza, nunca podremos conseguir completamente. De eso se trata, en definitiva, la misión de la Universidad.

Miguel Casanova,  
diciembre de 2023







## DOCTRINA

**PAULA ALGORTA**

El conjunto económico en materia laboral. Análisis jurisprudencial - crítica a la extensión de la responsabilidad desde una óptica comercialista

**IGNACIO BARLOCCI Y LUCIA FERNÁNDEZ RAMIREZ**

La falta de validación médica del Síndrome de Alienación Parental y su utilización en el Derecho Uruguayo

**GABRIELA BECKER PINTO**

La instrumentalidad de las fronteras entre Brasil y Uruguay: construyendo una ciudadanía regional

**BEATRIZ BUGALLO**

Desde la uva a la copa: la propiedad intelectual en el mundo del vino

**JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN**

Constitucionalismo y procesos de integración en Brasil. El acuerdo de libre comercio como instrumento de desarrollo de la política internacional de América Latina



Paula ALGORTA MORALES  
Universidad de la República (Uruguay)  
palgorta@silveira-algorta.com.uy  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2462-8011>

Recibido: 6/08/2023 - Aceptado: 20/10/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:  
Algorta, P. (2023). El conjunto económico en materia laboral. Análisis jurisprudencial - crítica a la extensión de la responsabilidad desde una óptica comercialista. *Revista de Derecho*, 22(44), 15-47. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.2>

## El conjunto económico en materia laboral Análisis jurisprudencial - crítica a la extensión de la responsabilidad desde una óptica comercialista

15

**Resumen:** Nos proponemos en este trabajo relevar y estudiar la jurisprudencia laboral de los último 15 años sobre conjunto económico con el fin de: i-. exponer y sistematizar los extremos analizados por nuestros tribunales para determinar cuándo se configura el conjunto económico en materia laboral, ii-. analizar cuál es el alcance de la responsabilidad del conjunto económico a criterio de nuestros tribunales laborales y iii-. finalmente, realizar, desde una mirada mercantilista, una crítica fundada a la extensión objetiva de la responsabilidad, así como de la incorporación de la persona física en el conjunto económico, entre otros extremos.

**Palabras claves:** conjunto económico, jurisprudencia laboral, responsabilidad, crítica a la responsabilidad objetiva, persona física integrante del conjunto económico.

## The economic group in labor law matters; Case-law analysis; Criticism of the liability expansion from a commercial perspective

**Abstract:** The purpose of this paper is to present and study labor related case-law of the last 15 years on economic groups in order to: i) set out and systematize the elements analyzed by our courts to determine when the economic group is configured in labor matters; ii) analyze the scope of liability of the economic group according to our labor courts; and finally, iii) from a commercial perspective, make a well-founded criticism of the no-fault liability expansion towards group companies, as well as of the inclusion of natural persons in the economic group, among other aspects.

**Key words:** economic group, labor case-law, liability, criticism of the no-fault liability, natural person integrating the economic group.

16



## O conjunto econômico em matéria trabalhista Análise jurisprudencial - crítica à extensão da responsabilidade sob uma ótica comercialista

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo fazer um levantamento e estudo da jurisprudência trabalhista dos últimos 15 anos sobre o conjunto, com o objetivo de: i-. expor e sistematizar os aspectos analisados por nossos tribunais para determinar quando o conjunto econômico é configurado em questões trabalhistas, ii-. analisar qual é a extensão da responsabilidade do conjunto econômico segundo os critérios de nossos tribunais trabalhistas e iii-. finalmente, realizar, a partir de uma perspectiva comercialista, uma crítica fundamentada à extensão objetiva da responsabilidade, bem como à incorporação da pessoa física no conjunto econômico, entre outros aspectos.

**Palavras-chave:** conjunto econômico, jurisprudência trabalhista, responsabilidade, crítica à responsabilidade objetiva, pessoa física integrante do conjunto econômico.

## 1. Introducción – Propósito de este trabajo

En nuestro ordenamiento no contamos con una legislación integral que regule al conjunto o grupo económico como lo han hecho legislaciones más modernas, en las cuales se regula el derecho de grupo de forma completa (v.g. Alemania, Brasil).

Nuestra normativa societaria no regula a los denominados conjuntos económicos, grupos económicos, concentraciones societarias o empresariales, agrupamientos de empresas, etc. Solamente prevé el régimen de las sociedades controladas y controlantes, las sociedades vinculadas y los límites a la participación de una sociedad en otra. Regula el Grupo de Interés Económico (GIE) y el Consorcio como organizaciones con fines de colaboración o coordinación del desarrollo de la actividad de sus miembros, personas físicas y/o jurídicas.

Por lo tanto, los conjuntos económicos no se encuentran definidos ni determinados legalmente con carácter general aplicable a todas las ramas del derecho, más allá de algunas regulaciones parciales con fines específicos.

Las normas que refieren a este fenómeno<sup>1</sup>, así como nuestra doctrina y jurisprudencia, lo denominan de forma genérica e indistinta –en ocasiones– como concentración empresarial, grupo de empresas, grupo de sociedades, conjunto económico, etc.

Ya hemos tenido oportunidad de estudiar al conjunto económico desde la óptica comercial y tributaria en anteriores trabajos<sup>2</sup>. Como ya hemos analizado en dichos trabajos, a los cuales no remitimos, la doctrina y jurisprudencia es prácticamente coincidente de que, más allá de la importancia del elemento control o dependencia, el elemento determinante de un conjunto económico es la “dirección unificada”.

Ahora bien, si bien el conjunto económico parecería ser un tema estrictamente mercantil-económico, es en materia laboral donde la justicia uruguaya se ha expedido

1 Contamos con la siguiente normativa: a) el art. 20 Bis del Código Tributario (CT) introdujo la solidaridad objetiva e ilimitada de los adeudados tributarios entre los integrantes de un Conjunto Económico: “ARTÍCULO 20 BIS. (Conjunto económico).- Cuando se verifique la existencia de un conjunto económico entre sujetos independientes, sus integrantes responderán solidariamente por los adeudados tributarios generados por cada uno de ellos. La existencia del conjunto económico será determinada según las circunstancias del caso.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe conjunto económico cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis:

A) Exista una unidad de dirección o una coordinación conjunta de la actividad económica de diversos sujetos, la que podrá manifestarse en la identidad de las personas que ostentan poderes de decisión para orientar o definir las actividades de cada uno de ellos o la existencia de vínculos de parentesco entre los titulares o integrantes de sus órganos de decisión. B) Exista una participación recíproca en el capital entre diversos sujetos o un traslado mutuo de ganancias o pérdidas. C) La actividad económica de diversos sujetos se organice en forma conjunta, ya sea porque cada uno de ellos realiza una etapa de la misma cadena productiva o porque su giro es similar o utilizan en común capital o trabajo, de forma directa o indirecta, o tienen unidad en el centro de decisión, o pertenecen a cualquier título a una única esfera patrimonial, independientemente de la forma jurídica adoptada, haya o no vinculación en la actividad o en el objeto social de los sujetos de derecho considerados. La determinación de un conjunto económico se dará cuando la institución así lo considere al asumir el riesgo ante cualquiera de sus componentes o su existencia hubiere sido detectada e informada por el Banco Central del Uruguay. Cuando una persona física o jurídica ejerza influencia significativa sobre otra o cuando dos o más de estas personas estén bajo la influencia significativa común de una persona física o jurídica, de forma directa o indirecta, se aplicarán las mismas disposiciones que para un conjunto económico”.

2 Ver Algorta, P., (2020) Conjunto Económico en materia tributaria – art 20 bis del CT. La necesidad de determinar la dirección unificada, Dir. Ricardo Olivera, *Estudios de Derecho Comercial en homenaje al Prof. Dr. José Pedro Astray*, Tomo II, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, p. 737 y ss; Algorta P. (2019) Conjunto económico en materia tributaria –art 20 bis del CT- y el concurso, en *El Derecho Comercial en el camino de la revisión de la normativa societaria y concursal*, p. 19.

con mayor asiduidad sobre su configuración. La razón de ser de dicho fenómeno tiene su explicación en que, en el derecho comercial, salvo hipótesis de fraude, el reconocimiento del patrimonio propio de cada integrante del grupo no se ve afectado. Por el contrario, en el derecho laboral, el grupo o conjunto económico se lo ha considerado como un empleador único frente a los pasivos laborales de cualquiera de sus integrantes, desconsiderando la existencia de personas jurídicas independientes.

Nos proponemos en este trabajo relevar y estudiar la jurisprudencia laboral de los últimos 15 años en esta materia con el fin de: i-. exponer y sistematizar los extremos analizados por nuestros tribunales para determinar cuándo se configura el conjunto económico en materia laboral, ii-. analizar cuál es el alcance de la responsabilidad del conjunto económico a criterio de nuestros tribunales laborales y iii-. finalmente, realizar una crítica a la extensión de la responsabilidad, admitida ya hace décadas por la justicia laboral.

## 2. Panorama sobre la responsabilidad de los miembros del conjunto en las diversas ramas del derecho

No existe discusión sobre la licitud del conjunto económico. Están descartadas posiciones que analizan al grupo desde la patología.

Como señala Olivera García (2014)

los grupos de sociedades constituyen, sin lugar a dudas, uno de los fenómenos más característicos de la actividad empresarial moderna. Resultan cada vez más frecuentes en el caso de las empresas medianas y grandes. Cuando la empresa alcanza una dimensión económica de importancia, se ve muchas veces enfrentada a la alternativa de adoptar una estructura de organización compleja, la cual supone que su actividad empresarial resulte desarrollada a través de una pluralidad de sociedades diferentes, ubicadas muchas veces en diferentes jurisdicciones y mercados (p. 185).

Desde el punto de vista de la responsabilidad de los miembros, la situación jurisprudencial y doctrinaria prácticamente consolidada, resumidamente es la siguiente: en el derecho privado patrimonial, nuestra doctrina y jurisprudencia, de forma prácticamente unánime, ha entendido que los miembros del conjunto no responden por las obligaciones del resto de los integrantes de forma objetiva.

Solamente es posible extender la responsabilizar a los miembros del grupo por las obligaciones contraídas por alguno de ellos mediante la prescindencia de la personalidad jurídica, y siempre que exista fraude en la utilización de dicha personalidad jurídica (Olivera García-Olivera Amato, 2004, p. 359 y ss.). Para que un miembro del grupo sea responsable por las obligaciones de otro de los miembros del grupo, el acreedor deberá recurrir a la figura del *disregard*. Nuestros tribunales han sido categóricos en el sentido de que la existencia de un conjunto económico no es suficiente para prescindir de la autonomía jurídica de las sociedades, y que para ello deberá alegarse y probarse la existencia de fraude en la utilización de la personalidad jurídica.<sup>3</sup>

3 Cft. TAC 2° S. 182/2008; TAC 3° S. 97/99 del 28/07/1999, 234/03 del 17/10/2003, 181/2009 y 175/2010; TAC 4°, 69/2008 y 37/2009; TAC 7° S. 17/2009, 110/2009 y 68/2010, TAC 1° S. 9/2013, TAC 3° S. 273/2012, TAC 5° S. 185/2012, TAC 7° S. 10/2015, etc.

Parte de la doctrina sostiene la posibilidad de extender la responsabilidad por aplicación de normas vinculadas a la existencia de administradores de hecho o en aplicación de la tutela aquiliana del crédito<sup>4</sup>. Pero en ningún caso la extensión de la responsabilidad es objetiva. Cabe señalar que estas posiciones no han sido prácticamente de recibo en nuestra jurisprudencia.

En definitiva, la sola presencia del conjunto económico no tiene consecuencias en materia de responsabilidad en el derecho privado. Ha sido descartada la aceptación de criterios de responsabilidad objetiva que permitan extender las obligaciones entre los miembros del conjunto, por carecer de fundamentos normativos y desvirtuar el sistema societario (Algorta, 2013, p. 125).

Igual criterio ha mantenido el legislador en materia concursal.

La Ley 18.387 sobre Concurso y Reorganización Empresarial (LCRE) no dispuso supuestos de extensión de responsabilidad entre los integrantes de un grupo por las deudas de un miembro del conjunto.

Una vez más el legislador reafirmó que la existencia de un conjunto económico no afecta la personalidad jurídica de las sociedades o entidades que integran el grupo ni hace variar la responsabilidad de los integrantes no concursados.

El artículo 9 de la LCRE establece la posibilidad de que dos o más deudores presenten conjuntamente solicitudes de declaración judicial de concurso, así como la posibilidad de que el acreedor promueva la declaración de concurso de los integrantes de un grupo de sociedades siempre que concurren las circunstancias allí previstas: que todos los integrantes sean deudores del acreedor y todos ellos se encuentren en situación de insolvencia<sup>5</sup>.

Pero ello no implica una confusión de masas ni comunicación de deudas. El acreedor podrá cobrar su crédito únicamente de la masa activa de su deudor concursado (Chalar-Mantero, 2010, p. 603).

La otra consecuencia que prevé la LCRE es la subordinación de los créditos de “Las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades”. En el numeral 2 literal C) del artículo 112 se define a dicho grupo en los siguientes términos: “Se entenderá que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto”.

Se trata de una subordinación objetiva en la medida de que no se requiere la comprobación de conductas fraudulentas ni la existencia de confusión patrimonial entre las partes. El solo hecho de formar parte de un grupo implica la subordinación de créditos. Pero ninguna otra consecuencia.

4 Véase Otaegui, J., El control societario y el Mercosur, *Anuario de Derecho Comercial* T. 6, Montevideo, FCU, p. 64., Otaegui, *Concentración Societaria*, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma, p. 446 y ss. Rodríguez Olivera, N (2009), *Manual de Derecho Comercial*, V. 6, Montevideo, FCU, p. 77 y ss.; Mantero, E. – Chalar, L., *Conjunto Económico: ¿Responsabilidad Civil de la Sociedad Matriz?*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo (ADCU)* T. XXXV, Montevideo, FCU, p. 753.

5 ARTÍCULO 9: “(Solicitudes conjuntas).- Dos o más deudores podrán presentar conjuntamente solicitudes de declaración judicial de concurso, adjuntando a la solicitud cada uno de ellos los documentos a que se refiere el artículo 7°. Cuando formen parte de un mismo grupo deberán presentar los estados contables referidos en el numeral 4) del artículo 7° en forma consolidada. El acreedor podrá promover la declaración judicial de concurso de varios de sus deudores, personas físicas o jurídicas, cuando se configuren respecto de todos los deudores presunciones de insolvencia y concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1) Exista confusión entre los patrimonios de los deudores. 2) Cuando formen parte de un mismo grupo.

En situaciones patológicas (vg. fraude, colaboración en la insolvencia, etc.), deberá recurrirse al sistema general para responsabilizar a los integrantes del grupo por las deudas de la concursada (vg. complicidad en el concurso, directores de hecho, supuestos de *disregard*, etc.) (Algorta, 2013, p. 132). Ahora bien, lo que está claro es que, salvo en dichos supuestos reprochables jurídicamente, los integrantes del grupo no responden por las obligaciones del miembro concursado.

En materia tributaria, la Ley de Rendición de Cuentas (LRC) No. 19.438, de fecha 14 de octubre de 2016, en su artículo 175 agregó al Código Tributario (CT) el artículo 20 BIS<sup>6</sup>, introduciendo la solidaridad objetiva e ilimitada de los adeudos tributarios entre los integrantes de un conjunto económico.

Se dispone por ley la existencia de solidaridad de adeudos tributarios entre sujetos “independientes” que integren un conjunto económico.

Se trata de un cambio trascendente en relación a los obligados por deudas tributarias. Con anterioridad, no existían normas que establecieran la solidaridad objetiva entre los integrantes de un conjunto económico. La norma tributaria extiende la responsabilidad aun cuando no se vulnere la regla *alterum non laedere*.

El legislador tributario optó por no definir el conjunto económico, sino que prefirió enumerar una serie de hipótesis en las cuales se presume su existencia.

Como veremos, en materia laboral, la responsabilidad solidaria y objetiva entre los integrantes del grupo se trata de una creación doctrinaria y jurisprudencial.

20

### 3. Las definiciones del conjunto económico en materia laboral

No existen en el ámbito laboral normas que refieran a la solidaridad entre los miembros de conjuntos económicos.

La jurisprudencia y doctrina laboralista han confeccionado su propia teoría acerca del conjunto económico o grupo de empresas, con rasgos propios y característicos para esta rama del derecho, con el fin de admitir la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del conjunto respecto de las deudas laborales de uno de ellos con sus dependientes, exista o no fraude en la utilización de la personalidad jurídica.

Es a partir del desarrollo de la teoría de la personería laboral del empleador, sustentada en los principios de la primacía de la realidad y protector, que nuestros tribunales admiten la responsabilidad conjunta, solidaria e indivisible de todos los integrantes del grupo con el cual se busca tutelar los derechos de los trabajadores frente a casos de insolvencia.

Desde el punto de vista del derecho laboral se sostiene que de acuerdo a la autonomía del mismo y en virtud del principio de primacía de la realidad que rige ésta rama jurídica, se le puede otorgar personería laboral a determinadas realidades, sin que esto implique otorgársela a todos los efectos jurídicos y puede también descartarse dentro del campo laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas cuando

6 Véase disposición en nota al pie 1.

trasladada al campo laboral origina serios perjuicios al trabajador (Plá Regules, 1976, p. 143-144).

Según Castello (2015) los criterios comunes que sirven para definir al grupo de empresas en el ámbito laboral son los siguientes: i) la presencia de una pluralidad de sujetos de derecho, ii) la idea de que esos sujetos son sólo formalmente autónomos entre sí, ya que existiría una unidad económica subyacente y iii) la presencia de dirección unitaria o unificada (pp. 150-151).

Ermida Uriarte (1981) define al grupo de empresas en el ámbito laboral de la siguiente forma:

el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel de grupo y no al nivel de cada empresa componente, aun cuando los derechos y obligaciones respecto a terceros nazcan a nivel de cada uno de ellas. Existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas (p. 73).

Plá Rodríguez (1990), sostiene que no hay formas determinadas de creación de los conjuntos económicos ya que la variedad de posibilidades es tan grande y la imaginación de quienes quieren formarlos tan fértil que resulta imposible limitarlas a determinados esquemas (p. 151). Lo importante, dice el citado profesor, es que se reúnan ciertas características que lo definen:

a) la existencia de cierta organización; b) la jerarquía dentro del grupo que es lo que permite darle unidad; c) la presencia de una sociedad madre que es la que controla y domina el movimiento de las demás que vienen a ser subordinadas o subsidiarias; d) no interesa la forma en que se ejerza el control siempre que él exista; e) muchas veces el fenómeno ultrapasa la frontera, convirtiéndose en una modalidad de las empresas multinacionales que nos son otra cosa que un conjunto económico distribuido internacionalmente (Plá Rodríguez, 1990, p. 151).

Citando a Savatier, sostiene Plá Rodríguez (1990) que el poder económico se sitúa a nivel del grupo, aun cuando los derechos y las obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de las sociedades dotadas de personalidad jurídica que pertenece al grupo. Ignorar la existencia del grupo considerando que el único empleador que se ha comprometido con cada trabajador es la sociedad que ha sido parte del contrato, importaría desinteresarse en muchos aspectos de la protección efectiva y real de los trabajadores. Por eso, más allá de la máscara formal, se tienen en cuenta los verdaderos titulares del poder y de la decisión (p. 151).

Por su parte, Castello (2015) define al Grupo de Empresas

como aquel que se constituye cuando dos o más empresas se relacionen por vínculos estables de dominación o control, sea éste directo o indirecto, interno o externo, o se encuentran bajo la influencia dominante de una o más personas físicas o jurídicas, con independencia de la forma jurídica u organizativa que adopten (centralizada o descentralizada) y actúen bajo una dirección económica unificada. Agrega este autor que: como apunta De Simone, si se quiere continuar hablando de grupos, se debe utilizar

una noción más amplia de éstos, que sea en grado de comprender todas las formas de relaciones económicas entre empresas, incluyendo a aquellas que derivan de situaciones de dependencia de mercado que puedan asegurar a un sujeto económico la capacidad de conducir la gestión de la otra empresa, configurando así desde el punto de vista sustancial la existencia de un grupo. Creemos que los elementos que manejamos en nuestra definición permiten, por un lado, encuadrar cualquier forma de estructuración u organización que adopte el grupo subordinado y, por otro lado, establecer un criterio claro de delimitación del grupo que otorgue certeza jurídica (pp. 159 y ss.).

## 4. Relevamiento de la jurisprudencia laboral

Como fuera anteriormente señalado, hemos relevado y analizado la jurisprudencia laboral de los últimos 15 años sobre este particular<sup>7</sup> con la finalidad de exponer y sistematizar los extremos analizados por nuestros tribunales para determinar cuándo se configura el conjunto económico en materia laboral, cuáles son sus presupuestos, requisitos, elementos, etc.; así como cuál es el alcance de la responsabilidad del conjunto económico a criterio de nuestros tribunales laborales.

Veamos.

### 4.1. Necesidad de pluralidad de empresas – personas jurídicas

En este sentido nuestros Tribunales coinciden en que para estar frente a un conjunto económico es necesaria la existencia de una pluralidad de entidades, una pluralidad de personas jurídicas. No es posible calificar como conjunto económico el relacionamiento entre una entidad y una persona física.

*“Reiterados fallos han insistido en que el conjunto económico es una realidad más económica que jurídica y que es natural que requiera una pluralidad de personas jurídicas diferentes, pues de lo contrario no podría hablarse de conjunto”. Sentencia No. 338/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 15/11/2017*

*A mayor abundamiento el propio Castello citado por las personas físicas codemandadas en el recurso, cuando estudia la responsabilidad de socios, directores y administradores de sociedades comerciales, señala: “La otra vía es la del conjunto económico... Para ello habrá que demostrar que el socio o accionista persona física, es el verdadero centro de dirección, control y organización de un conjunto de empresas. Sobre este aspecto debe hacerse hincapié en que no puede hablarse de conjunto o grupo económico si se trata de una “única” empresa, ya que dicha noción se constituye sobre la premisa de que existe una “pluralidad” de entidades formalmente independientes pero sustancialmente vinculadas por lazos de dependencia. (...) Reiterados fallos han insistido en que el conjunto económico es una realidad más económica que jurídica y que es natural que requiera una pluralidad de personas jurídicas diferentes, pues de lo contrario no podría hablarse de conjunto. Sentencia No. 6/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 15/03/2013*

7 Jurisprudencia del Poder Judicial, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

## 4.2. Admisibilidad de la persona física como integrante del conjunto económico

La gran mayoría de los fallos analizados que tuvieron que expedirse sobre si la persona física puede integrar el conjunto económico coinciden en que: si quien dirige, organiza, controla, es el verdadero centro de dirección del grupo, es una o varias personas físicas determinadas, corresponde su inclusión en el conjunto económico.

Siguen nuestros tribunales en este sentido la opinión que al respecto pronunció Plá Rodríguez (1993). Para dicho autor no parece haber motivo para prescindir de la persona que ha creado, ideado, organizado y dirigido el conjunto de sociedades (pp. 22-23). Según Plá Rodríguez se trata de que no

se utilice el aparato formal de las sociedades para lograr una limitación de la responsabilidad cuando, en la realidad de los hechos, lo que hay es una o más personas físicas que montan el tinglado, organizando, dirigiendo y decidiendo dentro de las sociedades, como si fueran cosa exclusivamente propia. Agrega que: De lo que se trata es de respetar la verdad de los hechos. Si la sociedad anónima es auténtica, con diversos accionistas, con órganos que funcionen efectivamente, el problema ni se plantea. Lo mismo ocurre si en la sociedad de responsabilidad limitada hay un grupo de socios independientes que deliberan, discuten y deciden libremente. Se plantea cuando todo el aparato formal de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada es una máscara para disimular la realidad de una empresa en la que una o dos personas físicas disponen y deciden los actos que han de cumplir las sociedades (p.22-23).

En esa misma línea, Castello (2015) sostiene que “...no existe obstáculo para que la persona física integre un grupo de empresas en la medida que la misma sea la figura aglutinante del grupo, el centro de dominio y dirección de las empresas...” (p. 184).

Para que las personas físicas formen parte de un conjunto económico en opinión de Castello (2015), se requiere varias condiciones, en primer lugar, que exista una pluralidad de empresas, pues de otro modo no podría hablarse de grupo. Dicho autor descarta la posibilidad de la existencia de un conjunto entre una sola empresa y su director o accionista. Y en segundo lugar que la persona física se constituya en el verdadero centro de influencia y dominación de las empresas, lo que excluye a los socios minoritarios que no ejercen ningún control (p. 185).

*Si bien originariamente el concepto de conjunto económico se refería a un grupo de sociedades, o sea, personas jurídicas, la evolución del instituto conlleva a aceptar que el conjunto económico puede incluir también personas físicas. Esto ha sido estudiado por el Dr. Américo Plá Rodríguez, en su monografía titulada “Sobre el alcance de la noción de conjunto económico”, en la cual, establece al respecto: “Las mismas razones que dieron origen al conjunto económico en relación a las personas jurídicas, operan para incluir también a las personas físicas ... Este centro de dirección puede ser una persona física que ha organizado las diferentes sociedades para diversificar su actividad, o que para ampliar, extender, o potenciar su negocio ha adquirido otras sociedades pero que las conduce a todas desde una perspectiva personal ... Si hay una sociedad dominante (llamada comúnmente, sociedad madre) y tres o cuatro sociedades filiales, el total forma el conjunto económico. Si en lugar de ser una sociedad*

*dominante, es una persona física la que dirige, organiza y decide ¿Por qué se va a encarar el conjunto económico prescindiendo del elemento clave? ¿O habrá que renunciarlo porque no se puede alcanzar al centro de todo el grupo? No es razonable poner como condición que deban ser necesariamente personas jurídicas. Incluso se habría creado una escapatoria para eludir las obligaciones y responsabilidades que se derivan de la actuación del conjunto. En esto como en otros aspectos de este fenómeno económico y social tan dinámico, se fue produciendo una evolución. Al principio sólo se hablaba de sociedades porque eran las más frecuentes. Luego se habló de empresas. Entre ellas, entraron las unipersonales. Luego se concibió la integración con personas físicas aunque no hubieran constituido una empresa.” (Cfr. “Judicatura”, N° 36, págs. 16 y 17; en idéntico sentido ver “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 1992, c. 1140; Años 1994-1995, c. 175, 178, 186, 188 y 189; Años 1996-1997, c. 232 y 237; Año 2001, c. 121 y 128; Año 2002, c. 87, 92 y 101; Año 2003, c. 148 y 151; Año 2004, c. 88 y 111; año 2005, c. 102; Año 2007, c. 109). **Sentencia No. 227/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 19/08/2014***

*“III) En segundo término en cuanto a los agravios de la parte actora por haber excluido la impugnada a las personas físicas como integrantes del conjunto, la Sala considera que corresponde hacer lugar al agravio parcialmente, con el alcance subjetivo que a continuación se expresa.*

*Considera la Sala que corresponde considerar como parte del conjunto económico declarado en autos, integrado por PANIBEL S.A, ACERENZA S.A, también a los Señores Carlos Gerardo Acerenza Samarelo, María Cecilia Acerenza Caffarini y Ana Inés Acerenza Caffarini. En efecto, la Señora María Cecilia Acerenza Caffarini, figura en planilla de Acerenza S.A con el cargo de Auxiliar, desde el 1.º de diciembre de 1999, hasta el 30.12. 2015, y desde el año 2005 en adelante, pero contemporáneamente a ello ha quedado acreditado que se desempeñó como Vicepresidente de Panibel S.A. (fs. 191 y 206 vto.), es decir con posición relevante en la dirección de una de las empresas del conjunto formado por Panibel S.A y Acerenza S.A, a lo que se adiciona su parentesco con el único director de Acerenza S.A. (padre-hija). Por lo tanto, ha de concluirse que actuó en ambas empresas encarnando un interés directo y personal en el conjunto económico, más allá de la diferenciación formal de dichos intereses familiares en dos sociedades anónimas. Cuando Acerenza S.A dejó de producir igualmente continuó operando Panibel S.A manteniendo la misma integración y dirección familiar, en el mismo domicilio en que se ubicaba también la fábrica de Acerenza S.A. Ambas explotaciones, aparecen conexas mediante elementos objetivos y subjetivos conformando un conjunto económico. Ana Inés Acerenza se desempeñó durante todo el periodo como Presidente del Directorio de Panibel S.A (fs. 206 vto.), si bien no figura en planilla de trabajo de Acerenza S.A, dados los vínculos entre las sociedades, la conexión de giros la comunidad acreditada de domicilio y local comercial de ventas, y vínculos familiares con los restantes sujetos, personas físicas integrantes del conjunto, ante la ausencia de prueba documental que indique que participación societaria en capital tuvo la nombrada en las sociedades integrantes del conjunto, corresponde se la incluya como parte del conjunto. Dado que no ha quedado acreditada la existencia de interés societario real diverso de aquel de los integrantes particulares en las respectivas sociedades, unidas por vínculo de conjunto económico. Lo mismo ha de decirse respecto del Señor Carlos Gerardo Acerenza Samarelo, Director de Acerenza S.A, quien aparece ante los trabajadores como dirigiendo la explotación formalizada en dos sociedades comerciales diferenciadas unidas en la realidad de los hechos por vínculo de conjunto económico.*

*IV) Respecto del codemandado Daniel Acerenza Calffarini, el nombrado codemandado, figura con el cargo de programador en planillas de trabajo de Acerenza S.A, fs. 144, 153, no figura como*

*dependiente en PANIBEL S.A. según planillas de trabajo. Y a su respecto la prueba testimonial rendida lo ubica en concordancia con la planilla como un trabajador subordinado a las órdenes de Carlos Acerenza, sin facultades de dirección o contacto con los trabajadores y en la época correspondiente a Acerenza S.A. No resulta acreditado que integrara puestos de Dirección en las sociedades, la prueba testimonial rendida es insuficiente en este punto. Por lo cual no hay mérito para incluirlo como parte del conjunto económico. Tampoco existen elementos suficientes para imputar legitimación ni responsabilidad alguna por los créditos autos ni vinculación al conjunto respecto de la Señora Susana Beatriz Caffarini Branda. A quien los testigos no mencionan como actuando en modo alguno en ninguna de las dos sociedades.*

*Cabe agregar que, los elementos probatorios reunidos en autos conllevan concluir en la existencia de una dirección unificada respecto de las dos sociedades anónimas involucradas en las explotaciones conexas de titularidad real del conjunto integrado por los sujetos que viene de expresarse. (...)*

*Por lo antedicho se ha de incluir en el conjunto económico a las personas mencionadas en la presente sentencia. Debiendo responder todos los integrantes por los créditos reconocidos en autos. **Sentencia No. 224/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 21/07/2017***

*Finalmente en cuanto a la persona física responsabilizada, como lo refiere la Doctrina vernácula, habrá que demostrar que el socio o accionista persona física, es el verdadero centro de dirección, control y organización de un conjunto de empresas.- Sobre este aspecto debe hacerse hincapié en que no puede hablarse de conjunto o grupo económico si se trata de una 'única' empresa, ya que dicha noción se constituye sobre la premisa de que existe una 'pluralidad' de entidades formalmente independientes pero sustancialmente vinculadas por lazos de dependencia.- En tal caso, la responsabilidad de la persona física no requiere demostración de que ha conducido al grupo con dolo, culpa grave, abuso de derecho o mala fe, ya que la responsabilidad solidaria de los componentes del grupo es de naturaleza objetiva.- La circunstancia fáctica de que la persona física demandada se haya exteriorizado frente al actor como si fuese "el dueño" de las empresas, resulta ser indicio de indudable "peso" en la dilucidación de la cuestión.- Máxime que ha estado al frente de la dirección de esos emprendimientos comerciales en sus diferentes denominaciones.- **Sentencia No. 125/2015 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 22/04/2015***

Cf. Sentencia No. 389/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 20/12/2017; Sentencia 401/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 27/11/2019; Sentencia 000025/2016 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 02/03/2016; Sentencia No. 6/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 15/03/2013.

Se puede encontrar alguna posición aislada que exige la necesidad de desestimar la personalidad jurídica para responsabilizar a la persona física administradores, socios y accionistas de sociedades.

*Como se ha sostenido en nuestra jurisprudencia, para que proceda responsabilizar a directores y administradores de sociedades comerciales, en virtud de lo establecido por los artículos 391 y ss. de la Ley 16060 se debe invocar y consecuentemente acreditar que la actuación de éstos se ha efectuado en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, con abuso de facultades, dolo o culpa grave.: "...Si se trata de atribuir obligaciones laborales a los accionistas de una sociedad anónima o los socios de sociedades en las cuales legalmente está prevista la limitación de*

*responsabilidad personal, dicha imputación sólo puede fundarse válidamente en la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, para lo cual habrá que demostrar que aquellos utilizaron la personalidad jurídica con fraude o dolo y en perjuicio de terceros (artículo 189 de la LSC) “ (cf. sentencia 242/2008 TAT 3er. turno y de esta Sala 252/2012) **Sentencia 367/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 2ºT – 22.10.2013***

#### 4.3. Los elementos para determinar la existencia de un conjunto económico – Los indicios

En lo que respecta a los elementos para determinar la existencia de un conjunto económico, al igual que en el ámbito comercial, también la jurisprudencia laboral requiere la presencia de control y/o dirección unificada, exigiendo la acreditación de alguno de dichos elementos para considerar que se ha verificado el conjunto. Sin embargo, en la mayoría de los fallos la prueba por indicios es una constante.

##### 4.3.1. Necesidad de acreditar la existencia de dirección unificada y/o el control

Algunos fallos han considerado como elemento determinante la demostración de la unidad de dirección, siendo insuficiente la existencia de participación de una sociedad en otra.

*“(…) En efecto, en punto al agravio por la recepción de la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la codemandada Saman S.A. el Cuerpo comparte el criterio que sustenta la sentencia recurrida.- El único sustento del agravio deducido se encuentra en la acreditada participación accionaria de tal empresa en la otra codemandada Tacua S.A., en un porcentaje del cuarenta y un por ciento (41%); ningún otro fundamento aparte de éste se encuentra en obrados para responsabilizar a Saman S.A. como empleadora.- Así las cosas, en el escrito introductorio –o más precisamente en su ampliación- la pretensa atribución de responsabilidad se basa en la interpretación de que por la mencionada circunstancia ambas empresas conforman un “grupo de sociedades como empleador del actor,…”.- Y también de que “...por aplicación de la ley de tercerizaciones 18099 y sus modificativas, y prestando Tacua S.A. servicios para Saman S.A., ésta última es también responsable del crédito reclamado, en forma solidaria, integrando la carga y descarga de arroz parte fundamental de la cadena de producción de Saman S.A., actividad que, prestándole un beneficio directo, hace plenamente aplicable la referida norma.” (vide fs. 12).- Por ende, dado que lo que caracteriza al conjunto económico es la pluralidad de empresas con una unidad de dirección; su configuración se produce puesto que si bien aparecen formalmente como independientes están entrelazadas o vinculadas formando un todo complejo pero unitario dado que responde a un mismo interés.- El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no de cada empresa en sí considerada, aun cuando los derechos y obligaciones respecto de terceros se originan a partir de cada una de ellas. (vide de Ermida Uriarte, “Empresas multinacionales y derecho laboral”, página 73 y siguientes).- En el caso de obrados no está probada tal figura, no hay continuidad empresarial, no hay intercambio económico ni vinculación de capitales; no aparece establecida como encubierta con la finalidad de perjudicar al trabajador, no hay dirección o administración común, es más las tareas desarrolladas por Tacua S.A. aparecen respecto del objeto societario de Saman S.A. como algo marginal, residual, todo lo cual descarta la figura invocada.- (...)En conclusión, la existencia del conjunto económico debe establecerse en base a pautas que lo definan de modo inequívoco y en autos la prueba que debía aportar el demandante (cfm. artículo 139 C.G.P.) es*

*insuficiente para tener por ciertas esas características, en tanto el vínculo reconocido, sin que se demostrara transferencia patrimonial para eludir obligaciones u ocultar activos, o aún la sucesión y continuidad laboral de las mismas, etc. no autorizan a postular una sólida unión económica entre ambas, al punto de tratarlas como una sola, por lo cual se comparte la atinada solución de la Sra. Sentenciante de primer grado de rechazar la pretensión actora de un conjunto económico conformado por las empresas demandadas”.- 5- Sentencia 131/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 15/05/2013*

*Es decir, se requiere, además de los indicios habitualmente señalados por la dogmática, la presencia de dos elementos: 1) la existencia de control o dominación entre empresas y 2) la existencia de una dirección económica unitaria o unificada (Cf. Sentencias Nos. 30/2015 y 306/2015, entre otras). En la especie, no solo se encuentran presentes aquellos indicios que doctrinariamente se toman en cuenta para determinar la existencia de un conjunto económico (domicilios físicos comunes, desempeño en giros idénticos, el hecho de que una sociedad sea cliente de la otra, trasiego de personal y representantes de una empresa que cumplen funciones en la otra), sino que, además, conforme a la plataforma fáctica tenida por probada, emerge que el co-accionado Motta es quien ejerce la dirección económica y el control unitario del conjunto, requisito este último imprescindible para la configuración del instituto en cuestión.*

*Como sostuvo la Corporación en sentencia No. 306/2015: “Es cierto que algunos de los elementos que dogmáticamente se toma en cuenta para determinar la existencia de un conjunto económico, pueden estar presentes en la causa (existencia de vínculos familiares entre los integrantes de las sociedades, desempeño en giros similares, utilización común de una marca registrada, el hecho de que una sociedad sea el principal cliente de la otra, identidad de integración de algunos de los socios en una etapa pasada). Sin embargo, tal como refiere la doctrina, los anteriores constituyen indicios que en algunos casos pueden contribuir a determinar la existencia de un ‘conjunto económico’, pero que por sí solos no son suficientes. Y ello aun cuando se verifiquen todos los elementos enunciados, pues cuando se determina la existencia de ‘conjuntos económicos’ únicamente en base a estos elementos, se desconoce las nuevas formas de colaboración empresarial en las que las empresas interactúan cada vez más. Son cada vez más frecuentes las uniones estratégicas en las que las empresas comparten domicilio, personal, sistemas logísticos, etc. Son también más frecuentes las empresas que surgen para atender los requerimientos de otras empresas (cf. ‘Conjuntos Económicos en materia tributaria’, Dr. Agustín Amonte y Dr. Gianni Gutiérrez en Revista de Derecho y Tribunales No. 11/octubre 2009, Ed. AME, págs. 82/83). En última instancia, para tener por configurada la figura de ‘conjunto económico’ se requiere acreditar la existencia de un grupo o conjunto de sociedades o personas que, si bien son jurídicamente independientes, en realidad forman una unidad económica administrativa, dirigida por una única voluntad que comanda el negocio en forma unificada y en pos de un interés común (cf. ob. cit., pág. 73)”. Sentencia 1.388/2019 - Suprema Corte de Justicia - 04/11/2019*

*“Según Castello (Grupo de empresas y Derecho del Trabajo, Pág. 147 y siguientes), la noción de grupo de empresas varió con el correr del tiempo, pasando desde la existencia de grupos de empresas “que en el vértice de la pirámide, o en su cabeza, existía una empresa madre o matriz cuya misión era dirigir el conjunto de manera unitaria o unificada, lo que dio paso a*

*la configuración de un grupo de empresas por subordinación” , hasta los grupos de empresas descentralizadas o en red, donde “si bien las distintas entidades que lo componen se encuentran vinculadas por lazos de control o dominación, no siempre existe una empresa madre o matriz ni tampoco se hace siempre visible una dirección unificada desde la cual se emiten instrucciones y órdenes para todo el grupo, ya que las empresas subsidiarias o filiales conservan un importante grado de autonomía para la adopción de las decisiones propias de sus competencias” y los grupos por coordinación paritarios u horizontales, donde actúan bajo dirección unitaria que surge del “libre acuerdo de las empresas del grupo, por lo que en la determinación de las decisiones participan todos los integrantes en pie de igualdad”.-*

*De acuerdo a esas definiciones la búsqueda de la existencia de este fenómeno debe partir del análisis de si existe una dirección unitaria. - Sentencia No. 000047/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT - 19/03/2014*

Cf. Sentencia 270/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 28/08/2019

En otros casos puede apreciarse que el elemento determinante para considerar la presencia de un conjunto económico es la existencia de control interno o participacional.

*“El conjunto económico se basa en hechos objetivos y ciertos y procura el triunfo de la verdad sobre la apariencia pero no exige que se prueba la intención deliberada de violar la ley o de desfigurar los hechos, para que se configure es esencial que exista unidad de control, sin que sea relevante la forma de dicho control. ... La nota tipificante del conjunto económico, es la comunidad de intereses económicos subyacente sobre la agrupación de empresas formal o jurídicamente diferentes, no siendo imprescindible la prueba del traslado de utilidades o el desdoblamiento de capitales para que haya conjunto (v. S. 143/2010 TAT 1er. T. CADE DIGITAL, con cita de la obra del Dr. PLA RODRIGUEZ y del Dr. LAFLUF) en casos en que se acredita la existencia de conjunto económico”. Sentencia No. 224/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 21/07/2017*

*Remitiéndonos a lo declarado por los mencionados queda de manifiesto en lo que al caso importa que la administración de las empresas referidas se daba a través de las instalaciones comunes sita en las intersección de las Avdas. Rivera y Luis A. De Herrera, por las personas físicas Raúl Recoba y Luisa Gallardo, quienes amén de ser cónyuges eran accionistas del 50% del paquete accionarios de las empresas de marras.- A modo de ejemplo, adviértase la precisión y detalle del testimonio del Sr. Medela Gómez (en particular vide fs. 77 in fine y 78), cuando en caso de aludir a la situación de la co-demandada Amparo Flores dice: “Ella tenía todo el paquete accionario que nos pertenecía, eran el 50% de todas las acciones de las empresas. Originalmente éramos dos matrimonios, por un lado Recoba - Gallardo tenían el 50% y por otro lado Flores - Medela, el otro 50%. 84/2010 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 09/04/2010*

*En palabras de la Doctrina puede concluirse en que existe una tendencia firme a definir el grupo económico en función de dos variables: a) la relación de dependencia o control entre empresas y b) la existencia de dirección unitaria o unificada.- De allí que –como acaece en el caso de autos-, en la noción de grupo de empresas dejamos de lado el elemento “comunidad de intereses” o “interés común” entre las empresas, ya que es perfectamente posible que entre empresas autónomas exista convergencia o confluencia de intereses económicos, pero sin embargo*

*no tengan lazos de dependencia entre sí ni estén subordinadas a un mismo centro, lo que las excluiría de la noción de grupo económico.- Por eso entendemos que se configura cuando dos o más empresas formalmente autónomas se encuentran bajo la influencia dominante de un mismo agente de control (puede ser una o varias personas físicas o una o varias personas jurídicas), de forma tal que éste tenga la posibilidad de determinar el comportamiento económico de las empresas con caracteres de estabilidad y permanencia. La exigencia de que el control, dominio o influencia (cualquiera sea la modalidad de éste) sea de carácter estable, excluye aquellas asociaciones estratégicas circunstanciales, las vinculaciones de cooperación meramente transitorias y toda otra forma de coordinación inter empresarial sin permanencia.- Sentencia No. 332/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 25/09/2014*

#### 4.3.2. Importancia de la prueba indiciaria en cantidad suficiente

En lo que sí hay prácticamente unanimidad es en la relevancia de la prueba indiciaria para considerar acreditada la existencia de un conjunto económico.

Entre la prueba indiciaria señalada por la jurisprudencia, se destaca la siguiente: coincidencia de directores o administradores entre las empresas, identidad de accionistas, lazos de parentesco entre socios, accionistas y directivos de las empresas, confusión patrimonial, utilización de mismo asiento físico y domicilio común, intercambio de bienes, maquinarias, útiles de trabajos; identidad de organización administrativa o comercial, trasiego de personal, cumplimiento de tareas indistintamente para varias empresas, pago de deudas de otra empresa, asistencia financiera entre el grupo, asesores profesionales y apoderados comunes, representantes comunes, utilización del mismo logo o distintivo, aplicación del mismo reglamento de trabajo interno emisión de instrucciones y directivas de una empresa hacia la otra, o de una persona física sobre varias empresas, planificación centralizada de los negocios de todas las empresas, unidad de dirección, similitud, analogía o identidad de giros por concomitancia o sucesividad o giros complementarios.

Por otro lado, también existe prácticamente unanimidad sobre que no alcanza con la acreditación de elementos o indicios aislados y solitarios, sino que éstos deben hacerse presentes en cantidad y calidad significativa. Deben recabarse datos y elementos en cantidad suficiente para conformar un cuadro agudo probatorio, que genere la convicción sobre la existencia del grupo en grado de razonable certeza, según las sentencias analizadas.

*Se ha destacado que la importancia de la probanza indiciaria al momento de acreditar la existencia de un conjunto económico (cfr. S.C.J en sent. N° 182/2001 en "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 2001, c. 115 y en sent. N° 3/2005 en ob. cit. Año 2005, c. 80). Como elementos indiciarios externos que revelan la existencia de una comunidad de intereses permitiendo identificar a esas varias personas formales como una única entidad económica, la jurisprudencia ha señalado la presencia de directivos y/o representantes y/o administradores y/o "caras visibles" y/o letrados patrocinantes comunes, muchas veces incluso vinculados por parentesco, la de actividades o giros similares o complementarios o vinculados por concomitancia o sucesividad, la utilización del mismo personal (ya sea en forma simultánea, sucesiva o alternada) y de bienes inmuebles (identidad de asiento físico o de domicilio) y muebles comunes, así como la identidad patrimonial que puede ser con integración de capital social de una de las empresas con acciones de la otra.*

Manifestó la Suprema Corte de Justicia en Sentencia N° 1344/2006 de 16/8/2006: “Precisamente, la Corte ha entendido que, si bien la prueba del conjunto económico surge de múltiples indicios que ha sistematizado la doctrina (Cf. Plá Rodríguez, Curso, t. I, Vol. 1, págs. 133 y ss.), la unidad de interés económico subyacente a las personas que formalmente aparecen como diversas, se plasma sin más exigencias, si dichas empresas utilizan, indistintamente, los servicios del trabajador (v. sent. No. 3/05).” **Sentencia No. 227/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 19/08/2014**

El cúmulo de indicios habilita deducir la existencia lazos de diversa índole - familiares, afectivos, económicos, - cruzados y un interés económico común entre los recurrentes y el resto de las codemandadas, no empañados ni por la apariencia de independencia ni por el desempeño laboral de varios de ellos aún en formal calidad de trabajadores subordinados. La información reseñada habilita reconstruir un panorama de dirección y planificación unificada, esfuerzo mancomunado y dominio de un sujeto sobre otros que aún sin intención de defraudar, en los hechos operaron respondiendo a una única gestión. **Sentencia 244/2008 - Tribunal Apelaciones Trabajo 1°T - 15/10/2008**

...que se verifican elementos tipificantes de conjunto económico entre ambas sociedades. Se trata ambas sociedades de emprendimientos con giros conexos, Acerenza fabricaba grifería, como expresa la prueba testimonial de autos. Mientras que Panibel comercializaba entre otros dichos productos y otros vinculados a la grifería, lozas y demás. No se trata como afirma la demandada que las integrantes de un conjunto deban tener un mismo giro para ser categorizadas como conjunto. Bastando la existencia de giros conexos. Contrariamente a los dichos de la demandada ambas explotaciones compartieron domicilio, según acredito la prueba testimonial. Se trató de emprendimientos llevados, más allá de las formas, como negocio de carácter familiar, unidos los integrantes de los Directorios por vínculo de parentesco entre sí. Ambas sociedades comparecieron al proceso patrocinados por el mismo profesional abogado, lo que constituye un indicio adicional de la existencia de conjunto económico. ...Ana Inés Acerenza figura como Presidente del Directorio y María Cecilia Acerenza Caffarini, vicepresidente del Directorio de Panibel S.A. Desde noviembre de 2005 sin cambios. ...Carlos Gerardo Acerenza Samarelo es único Director de Acerenza S.A, desempeñándose desde entonces en dicho cargo, sin modificaciones. ....No aportaron prueba fehaciente ni del funcionamiento de las sociedades ni en cuanto al aporte del detalle de las participaciones sociales y los titulares de las cuotas de capital correspondientes. ...Las omisiones argumentales y probatorias referidas, aunadas a las coincidencias entre los integrantes de la misma familia en explotaciones, llevadas a cabo bajo modalidad de sociedades anónimas diferenciadas formalmente, aunado al resto del caudal probatorio allegado a la causa, ponderado todo en su conjunto, conforme pautas de sana crítica razonabilidad y experiencia conllevan: En primer término considerar que se verifica en autos hipótesis de conjunto económico entre ACERENZA S.A y PANIBEL S.A. Por lo que se desestima el agravio de la demandada en el punto. **Sentencia No. 224/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 21/07/2017**

“...que todos conformaban un conjunto económico en base a los siguientes indicios: giros similares, continuidad de empresas, identidad de asiento físico, identidad patrimonial y de personas físicas al frente de las mismas. A juicio del Colegiado asiste razón a la recurrida, pues todos los codemandados, hoy recurrentes, aparecen entrelazados entre sí, enmascarando un mismo centro de interés patrimonial y de dirección que dan certeza a la figura recogida en la atacada y los hace pasible de responder en forma solidaria por los créditos laborales objeto de condena. **Sentencia No. 389/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 20/12/2017**

“...Registran que ambas empresas tienen giros conexos, la prueba testimonial rendida coincide casi sin fisuras en que las actividades de ambas empresas, planta, circulación de camiones, carga y descarga se desempeñan en el mismo local, en el que además se ubicaba una estructura administrativa común a todas las actividades. No está controvertido que los Sres. Moller codemandados sean familiares entre sí. La prueba testimonial ubica la dirección de la empresa y las directivas impartidas a los trabajadores en la persona de los Sres. Moller, padre e hijo. La testigo Machado al igual que el actor pasó a desempeñarse conjuntamente con otros trabajadores, de una empresa a la otra. Lo que es indicativo que ambas empresas se servían indistintamente del personal que revistaba por una u otra. La prueba de autos corrobora que el actor, conducía el camión de Rodrigo Moller, y que todas las actividades de ambas empresas se cumplían en el mismo establecimiento. No resulta de autos que los camiones conducidos por el actor distribuyeran otros productos que las bebidas de DOBA LTDA. (v. fs. 226/228, 232). La Sra. Machado Francia, fs. 237 y ss. actual dependiente personal administrativa, declara que se lleva un legajo personal de cada empleado. Los dichos de la testigo dan idea de que todos los sujetos accionados se sirven de la misma estructura administrativa y de todo el personal indistintamente, más allá de las formas. El testigo Rodríguez Borda, quien según sus propias declaraciones vertidas en otro proceso sustanciado por el Señor Paris, fs. 284, expresa ser amigo de Enrique Moller y tener un cargo de especial confianza en la empresa, expresa que él es quien da “las directivas al personal.... A la prueba que viene de reseñarse se suma que todos los codemandados comparecen asistidos por el mismo profesional que los representa **80/2016 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 25/04/2016**

“...el codemandado Jorge Abella es único director y representante de Panguí SA y socio mayoritario de Tayjor SRL (fs. 61, 70 y 127), surge que Abella era identificado como el único y verdadero empleador y vinculado a las dos empresas demandadas, que ambas empresas tiene un giro similar, tenían la oficina en el mismo local y que en varias oportunidades trabajadores de Tayjor Ltda prestaban funciones en Panguí.-

De acuerdo a esos hechos tenidos por probado surge que la realidad económica subyacente es que las dos personas jurídicas demandadas y el demandado Jorge Abella constituyen un conjunto económico y en consecuencia deben responder solidariamente frente al actor.. **Sentencia No. 205/2016 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 21/09/2016**

“...precisarse que generalmente la prueba de la existencia de un conjunto económico se obtiene principalmente en base a indicios y a hechos reveladores o indicativos de la presencia de ese conjunto o comunidad de intereses o del único centro de interés que lo conforman, indicios que varían según el caso concreto.” **Sentencia No. 417/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 2°T - 20/12/2019**

*“En cuanto a la valoración de la prueba.*

*A efectos explicativos, la Corte hará un racconto de los indicios tomados en consideración por la Sala y, luego, se centrará en el análisis probatorio.*

*El Tribunal relevó los siguientes indicios:*

*a) Las personas jurídicas co-accionadas, quienes supuestamente son independientes, tienen el mismo domicilio físico, aspecto que no fue explicado por la parte demandada.*

*b) Ambas empresas tienen el mismo giro de actividad comercial.*

*c) Provincor S.A. y Yaperó S.A. son identificadas como una única empresa, existiendo una clara vinculación entre ellas.*

*d) Gustavo Motta es reconocido como el dueño de ambas y empleador del personal dependiente: es quien organiza, gestiona y dirige el conjunto.*

*e) Provincor S.A. era proveedor de Yaperó S.A.*

*f) El Sr. Álvaro Gordano, presidente y único integrante del Directorio de Yaperó S.A., figura como empleado de Provincor S.A. en la categoría auxiliar.*

*g) Ambas empresas se benefician de la labor de sus respectivos trabajadores.*

*(...)*

*En el caso, lo que ocurre es que la Sala valoró la prueba obrante en autos y, a partir de ella, concluyó fundadamente que: Provincor S.A. y Yaperó S.A. son identificadas como una única empresa, existiendo una clara vinculación entre ambas; Gustavo Motta es reconocido como el dueño de las personas jurídicas y empleador del personal dependiente. Asimismo, es quien organiza, gestiona y dirige el conjunto; Provincor S.A. era proveedor de Yaperó S.A.; el Sr. Álvaro Gordano, presidente y único integrante del Directorio de Yaperó S.A., figura como empleado de Provincor S.A. en la categoría auxiliar y; las empresas co-demandadas se benefician de la labor de sus respectivos trabajadores.*

**(...)Sentencia 1.388/2019 - Suprema Corte de Justicia - 04/11/2019**

Cf. Sentencia No. 000047/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 1°T - 19/03/2014; Sentencia No. 332/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 25/09/2014; Sentencia No. 125/2015 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 22/04/2015; Sentencia No. 325/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 04/09/2019, Sentencia 401/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 27/11/2019; Sentencia No. 99/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 29/04/2014, Sentencia No. 255/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 27/08/2013;

#### 4.3.3 La presencia de elementos indiciarios aislados no son suficientes para acreditar la existencia de un conjunto económico

##### 4.3.3.1. No es suficiente la sola presencia de vínculos de parentesco ni la existencia de participaciones sociales para configurar el grupo en materia laboral

*Al respecto, en sentencia citada y con relación a los requisitos que deben verificarse para que se pueda considerar que existe, efectivamente, conjunto económico, el Alto Cuerpo ha expresado que deben coexistir, por lo menos, dos empresas aparentemente independientes aunque vinculadas en un todo complejo, pero integral, que respondan a un mismo interés y que traduzca una realidad más económica que jurídica.*

Es decir, se requiere la presencia de dos elementos: 1) la existencia de control o dominación entre empresas y 2) la existencia de una dirección económica unitaria o unificada (cf. Sentencia de la S.C.J. No. 30/2015).

(...) Es de verse, que del marco fáctico y de la plataforma probatoria relevada por los actores, apreciada cada una de las producidas y/o en su conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 140 del C.G.P.), no es posible concluir que entre las demandadas existía o existe una verdadera "unidad empresarial", aun cuando resultó probada la existencia de vínculos comerciales entre ellas, que las demandadas en ningún momento negaron.

Este vínculo, por sí solo, no es necesariamente indicativo de la existencia de un conjunto económico, pues no traduce el control de una empresa respecto de la otra, condición exigible para tener por configurada la figura pretendida.

Por otra parte, no se probó unidad de dirección, ni establecimientos comerciales comunes, ni trasiego de personal de una empresa a otra, ni domicilio, ni administraciones comunes, etc.

La recurrida no desconoció que el Sr. Goldwasser, con anterioridad al año 1985, fue el accionista mayoritario de IPSA, pero también señaló que luego de esa fecha, el demandado cedió su participación accionaria a su ex cónyuge Sra. Szabolcs en ocasión de la partición de bienes por la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. También es cierto que luego de aquella fecha y hasta principios del año 1999, el Sr. Goldwasser ejerció la Gerencia General del Frigorífico Centenario.

Empero, esta plataforma fáctica, la cual fue tenida en cuenta por el Tribunal para arribar a su fallo revocatorio, no confirma la existencia del conjunto económico alegado a la concreta fecha en la cual se produjo el daño (anterior al año 1999).

Es cierto que algunos de los elementos que dogmáticamente se toma en cuenta para determinar la existencia de un conjunto económico, pueden estar presentes en la causa (existencia de vínculos familiares entre los integrantes de las sociedades, desempeño en giros similares, utilización común de una marca registrada, el hecho de que una sociedad sea el principal cliente de la otra, identidad de integración de algunos de los socios en una etapa pasada).

Sin embargo, tal como refiere la doctrina, los anteriores constituyen indicios que en algunos casos pueden contribuir a determinar la existencia de un "conjunto económico", pero que por sí solos no son suficientes. Y ello aún cuando se verifiquen todos los elementos enunciados, pues cuando se determina la existencia de "conjuntos económicos" únicamente en base a estos elementos, se desconoce las nuevas formas de colaboración empresarial en las que las empresas interactúan cada vez más. Son cada vez más frecuentes las uniones estratégicas en las que las empresas comparten domicilio, personal, sistemas logísticos, etc. Son también más frecuentes las empresas que surgen para atender los requerimientos de otras empresas (cf. "Conjuntos Económicos en materia tributaria", Dr. Agustín Amonte y Dr. Gianni Gutiérrez en Revista de Derecho y Tribunales No. 11/octubre 2009, Ed. AMF, págs. 82/83).

En última instancia, para tener por configurada la figura de "conjunto económico" se requiere acreditar la existencia de un grupo o conjunto de sociedades o personas que, si bien son jurídicamente independientes, en realidad forman una unidad económica administrativa, dirigida por una única voluntad que comanda el negocio en forma unificada y en pos de un interés común (cf. ob. cit., pág. 73).

Ese control de una empresa sobre la otra, es lo que los actores no lograron acreditar sin atisbo de dudas, máxime cuando la figura en análisis, al no estar expresamente prevista en la Ley, deriva del principio de la realidad económica, lo cual impone un celo muy exigente a la hora de determinar que se verifican los elementos para que aplique la figura. (...).

**Sentencia No. 306/2015 Suprema Corte de Justicia - 23/11/2015**

*“(…) En efecto, en punto al agravio por la recepción de la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la codemandada Saman S.A. el Cuerpo comparte el criterio que sustenta la sentencia recurrida.- El único sustento del agravio deducido se encuentra en la acreditada participación accionaria de tal empresa en la otra codemandada Tacua S.A., en un porcentaje del cuarenta y un por ciento (41%); ningún otro fundamento aparte de éste se encuentra en obrados para responsabilizar a Saman S.A. como empleadora.- (…).*

*En conclusión, la existencia del conjunto económico debe establecerse en base a pautas que lo definan de modo inequívoco y en autos la prueba que debía aportar el demandante (cfm. artículo 139 C.G.P.) es insuficiente para tener por ciertas esas características, en tanto el vínculo reconocido, sin que se demostrara transferencia patrimonial para eludir obligaciones u ocultar activos, o aún la sucesión y continuidad laboral de las mismas, etc. no autorizan a postular una sólida unión económica entre ambas, al punto de tratarlas como una sola, por lo cual se comparte la atinada solución de la Sra. Sentenciante de primer grado de rechazar la pretensión actora de un conjunto económico conformado por las empresas demandadas”.- **Sentencia 131/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 15/05/2013***

*Por el contrario, no se advierten elementos contundentes que permitan verificar que la codemandada Sra. Ana López Plavan, integre el conjunto económico, no alcanzando con ocupar un cargo gerencial y su condición de hija del “dueño”, para identificarla también con el centro de poder de decisión que controla el grupo, a fin de sindicarla como empleadora del actor e integrante del conjunto económico invocado en la demanda y por ende, responsable pasiva de los rubros objeto de condena. En el caso dichos extremos no se verifican, como con justeza se establece en la sentencia apelada y determina el rechazo de los agravios y la confirmatoria en cuanto al amparo de la excepción de falta de legitimación pasiva de dicha codemandada. (…)*. **Sentencia 401/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 27/11/2019**

Cf. Sentencia No. 30/2015 - Suprema Corte de Justicia - 02/03/2015

#### 4.3.3.2. La mera coincidencia de administradores no es suficiente para considerar se configura un conjunto económico

*(…) En efecto, tal como establece el Dr. Alejandro Castello en “Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo”, “la mera coincidencia de algún director o administrador entre distintas empresas”, es un elemento de “carácter contingente, accidental o secundario”, por lo que no alcanza para dar por probada la existencia de un conjunto económico, “no es un elemento suficiente o relevante por se”, pues “necesariamente debe ser acompañado de otros indicadores significativos, que conformen un cuadro agudo probatorio de la existencia de relaciones de unidad y dominio entre las empresas.” (ob. cit. págs. 145 y 146). Por ende, no puede darse por probado el conjunto económico como pretende la recurrente en sus agravios, por el mero hecho de que el Sr. Gustavo Pollero integre el directorio de dos de las tres sociedades codemandadas. Tampoco es determinante, que las mismas hubieren recurrido a los servicios del mismo letrado para contestar la demanda, ello es meramente especulativo, porque en tren de especular bien pudo ser porque este tenga experiencia en defender comercios de ese tipo en materia laboral. Para poder por probada la existencia del mentado conjunto económico se debió de haber aportado elementos que realmente demostraran que estamos ante una dirección unitaria de las empresas que responden a un mismo centro de interés económico. **Sentencia No. 219/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 16/08/2017***

## 4.4 La consecuencia de la configuración del conjunto económico: la solidaridad en aplicación del principio de primacía de la realidad

### 4.4.1. La responsabilidad objetiva del grupo

Mayoritariamente nuestra jurisprudencia, siguiendo a la doctrina laboralista sobre este particular, ha considerado –salvo excepciones– que, demostrada la existencia del conjunto económico, la responsabilidad de sus miembros en materia de adeudos laborales es solidaria.

Por lo cual, aun cuando el trabajador haya prestado tareas solamente para uno de los integrantes del grupo y no exista trasiego de personal entre las mismas, el conjunto económico es responsable solidario.

Así ha sido reconocido pacíficamente también por la doctrina laboralista. En este sentido, Castello (2015) sostiene que en Uruguay la doctrina y jurisprudencia laboral han edificado un régimen de responsabilidad objetiva del grupo de empresas, desligado de la noción de dolo, fraude, o abuso de derecho (p. 201). La sola presencia de la estructura grupal habilita, con fundamento principalmente en el principio de primacía de la realidad, considerar a dicho grupo como un único empleador responsable por las obligaciones laborales.

*“...que el descubrimiento de la unidad subyacente en el conjunto económico es un imperativo del principio de primacía de la realidad, postulando para ello una mayor flexibilidad y amplitud de los medios probatorios, reconociendo el derecho del trabajador (malgré la falta de disposiciones legales) de reclamar contra cualquiera o todas las empresas que componen esa unidad que responderán en forma solidaria por la deuda laboral, aun cuando formalmente haya figurado como dependiente de una de ellas... La vinculación económica de las empresas las hace solidariamente responsables por los créditos laborales. Cuando se trata de relaciones laborales no puede ignorarse la existencia del grupo, considerando que el único empleador que se ha comprometido con el trabajador, es la sociedad que ha participado del contrato respectivo. **Sentencia No. 338/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 15/11/2017***

*La información reseñada habilita reconstruir un panorama de dirección y planificación unificada, esfuerzo mancomunado y dominio de un sujeto sobre otros que aún sin intención de defraudar, en los hechos operaron respondiendo a una única gestión. En consecuencia, tributando al principio de primacía de la realidad, puede deducirse que todos se beneficiaron directa o indirectamente del trabajo dependiente prestado por los reclamantes y por ende y en aplicación del principio de protección del trabajo ( art. 53 Carta) , corresponde hacerles extensiva la responsabilidad. **Sentencia No. 224/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 21/07/2017***

*Al conjunto económico se lo considera como empleador único, se instituye la solidaridad pasiva entre todas las empresas integrantes del grupo y personas físicas que lo conformen, pudiendo los trabajadores reclamar sus créditos laborales contra cualquiera de ellos sin que importe cual lo contrató o para quien trabajó o trabaja efectivamente. (Cfe. Plá Rodríguez, “Curso de Derecho Laboral” tomo1, vol. 1, página 152).- . **Sentencia 84/2010 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3ºT - 09/04/2010***

*Adviértase, que la consecuencia de la noción de conjunto económico en materia laboral, es su consideración y tratamiento como empleador único y por ende, único deudor, cuyo patrimonio está conformado por la sumatoria de las empresas y personas que constituyen el grupo ...La vinculación económica de las empresas las hace solidariamente responsables por los créditos laborales. ...que por el contrario más allá de la máscara formal, hay que buscar y responsabilizar a los titulares del poder y de la decisión, tratando que no se eluda mediante el recurso de constituir diferentes personas jurídicas colectivas, las responsabilidades laborales que dicho conjunto de empresas adquiere frente a un dependiente. **Sentencia No. 6/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 15/03/2013***

*Finalmente en cuanto a la persona física responsabilizada, como lo refiere la Doctrina vernácula, habrá que demostrar que el socio o accionista persona física, es el verdadero centro de dirección, control y organización de un conjunto de empresas.- Sobre este aspecto debe hacerse hincapié en que no puede hablarse de conjunto o grupo económico si se trata de una 'única' empresa, ya que dicha noción se constituye sobre la premisa de que existe una 'pluralidad' de entidades formalmente independientes pero sustancialmente vinculadas por lazos de dependencia.- En tal caso, la responsabilidad de la persona física no requiere demostración de que ha conducido al grupo con dolo, culpa grave, abuso de derecho o mala fe, ya que la responsabilidad solidaria de los componentes del grupo es de naturaleza objetiva.- La circunstancia fáctica de que la persona física demandada se haya exteriorizado frente al actor como si fuese "el dueño" de las empresas, resulta ser indicio de indudable "peso" en la dilucidación de la cuestión.- Máxime que ha estado al frente de la dirección de esos emprendimientos comerciales en sus diferentes denominaciones.- **Sentencia No. 125/2015 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 22/04/2015***

En igual sentido se pronunciaron: Sentencia No. 219/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 16/08/2017; - Sentencia No. 99/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 29/04/2014

En algunos casos excepcionales, se ha requerido para responsabilizar al conjunto que se demuestre la existencia de transferencia patrimonial para eludir obligaciones, ocultar activos, etc.

*En conclusión, la existencia del conjunto económico debe establecerse en base a pautas que lo definan de modo inequívoco y en autos la prueba que debía aportar el demandante (cfm. artículo 139 C.G.P.) es insuficiente para tener por ciertas esas características, en tanto el vínculo reconocido, sin que se demostrara transferencia patrimonial para eludir obligaciones u ocultar activos, o aún la sucesión y continuidad laboral de las mismas, etc. no autorizan a postular una sólida unión económica entre ambas, al punto de tratarlas como una sola, por lo cual se comparte la atinada solución de la Sra. Sentenciante de primer grado de rechazar la pretensión actora de un conjunto económico conformado por las empresas demandadas".- **Sentencia 131/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 3°T - 15/05/2013***

#### 4.4.2. Prescendencia del fraude para solidarizar al conjunto

Cuando se aprobó la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060, de fecha 4 de setiembre de 1989, en la cual se incorporó de forma expresa el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, la doctrina laboralista se pronunció de forma categórica sobre que ello no obligaba a cambiar la jurisprudencia en materia de conjunto económico.

En dicho entonces, la doctrina laboralista marcó su posición señalando que en la ley de sociedades comerciales se aplica la teoría del disregard que cabe sólo en caso de fraude, cuando se utiliza la personalidad jurídica para violar el orden público, supone una intención dolosa. Y en el derecho laboral se aplica la doctrina del conjunto económico que se basa en hechos objetivos y ciertos, quiere el triunfo de la verdad sobre la apariencia, pero no exige que se pruebe la intención deliberada de violar la ley o de desfigurar los hechos (Plá Rodríguez, 1993, p. 14).

En opinión de Plá Rodríguez, se trataría de dos etapas de un recorrido similar. Según el citado, ambas disciplinas se hallan en etapas distintas. Se empieza siempre por reaccionar contra el fraude. Luego se extiende a otras situaciones de discordancia con la verdad, aunque no las haya provocado una intención perversa (1993, p. 14).

Para Plá Rodríguez en materia de conjunto económico se ha producido un doble proceso, uno en materia laboral donde ha ido caminando y consolidándose en todos los terrenos y otros en el ámbito comercial, donde la evolución de las ideas ha ido más lenta y vaticinaba en este sentido que el derecho comercial avanzaría a posiciones similares a las de la doctrina laboral. Por lo cual, remataba sosteniendo que el disregard en nada puede influir en la corriente jurisprudencial que surgió y se consolidó con anterioridad, basada justamente en el conjunto económico (1993, p. 15).

La unanimidad de la jurisprudencia ha desestimado la aplicación de la normativa societaria en materia de inoponibilidad de la personería jurídica como justificativo para la extensión de la responsabilidad.

*“No se requiere la comprobación de maniobras fraudulentas o de un ejercicio abusivo de las firmas societarias para perjudicar a terceros” Sentencia No. 338/2017 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4ºT - 15/11/2017*

*“Con el advenimiento de la Ley N° 16.060, que en su art. 189 consagró legalmente en nuestro ordenamiento positivo de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica o “disregard of legal entity”, se planteó si con ello dicha ley afectaba la construcción del fenómeno del conjunto económico elaborado por el derecho del trabajo, coincidiendo doctrina y jurisprudencia en dar una respuesta negativa a la interrogante, aún cuando deba reconocerse que hubo alguna vacilación en un principio por parte de alguna jurisprudencia al respecto.*

*Como señaló el Dr. Osvaldo Mantero, “cuando un instituto originario del Derecho del Trabajo o del Derecho Comercial es aplicado de una disciplina a la otra ha menester considerar que ambas ramas del derecho tutelan bienes jurídicos distintos, lo que explica ya su especialidad y sus diferentes principios, circunstancias todas que obligan a una labor interpretativa que necesariamente consulte esa especificidad y que al aplicar una disposición no tenga en cuenta el origen de la norma sino la naturaleza de la relación de que se trata” (cfr. “La Teoría del Conjunto Económico en el Derecho del Trabajo” en “Jornadas Interdisciplinarias Laboral-Comercial”, pág. 32).*

*Siguiendo al Dr. Plá Rodríguez, la jurisprudencia laboralista sostiene que no es posible asimilar la situación regulada en la Ley N° 16.060 en su art. 189 para la materia civil y comercial, con la problemática laboral. En efecto, mientras que el conjunto económico supone un control o subordinación o coordinación por parte de una sociedad en relación a las demás y la unidad económica patrimonial, o sea, la confusión de patrimonios jurídica y teóricamente independientes,*

*la teoría del “disregard of entity” puede sintetizarse como el desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad comercial en un caso concreto a fin de permitir llegar a las personas físicas o jurídicas detrás de la misma y a la realidad económica subyacente. Los requisitos establecidos por la Ley N° 10.060 son para retirar el “manto de la personalidad jurídica” en determinadas hipótesis especialmente establecidas, pero ello no implica que deba retrocederse en lo ya creado en la materia laboral en cuanto al conjunto económico, puesto que ello sería un verdadero contrasentido, ya que si bien puede entenderse que la materia haya ido puliendo el tema, pero no sobre la situación especial de la materia laboral, y no es razonable pretender retroceder a la luz del avance de otra rama. En materia laboral, no es necesario probar el fraude, dolo u otras circunstancias, lo que realmente importa es la situación del trabajador, que es ajeno a esta problemática y simplemente responde a quien le brinda trabajo, mas allá de las formalidades o acuerdos de empresas (cfr. “Judicatura”, N° 30, págs. 11 y ss.; “Anuario de Jurisprudencia Laboral”, Año 1993, c. 707; Año 2001, c. 129). **sef-0511-000119/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 13/05/2014***

*No se requiere, por consiguiente, para la aplicación del instituto, la prueba de fraude o dolo, exigencia propia del derecho comercial, que consagra el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica (art. 189 de la Ley de Sociedades Comerciales, No. 16.060), figura afín a la del conjunto económico pero con diferencias sustanciales en atención a los distintos bienes jurídicos tutelados,... **Sentencia No. 30/2015 - Suprema Corte de Justicia - 02/03/2015***

Cf. Sentencia No. 6/2013 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 15/03/2013 - Sentencia 401/2019 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 27/11/2019 - Sentencia No. 99/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 4°T - 29/04/2014 -. - Sentencia No. 000047/2014 - Tribunal Apelaciones Trabajo 1°T - 19/03/2014

## 5. Crítica a la posición de la jurisprudencia y doctrina laboral en materia de responsabilidad solidaria del conjunto económico

### 5.1. La evolución inversa del derecho comercial en materia de reconocimiento de la sociedad unipersonal y su incidencia en el conjunto económico

En materia de responsabilidad del conjunto económico, como viene de señalarse, sin que exista ley que determine dicha solidaridad, a partir del desarrollo de la teoría de la personería laboral del empleador, sustentada en los principios de la primacía de la realidad y protector, nuestros tribunales laborales hace más de medio siglo admiten la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los integrantes del grupo con el cual se busca tutelar los derechos de los trabajadores.

Es letra muerta en materia laboral el art. 1391 del Código Civil que dispone “*La solidaridad no se presume: es preciso que se declare inequívocamente en la convención o en el testamento.*”

Sólo cesa esta regla en los casos que tenga lugar de pleno derecho, en virtud de disposición de la ley”.

Como fuera antes señalado, Plá Rodríguez hace varias décadas atrás opinaba que el derecho laboral y comercial se encontrarían en dos etapas de un recorrido similar. Según el citado, ambas disciplinas se hallaban en etapas distintas, en el ámbito comercial la evolución de las ideas habría ido más lento y vaticinaba en este sentido que el derecho comercial avanzaría a posiciones similares a las de la doctrina laboral en materia de responsabilidad (1993, p 34).

La doctrina y jurisprudencia laboral se ha mantenido prácticamente inmodificada en los últimos 50 años en este sentido. En un fallo del año 1967, en el cual se reclamaban créditos laborales a un conjunto económico, el juez de la causa, Dr. Abril Pérez San Martín, señalaba en este sentido:

De modo alguno puede decirse que las distintas sociedades civiles o comerciales existen para que lo que es un mismo patrimonio se tenga por dos distintos... Demande el operario a su propio patrono o a la otra persona de ese mismo patrimonio, debe cualquiera de ellas pagar... (...) el ámbito de aplicación de esas personerías y todos sus aspectos nunca podrá ser el derecho de trabajo... El error corriente en esta materia es pretender el trasplante directo de las personerías y en general de todas las soluciones civiles y comerciales y aun exclamar “Disparate” cuando este derecho las rechaza sin advertir que dicho derecho responde a principios generales distintos, se aplica a distintos aspectos de la convivencia humana, a distintas zonas, con distintos valores (Plá Rodríguez, 2015, pp. 298 - 299).

Se desconocía en dicho fallo lisa y llanamente la existencia de la personalidad jurídica en materia laboral y la posibilidad de la organización de patrimonios destinados a negocios específicos.

En igual sentido, en una época más reciente, Ermida Uriarte señalaba que en el caso de grupo empresarios estamos en presencia de una aparente pluralidad de sujetos, pluralidad que es dejada de lado o penetrada para permitir la visualización de una realidad subyacente unitaria, por lo cual para este autor, no sería correcto incluso hablar de solidaridad entre ellos, cuando en realidad se trata de un único empleador (1981, pp. 92-93) “No es, pues necesario, hablar de solidaridad, sino de deudor único, aunque con varias caras” (p. 147).

Con posterioridad, la doctrina y jurisprudencia laboral mayoritaria parecería que reconocieron a la persona jurídica como sujeto de derecho independiente a sus socios, pero consideran que la utilización de la forma jurídica sociedad por un único individuo o grupo limitado de individuos con la finalidad de limitar la responsabilidad es prácticamente inmoral. Si detrás de la sociedad hay un único sujeto que dirige la misma entonces el instrumento no justificaba su utilización. La idea de la necesidad de pluralidad de personas en el emprendimiento asociativo sigue presente en materia laboral, de lo contrario no se explica la limitación de la responsabilidad. De lo contrario no estaríamos ante auténticas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, de lo contrario las mismas serían unas pantallas, de lo contrario existiría una tensión entre la verdad y la ficción (Plá Rodríguez, 1993, p. 21).

La doctrina laboralista más reciente, sigue sosteniendo que la existencia de una pluralidad de empresas unidas por lazos de dominación debería hacer caer la individualidad de cada una de ellas. Por eso, en el orden estrictamente laboral el grupo debería ser considerado como un único empleador, dejándose al margen la personalidad jurídica de cada empresa.

En definitiva, en el derecho laboral lo que se castigaba y se castiga, es la existencia de un sujeto que domine, dirija, controle a más de una empresa. Ese supuesto, implica hasta el día de hoy, considerar que existe un conjunto económico y que todos ellos responden por las deudas laborales de todos los integrantes.

Habiendo transcurrido unas cuantas décadas desde las predicciones de Plá Rodríguez sobre este particular, el derecho comercial, no solamente no ha acompañado al derecho laboral en sus concepciones sobre la responsabilidad del conjunto económico, sino que está cada vez más en las antípodas.

En materia comercial, ya hace varias décadas, Ferro Astray (1991), ante el reconocimiento europeo de las sociedades unipersonales, señalaba que una vez más ha quedado demostrado que los conceptos y mecanismos jurídicos que el derecho fue creando para lograr sus fines por más fundamentales que aparezcan, son esencialmente instrumentos de trabajo, que aun reconociéndoles la inapreciable utilidad que hayan prestado caen un día bajo el peso de la inevitable obsolescencia (p.11).

En ese entonces, Ferro Astray señalaba que a la luz de los derechos tradicionales que inspiran los derechos de raíz románica, referirse a sociedades de una sola persona equivale a una incongruencia, contradicción, absurdo, etc. Toda sociedad es por esencia y definición un instituto de integración colectiva. Sin el sustento de pluralidad de personas, el concepto queda privado de sentido y en el mundo de lo conceptual es inadmisibile. Pero el derecho, decía Ferro, debe contemplar y regular el mundo de los hechos, y éstos vienen, desde mucho tiempo atrás, demostrando que el instrumento jurídico de la “sociedad” es utilizado como tal al margen de la concepción lógica o dogmática (pp. 11 y ss).

Detrás de los hechos reales y concretos, afirmaba Ferro, un nuevo concepto, esta vez económico y no jurídico, arrasó los sistemas tradicionales: la empresa durante tanto tiempo ignorada por los juristas, ha terminado por irrumpir en el universo jurídico y a su paso van cediendo las compuertas que protegían un mundo conceptual, alejado de la realidad y obligado a transformarse. La sociedad-empresa posee una dinámica que trasciende a las personas de sus integrantes, sostenida por una persona económica y jurídico-formal que la mantiene casi al margen de aquéllos. Y abogaba por el reconocimiento de que el empresario individual pueda atribuir a su empresa un patrimonio propio independiente del suyo personal

En nuestro país estas concepciones relacionadas a la “inmoralidad” de la fragmentación patrimonial para fines específicos por medio de sociedades comerciales o utilización de otras formas jurídicas parecen estar superadas. Asimismo, el cuestionamiento a la sociedad unipersonal también se encuentra finalizado. Hoy el foco está en la empresa, como generadora de valor, por lo cual lo que debemos es determinar en beneficio de quién se plasma la técnica de separación patrimonial.

El derecho laboral no ha acompañado la evolución que ha sufrido la concepción de la personería jurídica en este sentido.

Es cierto que la personalidad de las sociedades fue la respuesta del Derecho a la necesidad de que la pluralidad de personas que integran la asociación funcionen como si fuera un sujeto único. Fue un mecanismo de la técnica jurídica para diferenciar la formación de la voluntad colectiva de un conjunto de personas respecto de cada una de ellas (Etcheverry, 1992, p. 40).

Pero como sostiene Ferrer (2022), desde hace ya décadas, en el mundo y también en Uruguay, la noción de sociedad contrato ha ido dando pasos hacia la noción de sociedad empresa, que posee una dinámica que trasciende la persona de sus integrantes, sostenida por una estructura económica y jurídico-formal que la mantiene casi al margen de aquellos (p. 257).

La dogmática comercial que exigía la pluralidad de socios y que consideraba reñida con la ética a la sociedad unipersonal con limitación de responsabilidad ha sido abandonada ya hace mucho tiempo.

Hoy en día la discusión sobre la pluralidad de personas ha dado paso a centrarse en la existencia de un patrimonio de afectación o afectación de bienes a fines económicos específicos (Gamio-Castellán, 2013, pp. 147 y ss.).

Es así que surgen en estas últimas décadas en Europa y América Latina las sociedades simplificadas, que tiene como características la de permitir la existencia de un único accionista con responsabilidad limitada, superándose en estos casos los cuestionamientos anteriores que, considerando a la sociedad como un contrato, exigían la pluralidad de fundadores en su constitución.

Y surge por la necesidad justamente de la insuficiencia de la tipología societaria clásica para atender las necesidades de la actividad económica, principalmente de las pequeñas y medianas empresas, que representan más del 90% de las empresas nacionales (Olivera-Miller, 2018, pp. 35 y ss.).

Olivera y Miller señalan que, en procura de alentar el espíritu emprendedor, minimizando las formalidades y los costes de adaptación que la reglamentación produce en las empresas nuevas y de menor tamaño, comienza este movimiento de crear un tipo social por acciones y con limitación de la responsabilidad para las pequeñas y medianas empresas (pp. 35 y ss.).

Este tipo social nuevo, recogiendo el contenido del proyecto de Ley uniforme de la OEA, se apoya en las siguientes bases, entre otras y en lo que para este trabajo interesa: limitación de la responsabilidad de los accionistas por las obligaciones sociales, incluida las derivadas de impuestos y obligaciones laborales, y posibilidad de creación por una o más personas físicas o jurídicas o de continuidad con un único accionista (Olivera-Miller, 2018, pp. 35 y ss.).

Por lo cual, hoy no es admisible dudar de la legalidad y moralidad de la sociedad unipersonal y de la independencia del patrimonio de la sociedad y el del único socio.

Nadie duda que una sociedad por acciones simplificada o una sociedad anónima con un único accionista no se trata *per se* de una pantalla, sino de una forma de organización empresarial perfectamente lícita e incluso promovida por el legislador –nacional y del mundo occidental- con la finalidad de fomentar emprendimientos empresariales.

Por lo cual, la tan criticada -por la doctrina laboral- utilización de la forma jurídica sociedad o grupo de sociedades por un único individuo o grupo limitado de individuos con la finalidad de limitar la responsabilidad ya no es de recibo. Los calificativos de la doctrina laboral sobre que se trata de una “máscara para disimular la realidad”; “un montaje”, “aparato formal” y que por ello debe desestimarse ya no parecen admisibles. Tenemos miles de sociedades donde hay un único sujeto que la dirige, el legislador promueve ese instrumento, nadie duda de la calidad de sujeto de derecho y de la limitación de la responsabilidad del accionista.

Y, de igual forma, tampoco podemos calificar de máscara, montajes y similares la situación de que una misma persona dirija y controle varias sociedades comerciales, conformando de esta forma un conjunto económico de los analizados.

Es por eso que afirmamos que la evolución ha sido diametralmente inversa a la vaticinada por Plá Rodríguez, en tanto, en la actualidad, la personalidad jurídica se centra en un patrimonio con fines específicos, siendo un instrumento creado por el legislador y utilizado por los operadores empresariales para justamente escindir de su patrimonio personal y afectar de forma específica determinados bienes a una actividad empresarial sin que la misma afecte el patrimonio personal, todo lo cual se promueve y vislumbra como perfectamente lícito. Y de igual forma, es admisible que un único sujeto fragmente su patrimonio por medio de una pluralidad de sociedades comerciales con fines específicos independiente entre ellos, sin que debamos considerar que existe una máscara formal.

Como señala Ferrer (2022), si bien es cierto que la sociedad unipersonal puede ser utilizada como un instrumento de fraude a la ley, hay mecanismos legales y procesales suficientes para prevenir y sancionar el fraude: acción pauliana, simulatoria, *disregard*, nulidades.

La pregunta entonces es... ¿no debería la jurisprudencia y doctrina laboral rever sus posiciones y acompañar a la teoría mercantilista en ese sentido?

## 5.2. Inconsistencia de la teoría laboral respecto a la persona física como responsable cuando integra un conjunto económico

En la teoría laboral existe una dicotomía en materia de responsabilidad de la persona física que dirige al empleador persona jurídica. Si dicha persona física dirige y controla varias empresas es responsable solidario. En caso de que gestione solamente una empresa, se respeta la responsabilidad limitada establecida por la ley. Así de sencillo. Las razones no quedan claras.

Castello (2015) en este sentido señala que cuando no existe conjunto económico la responsabilidad de directores y administradores de sociedades comerciales solamente pueden basarse en los arts. 391 y siguientes de la LSC, por lo que se deberá probar que han actuado durante el desempeño de su cargo en violación de la ley el estatuto o el reglamento, con abusos de facultades, dolo o culpa grave. Si lo que se trata es de atribuir obligaciones laborales a los accionistas de una sociedad anónima o los socios de sociedades en las cuales legalmente está prevista la limitación de responsabilidad

persona, dicha imputación solo puede fundarse válidamente en la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, para lo cual habrá que demostrar que aquellos utilizaron la personalidad jurídica con fraude o dolo y en perjuicio de terceros. De lo contrario, si se acepta que entre la empresa (única) y su director o administrador existe un conjunto económico, se eliminaría de hecho la figura de la sociedad anónima y su régimen legal de limitación de la responsabilidad (pp.185 y ss.).

Sin embargo, el referido autor considera que cuando existe un conjunto económico y se demuestra la existencia de pluralidad de empresas y que la o las personas físicas determinadas son el verdadero centro de dirección, control y organización de aquellas, entonces sí la persona física pasa a responder con su patrimonio personal (pp. 185 y ss.).

Sobre la inclusión de la persona física como integrante del conjunto y por ende responsable con su propio patrimonio, al analizar la doctrina y jurisprudencia laboral que aboga por su inclusión se percibe una especie de idea de injusticia en caso de que esta persona física quede por fuera del grupo y la extensión de la responsabilidad.

En palabras de Plá Rodríguez (1993), no parece haber motivo para prescindir de la persona que ha creado, ideado, organizado y dirigido el conjunto de sociedades, afirma el autor. Alguna doctrina y jurisprudencia laboral señala que de no incluirse a la persona física que dirige al conjunto se eludiría su responsabilidad patrimonial (p.19).

Se observa en la lectura de la jurisprudencia y doctrina laboral en este particular, la idea de que la existencia de una única persona que dirige y controla al grupo de empresas sería por sí fraudulenta –como fuera señalado en el numeral anterior-, que se trataría de una apariencia formal, que el verdadero empleador es el empresario persona física que dirige al grupo, que sería dicha persona física la que se beneficiaría realmente con los frutos del trabajador subordinado, que de no incluirse a la persona física se permitiría que esta se esconda tras sociedades con responsabilidad limitada, etc.

Ahora bien, no se entiende cuál es el real justificativo para responsabilizar a la persona física que ha creado, ideado, organizado y dirigido un conjunto de sociedades/empresas, y no a la persona física que ha creado, ideado, organizado y dirigido una sola sociedad. No se comprende las razones por las cuáles –en la teoría laboral- la existencia de pluralidad de empresa muta la responsabilidad de la persona física que la dirige.

Se castiga entonces –sin justificación alguna a criterio de esta parte- a la persona física que tenga diversos emprendimientos con la imposición de la responsabilidad solidaria y el desconocimiento del régimen de limitación de responsabilidad previsto por el legislador para algunos tipos sociales específicos.

Las razones de esa disociación considero que no quedan claras. No se advierte la justificación de tratamiento diferencial de estas dos hipótesis.

Como señalamos en el numeral anterior, la posición laboralista queda en las antípodas de los regímenes más modernos, en los cuales es cada vez mayor el reconocimiento de que la personalidad jurídica es en definitiva un instrumento para atribuir a un sujeto un patrimonio propio, con fines propios independiente al personal del empresario.

### 5.3. Inconsistencia de la teoría laboral respecto a la aplicación del principio de realidad como justificativo de la extensión de la responsabilidad objetiva en el conjunto económico

Inicialmente la extensión de responsabilidad en materia laboral en el conjunto económico tuvo su justificación en el principio de la realidad, a efectos de responsabilizar a todo el grupo cuando el trabajador efectivamente laboró para todos los integrantes de forma indiscriminada.

Ahora bien, esa situación inicial fue mutando a una responsabilidad objetiva del conjunto económico en materia laboral, y se puede apreciar que en la jurisprudencia analizada poco importa que el trabajador haya efectivamente prestado su fuerza de trabajo para más de uno de los integrantes del grupo. La existencia de un conjunto económico para nuestra jurisprudencia laboral implica la solidaridad en las deudas. Sin embargo, la propia jurisprudencia sigue señalando como justificativo de la solidaridad el principio de la realidad.

En este sentido, Castello (2015) sostiene que en Uruguay la doctrina y jurisprudencia laboral han edificado un régimen de responsabilidad objetiva del grupo de empresas, desligado de la noción de dolo, fraude, o abuso de derecho (p. 201). La sola presencia de la estructura grupal habilita, con fundamento en el principio de primacía de la realidad, considerar a dicho grupo como un único empleador responsable por las obligaciones laborales.

Señala Plá Rodríguez (2015) que el principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (p. 271).

Ahora bien, no es lo que ocurre en los hechos en materia de conjunto económico, en tanto, se puede observar de la jurisprudencia analizada, que aun cuando las entidades integrantes del grupo no hayan compartido personal, por lo cual, desde el punto de vista del contrato de trabajo la realidad se condiga con las formas y el trabajador contratado para trabajar en una de las empresas integrantes del grupo haya efectivamente trabajado solamente para esa entidad y no para las otras; aun cuando no exista ninguna “discordancia con la verdad” en el relacionamiento laboral, el grupo es solidario.

Por lo cual, invocar como fundamento de la solidaridad del conjunto el principio de la realidad parece una falacia.

Entonces, nos cuestionamos si, en realidad, el verdadero principio que aplica la jurisprudencia laboral es el de primacía de la realidad o, por el contrario, el principio protector. Y si, en definitiva, con el afán de que el trabajador vea satisfechos sus créditos, se ha aplicado de forma artificial el principio de la primacía de la realidad para desconocer la existencia de diversos sujetos de derechos y la limitación de la responsabilidad impuesta por el legislador a determinados socios o accionistas.

De compartirse estas conclusiones, un segundo análisis que correspondería realizar, es si la aplicación del principio protector se opone al principio de seguridad jurídica.

Determinadas leyes han señalado una y otra vez el reconocimiento de la personería jurídica a determinadas organizaciones, así como que los accionistas de sociedades

anónimas son limitadamente responsables por las deudas sociales, incluidas las laborales. Recientemente en el marco de las SAS se aclara de forma expresa que la responsabilidad limitada de los accionistas comprende a las obligaciones laborales.

En la posición laboralista de la responsabilidad objetiva del conjunto económico, se desconoce la existencia de sujetos de derecho independientes, así como la limitación de la responsabilidad de los accionistas.

Plá Rodríguez (2015) sostenía que el principio protector no da derecho a hacer cualquier cosa en nombre de la protección del trabajador ni mucho menos sustituirse al creador de las normas (p. 86).

Sin embargo, la responsabilidad objetiva del grupo económico sustituye al creador de la norma imponiendo la responsabilidad solidaria a una pluralidad de empresas y, eventualmente, de los socios o accionistas cuando se optó por la responsabilidad limitada.

Podría pensarse que cuando la doctrina laboral invoca el principio de la realidad como justificativo de la responsabilidad objetiva se estaría refiriendo a la realidad económica del grupo de empresas y no a la realidad del contrato de trabajo (si el trabajador laboró o no para todas las empresas del grupo). De ahí la muy reiterada frase por la jurisprudencia laboral de que el conjunto económico es una realidad más económica que jurídica y por ende ello justificaría que en homenaje a la primacía de la realidad deba extenderse la responsabilidad.

Pero aun en este sentido, también consideramos que es inconsistente la aplicación del principio de la realidad para solidarizar al grupo. Porque con este fundamento, debería de extenderse la responsabilidad del accionista único en sociedades unipersonales o de aquél que dirige y gestiona la sociedad, dinamitando así la responsabilidad limitada impuesta por el legislador.

Una vez más, no vemos en esta hipótesis la justificación del tratamiento dual a la existencia de un conjunto económico y una sociedad cuyos socios o accionistas tengan la responsabilidad limitada unimembre o con pocos accionistas personas físicas que dirigen y controlan la misma. También en estos últimos casos podría sostenerse que bajo la apariencia e independencia formal existe una unidad económica subyacente que se identificaría con la dirección unitaria común o convergente.

Volvemos al mismo dilema que el anterior numeral. ¿Cuál es la diferencia?

En definitiva, nuestra jurisprudencia laboral ha actuado con una enorme discrecionalidad a la hora de afectar patrimonios de personas jurídicas y físicas en pos de la seguridad de los haberes laborales de los trabajadores que prestan servicios en empresas que integra un conjunto económico.

Podemos compartir la extensión de la solidaridad en aquellos casos en que las diversas empresas integrantes del conjunto se beneficiaron todas ellas, en mayor o menor medida, del trabajo del empleado. Cuando el trabajador de forma indiferenciada trabajó para todas o algunas de las empresas del grupo, en aplicación del principio de primacía de la realidad. Sin embargo, cuando la realidad implica que el trabajador solamente laboró para una de las integrantes del grupo, la extensión de la responsabilidad al resto de los integrantes no cuenta con ningún justificativo, ni siquiera en el principio protector como antes señalamos.

Comprendemos las necesidades de la doctrina y jurisprudencia laboral de encontrar argumentos para proteger el crédito de los trabajadores. El tema es si dicha protección debe buscarse haciendo caso omiso al reconocimiento de la personería jurídica y la limitación de la responsabilidad que una y otra vez el legislador ha optado como medio de incentivo de la tan necesaria actividad privada empresarial. O, por el contrario, mediante medidas legislativas que aseguren de otra forma su cobro. En este sentido, los créditos laborales cuentan con un privilegio general de primer orden en el concurso, sumado al fondo de garantía laboral en la ley 19.690, y varios beneficios con cargo a la seguridad social.

## Referencias bibliográficas

- Algorta Morales, P. (2020), *Conjunto Económico en materia tributaria – art 20 bis del CT. La necesidad de determinar la dirección unificada*, Dir. Ricardo Olivera *Estudios de Derecho Comercial en homenaje al Prof. Dr. José Pedro Astray*, Tomo II, Montevideo, La Ley Uruguay.
- Algorta Morales, P. (2019), *Conjunto económico en materia tributaria –art 20 bis del CT- y el concurso*, *El Derecho Comercial en el camino de la revisión de la normativa societaria y concursal*, Semana Académica del IDC, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, FCU.
- 46 ■ Algorta Morales, P. (2013), *El Control Societario en la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, Universidad de Montevideo.
- Castello, A. (2015), *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*, Segunda Ed. Ampliada, Montevideo, FCU.
- Chalar, L. y Mantero, E. (2010), *El sistema de responsabilidad del grupo económico en la ley concursal: análisis de dos tendencias contradictorias*, *Sociedades y Concurso: en un mundo en cambio*, Jornadas del IDC 2010, Montevideo, FCU.
- Creimer I., Ferrer A., Heuer F. y Rodríguez Mascardi T., (1997), *Concurso del grupo económico en el Derecho Uruguayo*, en *II Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial*.
- Etcheverry, R. A. (1992), *La personalidad societaria y el conflicto de intereses*, en *Anomalías Societarias*, Córdoba, Advocatus.
- Ermida Uriarte, O. (1981), *Empresas Multinacionales y Derecho Laboral*, Montevideo, Amalio Fernández.
- Ferrer, A. (2022), *La sociedad unipersonal en el proyecto de ley modificativo de la Ley 16.060*, en *Agudezas y Laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma*, Semana Académica del IDC 2022, Montevideo, FCU
- Ferro Astray, J.A. (1961), *Empresas Controladas*, Bs.As., Abeledo Perrot.
- Ferro Astray, J.A. y Olivera García, R. (2014), *Grupo de Sociedad*, La Ley Uruguay.

- Ferro Astray, J.A. (1991), *Sociedad Unipersonal*, en *Anuario de Derecho Comercial No. 5*, Montevideo, FCU.
- Gamio, A. y Castellán, S. (2013), *Limites a la creación Voluntaria de Patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes*, en *Revista de Derecho*, Vol. 12, Num. 22., Montevideo, Universidad de Montevideo.
- Hargain, D. y Lage, D. (1991), *Concentración Societaria*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Lafluf Villareal, A. (2005), *Conjunto Económico: en busca del fraude*, *Revista La Justicia Uruguaya (LJU)*, Doctrina Tomo 132.
- Manóvil, R. (1998), *Grupo de Sociedades*, Bs.As., Abeledo-Perrot.
- Mantero, E. y Chalar, L. (2005), *Conjunto Económico: ¿Responsabilidad Civil de la Sociedad Matriz?*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo T. XXXV*, Montevideo, FCU.
- Olivera García, R. y Miller, A. (2018), *Sociedades por acciones simplificadas. Exposición de motivos y anteproyecto de Ley*, *Revista de Derecho Comercial, Quinta época, Año III, número 9, ene-mar 2018*, Montevideo, La Ley Uruguay.
- Olivera García, R. y Olivera Amato, J.M. (2004), *El Disregard of Legal Entity en la Jurisprudencia*, *Anuario de Derecho Comercial T. 10*, Montevideo, FCU.
- Otaegui, J. (1993), *El control societario y el Mercosur*, en *Anuario de Derecho Comercial T. 6*, Montevideo, FCU.
- Otaegui, J. (1984), *Concentración Societaria*, Bs. As., Abaco de Rodolfo Depalma.
- Plá Regules, J. (1976), *La Personería Laboral del Empleador*, *Revista de Derecho Lanoral No. 101*, Montevideo, Facultad de Derecho, UDELAR.
- Plá Rodríguez, A. (1990), *Curso de Derecho Laboral, Tomo 1, Vol. 1*, 2da reimpresión, Montevideo, Ideas.
- Plá Rodríguez, A. (2015), *Los Principios del Derecho de Trabajo*, 4ta edición, Montevideo, FCU.
- Plá Rodríguez, A. (1993), *Sobre el alcance de la noción de conjunto económico*, *Revista Judicatura*, n.36.
- Rodríguez Olivera, N. (1998), *Agrupaciones Societarias*, 1ºed., Montevideo, FCU.
- Rodríguez Olivera, N. (2009), *Manual de Derecho Comercial, V. 6 Derecho Concursal*, 1º edición, Montevideo, FCU.



Ignacio BARLOCCI

Investigador independiente (Uruguay)

ignacioagustinbarlocci@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2328-9807>

Lucía FERNÁNDEZ RAMÍREZ

Universidad de la República (Uruguay)

dra.luciafernandezramirez@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8078-3444>

Recibido: 26/10/2023 - Aceptado: 14/11/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Barlocci, I. y Fernández Ramírez, L. (2023). La falta de validación médica del Síndrome de Alienación Parental y su utilización en el Derecho Uruguayo. *Revista de Derecho*, 22(44), 49-60. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.3>

## La falta de validación científica del Síndrome de Alienación Parental y su utilización en el Derecho Uruguayo

49

**Resumen:** El Síndrome de Alienación Parental es definido por la doctrina jurídica y por la jurisprudencia como el accionar de un progenitor sobre sus descendientes menores de edad con el fin de generar una concepción negativa hacia el otro progenitor.

A pesar de que la ciencia jurídica valida este concepto no hay un consenso en las ciencias médicas acerca de su rigor científico. A nivel mundial el mismo no es concebido como un trastorno psiquiátrico según los Manuales de Psiquiatría DSM. En nuestro país: la Facultad de Psicología de la Universidad de la República; el Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay; y la Fiscalía General de la Nación, han declarado que el Síndrome de Alienación Parental no está validado científicamente.

El presente trabajo realiza un relevamiento de la jurisprudencia nacional describiendo en como ésta en un primer momento convalida el Síndrome de Alienación Parental, para luego reconocer su carácter científico en unos casos, y su inadmisibilidad como argumento probatorio en otros.

**Palabras claves:** Síndrome de Alienación Parental, Derecho de Familia, Derecho Procesal, Psicología Forense, Visitas, Tenencia, Prueba Pericial.

## The lack of scientific validation of Parental Alienation Syndrome and its use in Uruguayan Law

**Abstract:** Parental Alienation Syndrome is defined in the academic literature and case-law as the actions of a parent on their children with the aim of creating a negative perception toward the other parent.

Despite legal science endorsing this concept, there is no consensus in the medical sciences regarding its scientific rigor. Worldwide, it is not regarded as a psychiatric disorder according to the DSM Psychiatry Manuals. In our country, the School of Psychology at the *Universidad de la República* (State Public University), the Institute of Children and Adolescents of Uruguay, and the Attorney General's Office have declared that Parental Alienation Syndrome is not scientifically validated.

This paper reviews national case-law, describing how it initially validates Parental Alienation Syndrome, only to later acknowledge its unscientific nature in some cases and its inadmissibility as an evidentiary argument in others.

**Keywords:** Parental Alienation Syndrome, Family Law, Procedural Law, Forensic Psychology, Visitation, Custody, Expert Witness.

50

## A falta de validação científica da Síndrome de Alienação Parental e seu uso no Direito Uruguaio

**Resumo:** A Síndrome de Alienação Parental é definida pela doutrina jurídica e pela jurisprudência como a ação de um progenitor sobre seus descendentes menores de idade com o objetivo de gerar uma concepção negativa em relação ao outro progenitor.

Apesar de a ciência jurídica validar esse conceito, não há consenso nas ciências médicas quanto à sua validade científica. Em nível mundial, não é reconhecido como um transtorno psiquiátrico de acordo com os Manuais de Psiquiatria DSM. Em nosso país, a Faculdade de Psicologia da Universidade da República, o Instituto da Criança e do Adolescente do Uruguai e a Procuradoria Geral da Nação declararam que a Síndrome de Alienação Parental não é validada cientificamente.

Este trabalho realiza um levantamento da jurisprudência nacional, descrevendo como, inicialmente, ela valida a Síndrome de Alienação Parental, para depois reconhecer seu caráter não científico em alguns casos e sua inadmissibilidade como argumento probatório em outros.

**Palavras-chave:** Síndrome de Alienação Parental, Direito de Família, Direito Processual, Psicologia Forense, Visitas, Guarda, Perícia.

## 1. Introducción

A fines del siglo pasado el psiquiatra estadounidense Richard Alan Gardner concibió el llamado Síndrome de Alienación Parental (denominado en adelante como SAP)<sup>1</sup>. A grandes rasgos, el SAP sería según el autor, un trastorno mental infantil producido en un niño/a<sup>2</sup> debido a una manipulación mental de uno de sus progenitores<sup>3</sup>, generalmente realizada por la madre a cargo de su custodia en perjuicio del padre. Este último aspecto estereotipado de Gardner es criticado por la comunidad científica (Vaccaro, 2015).

El SAP si bien es utilizado actualmente para discernir cuestiones relativas a visitas y tenencias de las infancias, en su origen fue planteado por Gardner para (intentar) argumentar que eran falsas<sup>4</sup> las denuncias de abuso sexual infantil de los casos en los que él participaba como perito de parte del progenitor denunciado (Vaccaro, 2015).

En cuanto al SAP se señala que sobre su “real existencia no existe acuerdo en la comunidad médico-científica” (Howard, 2014, p. 134). Sin embargo, tanto la jurisprudencia nacional (Rivero de Arhancet, 2016, p. 116) como la doctrina (Howard, 2014) adoptan el concepto del SAP en la esfera de los denominados Juzgados de Familia “común” como un fenómeno a erradicar en procesos que tengan como pretensión la tenencia o las visitas de las infancias. Cabe señalar que en los casos de violencia<sup>5</sup> sexual a las infancias tramitados ante los Juzgados de Familia Especializado, el art. 46 de la Ley 19.580 prohíbe utilizar argumentos técnicos o “pseudo técnicos” que pretendan desacreditar los testimonios de víctimas menores de edad<sup>6</sup>, en tanto el art. 125 del CNA establece la necesidad de que los técnicos privados y públicos que intervengan en situaciones de vulneración a los derechos de niñas, niños y adolescentes tengan una adecuada especialización profesional. Tal es así, que las técnicas expertas de la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual critican la falta de validación científica del SAP en los casos que se pretende utilizar este concepto (Gallego, 2013).

Sabiendo que en un proceso de protección regulado por el art. 117 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (denominado a partir de ahora CNA) el SAP no debería tener ninguna eficacia probatoria de acuerdo a lo establecido en el art. 46 de la Ley 19.580, corresponde preguntarse cómo es que se aplica el mismo en los procesos de tenencia y de visitas consagrados en los arts. 34 y 39 del CNA, siendo éste el eje principal del presente trabajo.

Ante esto, se hace necesario clarificar que siendo el SAP un concepto no aceptado por la ciencia de la psicología, las pruebas periciales en los procesos de Derecho de Familia nunca van a poder pronunciarse sobre un objeto que escape del conocimiento científico de los peritos de conformidad con lo dispuesto en el art. 177.1 del Código General del Proceso. En otras palabras, un perito contable sólo puede pronunciarse acerca de procesos

1 TAF 1°, sent. n° 227/2011, de 10/08/2011.

2 En cuanto al uso del lenguaje, destacar que se utilizan a menudo expresiones o fórmulas genéricas solo por simplicidad del lenguaje, sin que ello importe desconocer que muchas veces replican desigualdades. La intención no es replicarlas, sino favorecer que las y los lectores no se agoten por un uso extensivo de fórmulas.

3 Se habla de progenitores en un sentido amplio del término, esto es, haciendo extensibles las conclusiones de este trabajo a las variadas formas de vida en familia que puedan existir, y a las diversas formas de asumir los cuidados en nuestra sociedad; no cerrando el concepto a la familia tradicional basada en el matrimonio civil.

4 TAF 2°, sent. n° 7/2014, de 27/08/2014.

5 Juzgado de Familia 22° T, sent. n° 57/015, de 05/05/2016.

6 TAF 2°, sent. n° 302/2020, de 02/09/2020.

contables, no sobre la autopsia médica. El perito psicólogo sólo puede tener como objeto pericial fenómenos psicológicos, y el SAP no es uno de ellos.

Entonces, si las pericias practicadas no pueden revelar la existencia del SAP (porque el mismo es catalogado por acientífico por la psicología), ¿cómo es que la jurisprudencia recoge este concepto? ¿La jurisprudencia toma este concepto como un fenómeno propio de la psicología o como un fenómeno jurídico?

Como hipótesis de este trabajo se plantea que la jurisprudencia no toma al SAP como un fenómeno psicológico sino que como un concepto jurídico. Se utiliza al SAP aún no habiendo prueba pericial ni informes de parte.

## 2. Concepto de Síndrome de Alienación Parental y crítica conceptual

El SAP es explicado por parte de la doctrina uruguaya como “una programación o manipulación mental que el custodio realiza sobre sus hijos destinada a inculcarles un odio o resentimiento respecto al otro padre (y su familia extendida) a través de la denigración, descalificación o descrédito de éste, sin una causa real que lo justifique, con el fin de inducir a los menores para que rompan las relaciones afectivas con el no custodio” (Howard, 2014, p. 155). Este síndrome surgiría principalmente en el contexto de un conflicto legal en donde desde la perspectiva de las infancias habría un progenitor bueno y un progenitor malo (Briz, 2020, p. 130).

Sin embargo se sostiene desde la Psicología Forense que “los progenitores alienadores no persiguen el daño de sus hijos, aunque su conducta suponga un riesgo para éstos” (Muñoz, 2010, p. 13).

Este fenómeno puede mirarse en dos etapas. La primera aparece como una adaptación (mediante estrategias conscientes y/o inconscientes) de las infancias al conflicto de separación de sus progenitores. Pero luego, quizá lo preocupante es cómo reaccionan los progenitores a esa situación del niño/a (Briz, 2020, p. 130). Es decir, puede suceder que ante el hecho de que una madre posea una nueva pareja su hijo se sienta “desplazado” o que esta persona “desplazó” a su padre. El propio niño se pone en situación de tener que decidir sobre la “lealtad” hacia uno de sus padres, y eso podría hacer que le genere comentar esta situación a su otro progenitor. Ahora, la actitud o reacción de este progenitor hacia la situación es lo que genera más daño al proceso del niño. Si el otro progenitor entiende el proceso de su hijo no habrá un conflicto. Pero si empieza a consultarle a su hijo sobre qué hace su madre y su actual pareja, si la nueva pareja lo rezonga, si su madre lo deja solo de noche, etcétera, el niño comenzará a ver la situación verdaderamente como un problema. Ese progenitor estaría consciente o inconscientemente haciéndole creer a su hijo que hay dos bandos, debiendo resaltar que para las infancias es muy difícil mantenerse neutral en los conflictos entre sus padres (Briz, 2020, p. 127).

Sin embargo, esta imposibilidad de niñas y niños de ser neutrales no es una enfermedad, ni tampoco es un mandato de las mujeres madres que son a quienes la sociedad les asigna tradicionalmente los cuidados de las infancias<sup>7</sup>.

7 SCJ, sent. n° 509/2021, de 26/10/2021.

Esto es necesario resaltarlo porque las infancias evidentemente van a sentir que le deben más lealtad al progenitor con quien más vínculo hayan tenido, dado que “cuando los hijos perciben que sus padres se han vuelto adversarios, se sienten forzados a tomar partido, muchas veces sin llegar a comprender lo que está ocurriendo” (Montenegro, 2015, p. 143). Si una niña fue cuidada por su madre durante casi todo el día porque el padre no la dejaba trabajar, es evidente que va a querer quedarse con su progenitora y eso no es una manipulación ni SAP.

Este “vínculo de lealtad” no solo sucede en las infancias, sino que también en la psiquis de sus progenitores dado que “El niño o la niña, al inclinarse más por uno de los progenitores, generará en el otro un sufrimiento difícil de tolerar, el cual podrá ser interpretado como un acto de deslealtad” (Montenegro, 2015, p. 666).

Es así que el SAP intenta describir más un proceso social que un proceso psiquiátrico. Obviamente ya sea como proceso social o psiquiátrico, sus hipótesis y conclusiones son erradas: un niño/a puede preferir vivir con uno de sus progenitores<sup>8</sup> sin que esto sea un complot familiar.

En este orden de ideas, es que la comunidad científica ha rechazado al SAP por no cumplir los mínimos necesarios para ser un síndrome y menos aún una entidad clínico-diagnóstica<sup>9</sup> (Credidio, 2023, p.18).

Incluso, desde la Psicología, se ha dicho que:

con el SAP, se borran las contribuciones, sobre la Psicología de infancia y adolescencia desarrollada por pensadores como Piaget, Vigotsky, Klein, A. Freud, Winnicott, etc, autores considerados piedras angulares y pilares fundamentales en el transcurso de la malla curricular para la Licenciatura en Psicología. Con el SAP se materializa el objetivo de Gardner, como un reduccionismo que extingue toda complejidad de la psique humana en un diagnóstico fácil y sencillo llamado SAP (...). A modo de que la perspectiva de género y los DD.HH. no queden en el olvido, porque el Psicólogo es un garante de los DD.HH. debe sembrar la conciencia subjetiva del Derecho y aportar la mirada y la escucha psicológica, para finalmente poder ver los cambios de la construcción de una sociedad más equitativa (Hospital Machado, 2016, p. 37).

8 TAF 1°, sent. n° 179/2021, de 10/11/2021.

9 Al día de hoy, sobre todo en nuestro medio, lo cierto es que tampoco existen investigaciones empíricas que den cuenta de la existencia -y en su caso del número- de denuncias “falsas” (y/o argumentos sobre sus posibles motivaciones). De acuerdo a algunos autores argentinos, sobre todo cuando se refieren a situaciones de abuso sexual en las infancias (Cassinari, Mazzini, María Viar, 2023, p. 248-249), detallan que “Esta teoría se ha constituido en una estrategia usual de las defensas en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes (NNyA). En particular, el argumento desarrollado es la inducción o manipulación del NNyA por el adulto protector para que declare en contra de la persona denunciada. Si bien no podemos dejar de reconocer que resulta vital un amplio reconocimiento del derecho de defensa, este tipo de argumentos deberían ser rechazados de plano por dos motivos, que nos dedicaremos a desarrollar: 1. La falta de validez científica: En esta etapa de evolución en el reconocimiento de los derechos de NNyA víctimas, tanto desde el plano normativo como jurisprudencial, resulta anacrónico que se utilice el concepto del “Síndrome de Alienación Parental”. El inventor de este supuesto síndrome fue Richard Gardner, pero su metodología y sus conclusiones son cuestionadas por: a) la falta de fundamentos científicos, b) la consecuente nula credibilidad y c) la exposición a los niños y las niñas a situaciones de riesgo al revincularse con el adulto agresor. 2. Desplaza el eje de la discusión judicial: La introducción en un proceso del “Síndrome de Alienación Parental” provoca que se comience a debatir sobre la personalidad de los padres del niño o de la niña y sus relaciones interpersonales en vez de acreditar la existencia del hecho de abuso sexual. La denuncia tiene que ver con la problemática entre los cónyuges y no con el niño o la niña a quien invisibiliza. Sobre ese argumento se instala entonces la posibilidad de la falsa denuncia”. Al respecto puede citarse también: Mazzini, Jorge Rómulo, “Otra vez SAP, el mito del eterno retorno”. Disponible en: [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo\\_diseno/v2/doctrina2.asp?id=13506&base=50&t=j](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=13506&base=50&t=j) También puede verse el debate del tema en nuestro país, por ejemplo, se cita la siguiente nota periodística: <https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2023/5/el-abuso-de-los-abusadores-o-el-discurso-de-las-denuncias-falsas-por-violencia-basada-en-genero/> Tampoco existe un consenso científico en torno a qué métodos deben ser empleados en las pericias judiciales.

En conclusión, el SAP es un concepto jurídico alimentado por la doctrina y la jurisprudencia aunque desde posiciones dispares (Briz, 2020, p. 144), el cual intenta describir como síndrome psiquiátrico a un proceso meramente social. Como diría Cestau al hablar de la desorganización en las familias: “El estudio de esta cuestión es más propio del curso de Sociología, que del de Derecho Civil” (Cestau, 1982, p. 24)<sup>10</sup>.

Por último, esta preferencia o muestra de lealtad que pueda tener un niño/a hacia uno de sus progenitores en el marco de un conflicto judicial, no se funda en hechos falsos. Si el niño/a manifiesta a modo de ejemplo, que no quiere vivir con su padre porque éste es muy autoritario o muy ausente, la preferencia que puede sentir o no hacia su madre no quita que su relato sea verídico.

Piénsese en el caso de una madre que descubre que cuando su hijo/a va a visitar a su padre, este último está gran parte del tiempo alcoholizado y que no le brinda los cuidados necesarios. Sería natural e instintivo que su progenitora se preocupe y le pida al niño/a que relate con detalles ante su abogado defensor dichas situaciones. Pero nuevamente: eso no es ni un síndrome ni una enfermedad mental. Y aún así, no quita que el relato de ese niño/a sea verdadero. En tal sentido la jurisprudencia señala que:

Cabe descartar de plano, cualquier intento de analizar la incidencia del síndrome de alienación parental, al tratarse de una teoría no aceptada por la comunidad científica. Sin perjuicio de ello, debe desterrarse de una vez y para siempre la infame creencia que los niños mienten<sup>11</sup>.

### 3. Origen estratégico del SAP

Gardner en el año 1985, aprovechó el auge de la creación de:

múltiples ‘síndromes’ que justificaban delitos en la justicia, inventa un supuesto síndrome al que denominó de ‘alienación parental’... según él, cuando un niño, en el marco de un divorcio conflictivo y judicializado, rechazase ir con el padre no custodio y alegase haber sido abusado sexualmente, era prueba irrefutable de padecer este síndrome (Vaccaro, 2015, p. 1).

10 Mayores profundizaciones del tema pueden verse en SOBA BRACESCO, I. M. (2022), Estudios sobre la prueba testimonial y pericial, La Ley Uruguay, 2da. edición actualizada, ampliada y revisada. También la posición de FACAL, A. (2019), “La prueba pericial en el nuevo proceso penal”, RUDP 2/2018, FCU, Mdeo., págs. 925-926 y de la misma autora, (2022), La prueba pericial en el Uruguay, FCU. Se destaca además, que dicha norma es de aplicación transversal a todo el derecho.

11 El artículo en cita en dicha sentencia, expone una interesante mirada sobre la base no científica de los estudios de Gardner, dado que se detalla que el mismo, “jamás presentó los casos que dijo haber observado para su formulación, ni expuso a consideración de la comunidad médica o de Psicología su revisión. Su inclusión en los Manuales de Diagnóstico de enfermedades mentales (DSM-IV y CIE-10) ha sido rechazada sistemáticamente desde el año 1985 hasta el suicidio de R. Gardner en 2003. Es en este punto donde nos preguntamos ¿cómo puede un niño/a sostener y repetir un discurso inculcado por un adulto que no comprende su significación? Carece de toda lógica y es parte de un gran desconocimiento acerca de las etapas evolutivas por las que atraviesa la infancia. El SAP carece de objetividad y de toda validez científica, y lo que es peor, se le niega un derecho fundamental a las víctimas: el de ser escuchadas, violando de esta manera los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” (Credidio, 2023, p.18). En la misma línea, surge un concepto interesante como el de “defensor experto”, del que han dado cuenta algunas autoras. Conforme sostiene Berlinerblau: “En USA, por los 80 surgió un dramático incremento de denuncias de ASI y negligencia infantil. Con más clase media denunciada y sus recursos económicos para financiar defensas fervorosas surgió el fenómeno del “defensor experto”. Richard Gardner, médico psiquiatra, descollaba por sus críticas extremadamente agresivas contra el Sistema de Protección Infantil. Continuamente se refería en sus escritos a “madres histéricas”, “ex esposas vengativas” y “mujeres severamente perturbadas”. El antecesor del falso SAP era denominado el “Síndrome de la Mujer Maliciosa” o el “Síndrome de Medea”. En 1987 Gardner acuñó el término “Síndrome de Alienación Parental”.

Es decir, el SAP es un recurso: que habría sido creado por Richard Gardner (1985), un psiquiatra al que a pie de página (citando una sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27-3-2008), se le imputa pedofilia (Carmona et al., 2016)” (Vidalta & Winberg, 2017, p. 226).

La politóloga uruguaya Melgar sostiene que Gardner “mayormente se desempeñaba como perito de parte por la defensa de los agresores en casos de sospecha de abusos sexuales” (Melgar, 2021).

Por otro lado, la Fiscalía General de la Nación en su Instrucción General N° 8 (Anexo 2) ha dejado en claro que el SAP no existe y que es un recurso “técnico” utilizado para desacreditar a las víctimas de abuso sexual.

#### 4. La comunidad médica niega la existencia del SAP

Corresponde destacar que el SAP no ha sido reconocido ni por los Manuales de Psiquiatría (DSM) ni por la Organización Mundial de la Salud (Briz, 2020, p. 144), debido a que Gardner “jamás pudo demostrar la validez científica de este falso síndrome” (Vaccaro, 2015, p. 2).

De acuerdo al art. 68 del CNA, INAU es el organismo técnico encargado de las políticas de las infancias y las adolescencias. Desde dicha competencia técnica INAU ha señalado que el SAP es un término que comenzó a utilizarse y se extiende sin reconocimiento científico, el cual es utilizado para poner en entredicho y desacreditar los relatos de maltrato o abusos sexuales de niños, niñas y adolescentes en situaciones en las que sus progenitores están en proceso de separación de la convivencia (INAU, 2015).

En cuanto a la comunidad científica uruguaya, la Facultad de Psicología de la Universidad de la República sostiene que el SAP “no reúne los requisitos necesarios ni suficientes para ser reconocido por la comunidad científica, por lo que carece de validez su categoría diagnóstica” (Facultad de Psicología, 2015, s.p.)<sup>12</sup>.

#### 5. El SAP en la Jurisprudencia Uruguaya

Desde la Psicología se señala que no es admisible “que jueces y juezas admitan y acepten una falsa enfermedad que sólo se diagnostica en el ámbito de la justicia y que se propone curar por orden de un juez” (Vaccaro, 2015, p. 3). Ante esto, ¿qué posición adopta la jurisprudencia de nuestro país en relación al SAP?

12 Incluso en esta lógica del SAP instalada por Gardner, el mismo autor sugería la posibilidad de represalias o sanciones para las madres que no se alineaban con sus postulados. En palabras del propio Gardner: “... antes de que el tratamiento principal pueda comenzar los niños deben ser retirados de la casa de la madre y situados en la casa del padre, el padre supuestamente odiado. Esto puede no ser logrado fácilmente, y el tribunal podría tener que amenazar con sanciones (como las multas o la pérdida permanente de la custodia) y aun la cárcel si la madre no accede. Después de este traslado debe haber un período de descompresión y desprogramación en el cual la madre no tiene ningún contacto con los niños” (Gardner, 1991). Mayores profundizaciones sobre el abordaje de las intervenciones forenses pueden verse en Perazza, R, Gurgitano, A. (2017), Los niños, niñas y adolescentes en medio del supuesto síndrome de alienación parental, en Niñez judicializada en Uruguay. Algunas contribuciones para las buenas prácticas en el abordaje de su situación. Psicointegra, 1a edición, pp. 121-127.

Haciendo un rastreo de jurisprudencia se destaca que hace una década atrás el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno admitía la existencia del SAP. En tal sentido se reseña que:

La Sala advierte que se observan, en AA síntomas del Síndrome de Alienación Parental. Este fenómeno ha sido definido por Richard A. Gardner, como: "... un trastorno que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por la tenencia. Su principal manifestación es la campaña denigratoria del niño hacia uno de sus padres. Es el resultado de la combinación de la inculcación de un padre que está programando al niño (lavado de cerebro) con la propia contribución del niño al vilipendio del padre rechazado...etc. (Parental Alienation Syndrome, publicado por la Asociación Americana de Psicólogos Forenses)<sup>13</sup>.

Otros tribunales no solo validaban al SAP, sino que disponían que las infancias sean atendidas por profesionales de la psicología especializados en SAP, cuando se repite, la propia Facultad de Psicología de la Universidad de la República negaba (y niega) tal concepto.

En este periodo se destaca cómo las pruebas periciales de ITF descartaban la existencia del SAP. Es así que "De la experticia psicológica practicada a Martina, surge que se encuentra en un estado psicoemocional general saludable, tiene un adecuado relacionamiento con pares y adultos... Cabe descartar de plano, cualquier intento de analizar la incidencia del síndrome de alienación parental, al tratarse de una teoría no aceptada por la comunidad científica. De la audiencia convocada, según lo dispuesto por el art. 183 del CGP, surge que las partes no realizaron objeciones a la pericia practicada"<sup>14</sup>.

En la jurisprudencia más reciente, desde el 2020 a la fecha, la aceptación del SAP parece menguar.

En el marco de un proceso de tenencia en donde el demandado argumentó la existencia del SAP, el tribunal estableció que tratándose de situaciones de violencia, el inciso 2 del artículo 46 de la ley 19580, establece que en todos los casos se respetará el derecho de las niñas a dar su opinión. A continuación, establece la prohibición de la utilización de argumentos

13 El mismo Gardner, expuso el SAP en su libro *El Síndrome de Alienación Parental y la diferenciación entre el Abuso Sexual Infantil inventado y el genuino*, donde dijo: "Reconozco que habrá algunos que concluirán (...) que no tengo ninguna evidencia científica para apoyar mis conclusiones. Estoy de acuerdo en no tener ningún estudio para apoyar mi hipótesis y que mis conclusiones están basadas en mis propias experiencias". El propio Gardner –a sabiendas de su falta de rigor científico– intenta introducir evidencia de un síndrome sin fundamentos y sin que hubiese sido examinado por la comunidad científica. Además de ser inadmisibles científicamente, en la práctica no resulta confiable.

Puede profundizarse más sobre este aspecto en: Viar, J. P., (2006)., *Backlash: una lectura desde lo jurídico en el Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2a ed., Editorial Universidad, 2006, pp. 95 y ss.

14 En una reciente obra –basada en un análisis de jurisprudencia nacional y extranjera que admite y que cuestiona al SAP– la Dra. Kemelmajer de Carlucci concluye: "El propósito ha sido verificar si ante los tribunales se denuncian actos de violencia psicológica ejercida por un/a progenitor/a sobre el niño y qué respuestas deben asumir los jueces cuando este tipo de conductas del o de la progenitor/a colocan al NNA ante un conflicto de lealtades que disminuyen o incluso eliminan su autonomía. No se trata, pues, de sostener que "el niño miente", ni que "siempre dice la verdad", sino de verificar el cumplimiento de la obligación del tribunal de contar con asesoramiento suficiente para poder detectar si la autonomía del NNyA está o no preservada en el caso particular. Al parecer, y tratando de leer entre líneas, esa es la exigencia reclamada por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y por el resto de la jurisprudencia reseñada, independientemente de que niegue el famoso síndrome y los propósitos más o menos carentes de ética que motivan a quienes defiende su existencia. Por eso, entiendo que ni las leyes ni las sentencias debieran referirse a este síndrome, ni para receptorlo ni para rechazarlo; el ordenamiento, por el contrario, debe exigir, en todo supuesto, verificación de la voluntad razonablemente libre del niño que se expresa". Al respecto puede verse: Kemelmajer de Carlucci, A. *La violencia en las relaciones de familia. Diálogo con la Jurisprudencia Argentina. Respuestas de la Jurisdicción "No Penal"*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, 2022, p. 399.

técnicos para disminuir su credibilidad. Por tanto, el agravio de que la niña no ha sido sincera y fue presionada o influenciada en base a un síndrome que en la apelación queda alegado, es una actitud procesal inadmisibles por ser contraria a una norma de derecho<sup>15</sup>.

En la misma línea, la SCJ (aunque haciendo referencia al fuero penal) se ha pronunciado en la línea de que argumentar la existencia del SAP viola el art. 46 de la Ley 19.580: El legislador, al diseñar el proceso, no atendió únicamente al derecho de defensa del imputado - derecho que se ve respetado y que no sufre las calamitosas consecuencias que el excepcionante alega a lo largo de todo su libelo - sino que también estimó razonable y necesaria la protección de los derechos de las presuntas víctimas, evitando una revictimización secundaria a través del cuestionamiento de su testimonio mediante argumentos técnicos como podría ser atribuírsele el padecimiento de SAP (síndrome de alienación parental).

En otro caso, un padre alegaba que una madre estaba obstaculizando las visitas con su hijo. La madre demostró que ella quería involucrar al padre en la crianza de su hijo y se esforzaba en que estos mantuvieran una comunicación adecuada. La Sala entendió que “todo lo probado en autos desacredita la existencia del Síndrome de Alienación Parental alegado, por el contrario, cuya existencia es de por sí discutida académicamente”<sup>16</sup>.

## 6. Reflexiones finales

De lo expuesto se concluye que el SAP no es ni un síndrome ni un trastorno ni cualquier enfermedad mental. Lo que intenta describir el SAP -en todo caso- no es más que el mero sentimiento de apego que puedan sentir las infancias hacia sus progenitores sin que esto implique un trastorno psiquiátrico. Siendo esto un sentimiento altamente variable y de calificación subjetiva, el SI/NO o blanco/negro no deberían ser los razonamientos más interesantes, al ser dicotómicos.

Es un tema que genera aún hoy mucha controversia. Ahora bien, se entiende que aplicar un fenómeno sin base científica -y sin evidencia empírica además, o basándose en casos aislados- no puede ser de recibo en un proceso que se jacte de ser garantista y respetuoso de los derechos humanos.

15 En este sentido, “La teoría de Gardner ha sido criticada por falta de fundamento empírico, por sus afirmaciones problemáticas sobre los abusos sexuales y por convertir las denuncias de malos tratos en falsas herramientas de alienación, lo que, en algunos casos, ha disuadido a evaluadores y tribunales de examinar si se han cometido realmente los malos tratos. La teoría ha sido desacreditada por asociaciones médicas, psiquiátricas y psicológicas, y en 2020 fue eliminada de la Clasificación Internacional de Enfermedades por la Organización Mundial de la Salud. A pesar de ello, ha ganado una gran cantidad de adeptos y muchos tribunales de familia de todo el mundo la han utilizado profusamente para desestimar alegaciones de violencia doméstica y abusos sexuales”, así se ha pronunciado informe de la Relatora Especial Reem Alsalem, sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, en el marco del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (53er período de sesiones, de fecha 19 de junio a 14 de julio de 2023). También cabe resaltar de dicho informe, una cita a un ejemplo paradigmático de buenas prácticas, como lo es el caso del Gobierno de Australia que aprobó una ley que obliga a los tribunales australianos a examinar las denuncias de violencia familiar y doméstica antes de dictar cualquier orden de restitución de menores (Gobierno de Australia, “Ensuring family safety in Australian Hague Convention cases” (12 de diciembre de 2022). Informe completo disponible en: A/HRC/53/36: Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem | OHCHR

16 No se desconoce que la falta de una definición jurídica clara de qué se entiende por “violencias”, en sus múltiples manifestaciones, es causa de problemas prácticos. Con esto no se desconocen las definiciones de la ley 19.580, pero si se evidencia la falta de profundización en el tema que requeriría un análisis empírico de mayor envergadura.

Sin perjuicio de este proceso natural, aún aunque uno de los progenitores promueva a su hijo/a a que relate situaciones en la que este ha visto vulnerados o amenazados sus derechos, no implica *per se* que el relato del niño/a sea falso. Independientemente del discurso que puedan realizar sus progenitores, no debe anteponerse una valoración anticipada del relato del niño/a en términos de verdad/falsedad.

Por su parte, el SAP se sostiene en el mito de que los/as niños/as mienten e inventan por influencia de una “madre maliciosa”; lo cual demuestra una mirada estereotipada de las situaciones, y claramente resulta no sólo contrario al reconocimiento del niño/a como sujeto de derechos, con opinión y deseo propio, sino contrario a los principios científicos de la psicología evolutiva que se ha ocupado de estudiar el desarrollo infantil y nos ha enseñado que no es posible generalizar las características del psiquismo del/ la niño/a. En cada etapa evolutiva niños y niñas presentan adquisiciones diferenciales según avanza su edad.

El organismo rector de las políticas de las infancias en nuestro país, INAU, niega la existencia del SAP, compartiendo este posicionamiento científico con el resto de la sociedad civil abocadas a la protección de niñas, niños y adolescentes.

En lo que refiere a la jurisprudencia nacional, si bien inicialmente recogió al SAP como un concepto validado, en las sentencias recientes de primera instancia, de apelaciones y de la Suprema Corte de Justicia ha superado el debate aceptando la inadmisibilidad por un lado y su acientificidad en otros casos, del mencionado “síndrome”.

No obstante, en la práctica forense del ejercicio de la abogacía es usual que se argumente la existencia del SAP en procesos de visitas y tenencias, así como en procesos de protección y procesos penales.

La precedente afirmación da cuenta de lo mucho que aún resta por trabajar para mejorar las prácticas judiciales y su basamento racional despojado de sesgos y estereotipos, apoyadas en la generación de más investigaciones empíricas sobre el tema.

## Referencias bibliográficas

- Berlinerblau, V. (2015). “Falso SAP Síndrome de Alienación Parental”. Recuperado de: <http://sap-no.blogspot.com/2015/09/el-inexistente-sindrome-de-alienacion.html>
- Briz, M. (2020). *Mediación familiar y alienación parental*. Montevideo, Uruguay: La Ley Uruguay.
- Cassinari, M., Mazzini, J. R. y María Viar, J.P. (2023). Backlash, desgaste profesional y el pretendido “Síndrome de Alienación Parental”, en Basta ASI: reflexiones sobre la problemática del abuso sexual infantil / coordinación general de Jorge Ponce; Paula Vaca. - 1a ed. - Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jusbares.
- Castells, M. (2017). El pacto amistoso de separación: La desjudicialización del conflicto derivado de la ruptura de la pareja. *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 14. Ed: La Ley Uruguay. pp. 1105-1194.

- Cestau, S. (1982). *Derecho de Familia y Familia*, Volumen 1. 3era edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de la Cultura Universitaria.
- Credidio, M. (2023). Aspectos psicológicos del abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. En *Basta ASI: reflexiones sobre la problemática del abuso sexual infantil / coordinación general de Jorge Ponce; Paula Vaca*. - 1a ed. - Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2023.
- Estigarríbia, M. & Juniors, S. (2021). Perspectiva de vulnerabilidad y principio de proporcionalidad en el Derecho Privado. Una nueva mirada sobre las guardas judiciales en el Derecho argentino. *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 18. Ed: La Ley Uruguay. pp. 907-924.
- Gallego, H. (2013). Desenmascarando al “Síndrome de Alienación Parental”. Recuperado de: <http://www.violenciadomestica.org.uy/repo/img/desenmascarandoalsap.pdf>
- Gardner, R. A. (1991). Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families. When psychiatry and the law join forces. *Court Review*, 28 (1), pp. 14-21.
- Facal, A. (2022). Perspectiva de género y prueba. En *Reflexiones sobre el Derecho Procesal y la perspectiva de género: una mirada práctica*. Montevideo, Uruguay: Fundación de la Cultura Universitaria.
- Facultad de Psicología (2015). Declaración realizada el día 04/12/2015 por la Facultad de Psicología de la Universidad de la República titulada “En relación al Síndrome de Alienación Parental”. Recuperada de: <https://psico.edu.uy/novedades/portada-de-sitio/en-relaci%C3%B3n-al-s%C3%ADndrome-de-alienaci%C3%B3n-parental>
- INAU (2015). INAU no reconoce Síndrome de Alienación Parental. Recuperado de: <https://www.inau.gub.uy/novedades/comunicados/download/569/500/16#:~:text=El%20Instituto%20del%20Ni%C3%B1o%20y,ICA%2D10%20de%20la%20OMS>
- Hospital Machado, G. (2006). ¿Síndrome de Alienación Parental?: una mirada hacia la vulnerabilidad de los derechos de las mujeres, niños y niñas ante el llamado “Síndrome de Alienación Parental” (Tesis de grado). Universidad de la República, Facultad de Psicología.
- Howard, W. (2014). El síndrome de alienación parental. *Revista de Derecho*, 13(25), pp. 129-158.
- Mazzini, J. R. (2018). Otra vez SAP, el mito del eterno retorno. Recuperado de: [https://www.eldial.com/nuevo/nuevo\\_diseno/v2/doctrina2.asp?id=13506&base=50&t=j](https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=13506&base=50&t=j)
- Melgar, M. (2021). Machismo clandestino. Artículo de opinión publicado en el medio periodístico “*La Diaria*” el día 06/09/2021. Recuperado de: [www.ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/9/machismo-clandestino/#fnref-6](http://www.ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/9/machismo-clandestino/#fnref-6)
- Méndez Trujillo, I. (2017). El progenitor afín en la familia ensamblada cubana. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (14). Ed: La Ley Uruguay. pp. 1219-1236.

- Méndez Trujillo, I. (2018). De la patria potestad a la responsabilidad parental. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (15). Ed: La Ley Uruguay. pp. 975-992.
- Montenegro, M. (2015). La alienación parental: un dilema ético. *Revista Alegatos*, 29 (91), pp. 662-667.
- Muñoz Vicente, J. (2010). El Constructo Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) en Psicología Forense: Una Propuesta de Abordaje desde la Evaluación Pericial Psicológica. *Anuario de Psicología Jurídica*, 20, pp. 5-14.
- Legnani, B. (2021). *Manual básico de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones* (6ta ed.). Ed: La Ley Uruguay.
- Ramos, B. y Rivero, M. (2012). *Daños en las relaciones de familia*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.
- Rivero de Arhancet, M. (2016). *Patria potestad*. Ed: Fundación de la Cultura Universitaria.
- Santos Belandro, R. (2018). El derecho de los menores de edad a la autodeterminación. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (15). Ed: La Ley Uruguay. pp. 1009-1050.
- Vaccaro, S. (2015). El inexistente síndrome de alienación parental. Recuperado de: <http://sap-no.blogspot.com.uy/2015/09/el-inexistente-sindrome-de-alienacion.html>
- Valdebenito, C. (2021). Reseña: Mediación familiar y alienación parental (2020) de María José Briz Clariget. *Revista De Derecho*, (24), 234–238. <https://doi.org/10.22235/rd24.2636>
- Vilalta, R. y Winberg, M. (2017). Sobre el mito del Síndrome de Alienación Parental (SAP) y el DSM-5. *Revista Papeles del Psicólogo*, 38 (3). Recuperado de: <https://www.redalyc.org/journal/778/77853188015/77853188015.pdf>

Gabriela BECKER PINTO

Investigador independiente (Brasil)

[gabriela.bp@hotmail.com](mailto:gabriela.bp@hotmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0879-7726>

Recibido: 20/07/2023 - Aceptado: 20/09/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Becker Pinto, G. (2023). La instrumentalidad de las fronteras entre Brasil y Uruguay: construyendo una ciudadanía regional. *Revista de Derecho*, 22(44), 61-82. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.4>

## La instrumentalidad de las fronteras entre Brasil y Uruguay: construyendo una ciudadanía regional

61

**Resumen:** En esta investigación, se aborda la institucionalización en la zona fronteriza entre Brasil y Uruguay, en el contexto de la consolidación de una Ciudadanía Regional que posibilite una mayor apertura social y practicidad para la integración regional latinoamericana. El objetivo fue, por lo tanto, investigar las posibilidades de desarrollo institucional y jurídico en esa zona fronteriza. Para ello, en el estudio se exponen, inicialmente, las características conceptuales e historiográficas de las fronteras en esta región, reflexionando sobre sus principales funciones ante la vulnerabilidad socioeconómica existente en las ciudades gemelas que las componen y Estados Partes del Mercosur. Además, se dedica a calificar jurídicamente los límites fronterizos brasileños y uruguayos con el auxilio de regímenes jurídicos relevantes del Derecho Internacional Público. Por lo tanto, utilizando las metodologías de abordaje deductivo y dialéctico, y las metodologías de procedimiento histórico, observacional y comparativo, la investigación sigue una línea teórica interdisciplinaria. En consecuencia, haciendo uso de toda la teoría referenciada, se concluye que la frontera entre Brasil y Uruguay es un área geopolíticamente privilegiada y que su aprovechamiento institucional posibilita el surgimiento de un mayor dinamismo para la integración regional y para el funcionamiento del Mercosur.

**Palabras clave:** Frontera; Régimen Jurídico; Ciudadanía Regional.

## The instrumentality of the borders between Brazil and Uruguay: building a regional citizenship

**Abstract:** This research addresses institutionalization in the border area between Brazil and Uruguay in the context of the consolidation of a Regional Citizenship that enables greater social openness and practicality for Latin American regional integration. The objective was therefore to investigate the possibilities for institutional and legal development in this border area. To this end, the study first presents the conceptual and historiographical characteristics of the borders in that region, reflecting on their main functions in the face of the socio-economic vulnerability existing in the twin cities that comprise them and Mercosur member states. In addition, the legal qualification of the Brazilian and Uruguayan border limits is determined with the help of relevant legal systems of Public International Law. Therefore, using the methodologies of deductive and dialectical approach, and the methodologies of historical, observational and comparative procedure, the research follows an interdisciplinary theoretical line. Consequently, making use of all the referred theory, it is concluded that the border between Brazil and Uruguay is a geopolitically privileged area and that its institutional use enables the emergence of a greater dynamism for regional integration and for the functioning of Mercosur.

**Keywords:** Border; Legal System; Regional Citizenship.

## A instrumentalidade das fronteiras entre Brasil e Uruguai: construindo uma cidadania regional

**Resumo:** A presente pesquisa trata da institucionalização na zona de fronteira entre Brasil e Uruguai, sob o contexto da consolidação de uma Cidadania Regional que permita uma maior abertura social e praticidade para a integração regional latino-americana. O objetivo foi, portanto, investigar as possibilidades de desenvolvimento institucional e jurídico nessa zona fronteiriça. Para isso, o estudo inicialmente expõe as características conceituais e historiográficas das fronteiras nesta região, refletindo sobre as suas principais funções diante da vulnerabilidade socioeconômica existente nas cidades gêmeas que as compõem e nos Estados Partes do Mercosul. Além disso, dedica-se a qualificar juridicamente os limites fronteiriços brasileiros e uruguaios com o auxílio de regimes jurídicos relevantes do Direito Internacional Público. Portanto, utilizando as metodologias de abordagem dedutiva e dialética, e as metodologias de procedimento histórico, observacional e comparativo, a pesquisa segue uma linha teórica interdisciplinar. Em consequência, fazendo uso de toda a teoria referenciada, conclui-se que a fronteira entre Brasil e Uruguai é uma zona geopoliticamente privilegiada e que seu aproveitamento institucional possibilita o surgimento de um maior dinamismo para a integração regional e para o funcionamento do Mercosul.

**Palavras-chave:** Fronteira; Regime jurídico; Cidadania Regional.

## 1. Introducción

En la actualidad, la rama del Derecho Internacional Público ocupa un espacio de gran repercusión en el escenario internacional, principalmente, por estar vinculada al Derecho de la Integración Regional y a los Derechos Humanos. Este enfoque permite que la integración regional ocurra de forma institucionalizada.

Aunque en los últimos años se han producido muchos avances en el campo del Derecho Internacional Público, la integración regional aún enfrenta numerosas dificultades para desarrollarse en América Latina. La disparidad socioeconómica entre los Estados, la precariedad de mecanismos efectivos de integración, especialmente de pequeña magnitud, y la vulnerabilidad social y estructural en las zonas fronterizas son solo meros ejemplos de los obstáculos que se encuentran habitualmente en este entramado.

Por otra parte, las iniciativas hacia la integración latinoamericana culminaron en importantes hitos que se dieron, inicialmente, en el ámbito económico. La creación de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) y del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) son importantes instituciones representativas de este desarrollo.

Las teorías de la integración regional se están aplicando gradualmente para explicar la dinámica de fuerzas dentro del regionalismo latinoamericano, pero encuentran sus principales obstáculos frente al contexto eurocentrista en el que fueron elaboradas. Es por ello que el enfoque de la identificación cultural y el surgimiento de una identidad común de los ciudadanos dentro de los procesos de integración merece ser explorado. La configuración de toda esta problematización, por consiguiente, justifica la oportuna investigación.

A fin de integrar mejor al lector sobre el alcance de este estudio, se explica el significado utilizado para la expresión Ciudadanía Regional; se trata de una identificación proveniente de esta dinámica que incentiva el desarrollo de instrumentos jurídicos e institucionales para una comunidad imaginada. Por lo tanto, la apertura de la integración regional en América Latina a la dimensión socioeconómica —tanto en el ámbito del desarrollo del Mercosur, con la creación del FOCEM (Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur), como en la construcción de una identidad común— representa una nueva ventana de oportunidad.

Por lo tanto, la investigación académica en cuestión analiza el contexto en el que se produce esta identificación en presencia de las zonas de frontera, buscando reflexionar sobre la necesidad de su institucionalización y el papel social que desempeñan. Así como representan un peligro, también, pueden ser instrumentos de integración y resolución de conflictos.

Así, este estudio tiene como objetivo general investigar las posibilidades de desarrollo de la integración regional, en su dimensión socioeconómica, en la zona de frontera entre Brasil y Uruguay.

Además, el marco temporal establecido para esta investigación se fijó entre 1990 y 2015, ya que este estudio problematiza aspectos de la resignificación en la integración regional fronteriza entre Brasil y Uruguay vinculados a lo largo de las últimas décadas.

Para alcanzar el objeto de este estudio, se explicará en el siguiente capítulo el concepto de integración regional y sus difusiones teóricas; luego, se pasará al análisis de la evolución del regionalismo y de las teorías latinoamericanas de integración frente al conocimiento académico eurocentrista. En el tercer capítulo, la instrumentalización de las fronteras gana protagonismo en la investigación, ya que acaban aportando un nuevo ropaje al estudio de la integración regional en América Latina. La investigación sobre los aspectos conceptuales, históricos, geográficos, políticos y jurídicos de las zonas fronterizas entre Brasil y Uruguay contribuye a la profundización y la reflexión. Finalmente, en el último capítulo, se abordará la integración regional desde el punto de vista jurídico, dada la necesidad de legitimación fronteriza y estructuración jurídica de los órganos institucionales. El Derecho Internacional Público se destaca por la calificación de regímenes jurídicos específicos, además de la investigación de marcos regulatorios primarios.

Emerge como hipótesis principal que la institucionalización de las fronteras entre Uruguay y Brasil puede instrumentalizarse para alcanzar una Ciudadanía Regional, lo que traerá practicidad a la cooperación internacional fronteriza en la región y también al funcionamiento del Mercosur como un todo.

El íter investigativo utilizado en este escrito pasa por una contextualización histórica y normativa; el abordaje metodológico se centra en la investigación teórica interdisciplinaria con consulta a temas especialmente de Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración Regional, Derechos Humanos y Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras. La investigación se realizó en doctrinas, artículos, normas, opiniones consultivas, estatutos, resoluciones y decisiones de los órganos miembros de las instituciones internacionales, entre otros.

Los métodos de abordaje deductivo y dialéctico, así como los métodos de procedimiento histórico, observacional y comparativo permitirán analizar las circunstancias estructurales y jurídicas de las fronteras entre Brasil y Uruguay, revelando sus dictámenes y cómo pueden ser resignificados, materializando así caminos para la consecución de una Ciudadanía Regional fronteriza en la integración regional latinoamericana.

## 2. Aspectos introductorios de la integración regional latinoamericana

### 2.1. Las teorías de la integración regional y el eurocentrismo

En este capítulo, se abordará gran parte de la base teórica de este estudio, trayendo a colación algunos aspectos relevantes para una mejor comprensión de la historia de la integración regional latinoamericana, lo cual resulta importante para una cabal comprensión del tema en análisis. Así, se examinarán la conceptualización, las características y las dimensiones del regionalismo y de las teorías de la integración regional; estas últimas serán analizadas en conjunción con la doctrina eurocentrista, y con la producción de identidad verificada en los procesos de integración.

Antes de una profundización teórica mayor, es preciso investigar el concepto vinculado a los términos primarios que conforman la integración regional en la coyuntura actual. El razonamiento acerca de lo que significa “integración”, en la visión de los autores latinoamericanos, forma parte de este estudio:

En primer lugar, es crucial abordar lo que se concibe como “integración”. Para la autora, su naturaleza es cooperativa y siempre voluntaria, descartándose cualquier tipo de dominación o unión basada en conquistas militares. Algunos consideran la integración como una condición, proceso o resultado. En este artículo, parte de la base de que es un proceso dinámico con diversas posibilidades de expandirse, profundizar, estancarse y/o retroceder. (Serrano, 2008, p. 2)

Las llamadas teorías de la integración regional son composiciones que ayudan a explicar el surgimiento de fuerzas regionales y siempre están presentes en esta temática. Son ellas: neofuncionalismo, federalismo, transaccionalismo, teoría de la dependencia, intergubernamentalismo, neoinstitucionalismo y constructivismo. (Serrano, 2008)

Las teorías de la integración regional explican la dinámica de los procesos de integración, sin embargo, se enfrentan considerablemente con el contexto de estas interacciones, ya que fueron elaboradas en la sección europea. Desafortunadamente, en América Latina, la historia, el idioma y las tradiciones comunes no fueron suficientes para incluir un proceso efectivo de integración. De esta manera, la Unión Europea se tornó en una referencia para la aplicación de las teorías de integración regional.

La teoría de la integración regional, aunque se desarrolla inicialmente en universidades estadounidenses, nace en torno a la integración europea. El funcionalismo, el federalismo, el neofuncionalismo y el intergubernamentalismo surgen para explicar el origen y desarrollo de las Comunidades Europeas (CE). Posteriores enfoques, como el liberalismo intergubernamental o la gobernanza multinivel, también buscan explicar el proceso europeo. Teorías que surgen en los debates de las ciencias sociales, como el institucionalismo o el constructivismo, se aplican para entender y explicar la integración en Europa. Nos guste o no, la teorización sobre integración regional ha sido principalmente europea. (Briceño Ruiz, 2018, p. 10)

Sin embargo, la influencia que el eurocentrismo aporta a los análisis de la integración en América Latina no es saludable, en la medida en que las características de la Unión Europea son las principales a ser observadas en cualquier proceso de integración, considerándose cualquier intento como débil o incluso informal.

El contexto histórico-cultural europeo favoreció el surgimiento de la supranacionalidad y la aceptación de la delegación de soberanía, pues la creación de una comunidad supranacional como la Unión Europea, capaz de superar las limitaciones de un Estado-nación y buscar la unidad, era uno de los objetivos a alcanzar por el continente para evitar nuevas guerras mundiales. Sin embargo, había un contexto histórico-cultural totalmente diferente en América Latina. Además, es importante reflexionar sobre los procesos de integración de América Latina:

Briceño Ruiz señala las contradicciones de las teorías políticas de integración cuando se aplican a realidades periféricas. Como demuestra el autor, en Europa el debate

dominante sobre la IP giró en torno a paradigmas: ¿trascender o no al Estado? ¿ceder o no a la soberanía para garantizar la paz y responder a las exigencias de la interdependencia internacional? En este sentido, independientemente de la corriente teórica (ya sea funcionalista, neofuncionalista, federalista o intergubernamentalista): (1) el objeto de discusión fue el Estado westfaliano/soberano; (2) y el fin era la paz. En el caso de las periferias, sin embargo, tales paradigmas nunca fueron centrales porque: (1) el Estado no es westfaliano, sino más bien una invención poscolonial; (2) y el fin de la IP no es garantizar la paz, sino la existencia y autonomía de Estados que, a pesar de ser formalmente soberanos, son dependientes e históricamente marcados por la injerencia externa. En el caso de América Latina, en particular, además de los puntos anteriores, la paz nunca ha estado en el centro de las teorías de la integración política porque el continente es, *per se*, pacífico, es decir, nunca ha sido escenario y protagonista de guerras de proporciones mundiales. Es por ello que la teoría de la integración política latina, además del paradigma “trascender o no el Estado” buscó fortalecerlo en materia de autonomía política, aumentando su margen de maniobra en el sistema internacional —como preconizaron Juan Carlos Puig y Helio Jaguaribe. (Silva, 2019, p. 6)

Una motivación que también se puede observar en el regionalismo latinoamericano es la búsqueda del desarrollo económico. Sin embargo, las consecuencias de la integración regional son muy importantes para América Latina.

La construcción de una Ciudadanía Regional, especialmente a partir de procesos de identificación, implica reconocer y homologar visiones diferentes, teniendo en cuenta la composición de los distintos grupos étnicos y sociales de esa región. La creación de la identificación demanda una institucionalidad mercosureña inclusiva y vinculante, que también pueda ser un escenario fértil para el surgimiento de instrumentos jurídicos y estructurales de integración. Así, se pretende favorecer la consolidación de una identidad común sin suprimir las ciudadanías nacionales, que pretenden proteger e integrar dinámicas.

## 2.2. La apertura de la integración regional latinoamericana a la dimensión socioeconómica

La integración regional en América Latina, a lo largo de los años y con el desarrollo de procesos interactivos, gradualmente, pasó a abrirse a otras vertientes. Los campos explotados que se llevaban a cabo en las esferas económica, comercial y aduanera se abrieron a la dimensión socioeconómica.

En particular, respecto del tema de la energía y en el contexto de un fuerte aumento de la demanda mundial, la integración energética funcionó como uno de los pilares del proceso de integración en América del Sur, ya que se considera el continente rico en fuentes renovables y no renovables. (Crippa Filho, 2016)

A la luz de las consideraciones expuestas, América del Sur contribuye con una línea energética a gran escala, ya que es rica en petróleo, gas natural, carbón mineral, energía nuclear, solar, hidráulica, biocombustibles y recursos hidráulicos. Sin embargo, se enfrenta a sus principales mandatos para la producción de energía en la disparidad de explotación de sus propios recursos. Cada país tiene potenciales específicos para

una fuente de energía, por lo que la integración regional en este sector, generalmente, favorecería la fortaleza de toda una región. (Crippa Filho, 2016)

La realidad práctica de este razonamiento se demuestra con la creación de nuevos órganos administrativos y estructurales en el Mercosur y sus Estados Parte, y en la investigación en cuestión se destacan Brasil y Uruguay.

Así, por lo tanto, las fronteras también son variables importantes para lograr la apertura de la integración regional latinoamericana a la dimensión socioeconómica, además de servir como punto de influencia para el funcionamiento del Mercosur. “La frontera brasileño-uruguayo está influenciada por el Mercosur de dos maneras: por resoluciones y decisiones únicas, pero de efecto continuo; por la actividad de los órganos permanentes, que ‘construyen’, por así decirlo, la integración fronteriza”. (Pucci, 2010, p. 48)

Los esfuerzos percibidos durante el avance y apertura socioeconómica de la integración regional latinoamericana impactaron directamente en la calidad de vida de las poblaciones de los Estados Parte, especialmente, las que viven en localidades fronterizas, ya que se observan muchos resultados con la creación de estas nuevas iniciativas. Así, se crearon nuevos empleos con la implementación de políticas públicas de salud, emprendimientos y estructuración en zonas hiposuficientes, se repararon y pavimentaron carreteras, se construyeron nuevas autovías por los territorios de Brasil y Uruguay, se observaron avances en la mejora del saneamiento básico y tratamiento del agua potable en las líneas fronterizas, se crearon laboratorios de investigación y bioseguridad, se instalaron interconexiones eléctricas entre Brasil y Uruguay, se solicitaron equipos de salud para puestos y hospitales, se ofrecieron programas de posgrado y capacitación, se promovieron obras de construcción, entre otros. (Focem (h), 2023)

Por lo tanto, es inevitable decir que la apertura latinoamericana, más allá del campo económico, ha aportado mayor contundencia a los procesos de integración. El propio Mercosur experimentó una renovación, abriéndose a la dimensión socioeconómica y favoreciendo nuevas políticas. La comprensión de que nuevos temas serían esenciales trajo resultados prácticos para América Latina, como la integración productiva y el tratamiento de las asimetrías, y dio lugar a la creación de un fondo de convergencia, que se analizará a continuación.

### 2.3. La creación del Focem

El Focem surgió en 2004 y 2005 y se consolidó como un instrumento de cooperación sur-sur. Incluso se destinó a promover la integración a través de acciones concretas entre los Estados miembros del Mercosur.

Su objetivo central de reducir las asimetrías, reflejado básicamente en el desarrollo desigual de la infraestructura de los Estados del bloque, ha guiado las principales actividades del Fondo a través de la implementación de proyectos dirigidos a lograr la convergencia estructural. Estos proyectos concentran más del 90% de la financiación otorgada por el Fondo hasta la fecha. Además, la intervención del FOCEM en áreas sociales, investigación científica, mejoras en los procesos productivos, entre otros, ha contribuido a la promoción de la competitividad y el desarrollo social, particularmente en las economías menores del Mercosur. (Focem (b), 2021, p. 3)

Por lo tanto, es importante profundizar en los tres proyectos principales del Focem, que se discutirán a continuación, ya que se llevaron a cabo en líneas fronterizas. Estos proyectos denotan fuertes justificaciones para la implementación, dada la precaria calidad de vida percibida en estas áreas.

Los proyectos del Focem proporcionan cooperación y desarrollo fronterizo entre los Estados. Tres de ellos merecen ser destacados, en virtud del impacto que los tres enfoques específicos aportan a la integración en la región.

El primer proyecto a abordar es la Economía Social de Frontera, cuyo órgano ejecutor es el MIDES (Ministerio de Desarrollo Social). Con el fin de impulsar el desarrollo social, los recursos asignados a estas obras contribuyen a la promoción de las actividades de la economía solidaria, además de tratar las vulnerabilidades que traen consigo las regiones fronterizas. (Focem (e), 2022)

El segundo Proyecto a abordar es la Interconexión Eléctrica de 500 Uruguay - Brasil MW, cuyo órgano ejecutor es la UTE (Administración Nacional de Centrales y Transmisiones Eléctricas del Estado). Con un financiamiento de más de US\$ 410 millones, la Interconexión Eléctrica Uruguay - Brasil representa una obra transfronteriza que conecta a las dos naciones a través de los sistemas eléctricos de Uruguay (50 Hz) y sur de Brasil (60 Hz). La construcción de una línea de transmisión de 500kV entre las estaciones de San Carlos y Melo, y, una línea de transmisión de 525kV entre Melo y la frontera uruguaya con la brasileña, proporciona esta interconexión. (Focem (c), 2022)

El tercero y último Proyecto a ser abordado es el Saneamiento Urbano Integrado Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay), cuyos órganos ejecutores son la CORSAN (Companhia Riograndense de Saneamento), de sesgo brasileño, y, OSE (Obras Sanitarias del Estado), de sesgo uruguayo. Las obras tienen como objetivo la implementación de un sistema de tratamiento de efluentes en las ciudades vecinas de Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay), a través de la construcción de dos plantas de tratamiento, así como sistemas de alcantarillado y bombeo. (Focem (d), 2022)

En esta sintonía, las ciudades gemelas son escenarios fértiles para la creación y desarrollo efectivo de políticas públicas federales y estatales de integración.

Específicamente, para citar algunos ejemplos, en las seis áreas de ciudades gemelas entre Brasil y Uruguay —Barra do Quaraí y Bella Unión, Quaraí y Artigas, Santana do Livramento y Rivera, Aceguá y Acegua, Jaguarão y Rio Branco, Chuí y Chuy—, la integración binacional con las ciudades de los Estados vecinos ya era habitual incluso antes de que se hablara de integración regional entre Estados vecinos dentro del núcleo político-jurídico-administrativo de los Estados sudamericanos. (Bento, 2015, p. 8)

Y, los Proyectos de interconexión eléctrica, saneamiento y estructuración socioeconómica, enfocados en la cooperación fronteriza a pequeña escala entre ciudades gemelas, frente a los obstáculos que enfrenta América Latina, también son iniciativas importantes de integración fronteriza. Ambas vías de negociación, bilateral y multilateral, se complementan en este sentido para la profundización de la integración socioeconómica en América Latina.

Los resultados encontrados con la implementación de los proyectos, por lo tanto, pudieron mostrar que las regiones se transformaron significativamente en los sectores industriales, de capacitación intelectual y socioeconómica, salud, medio ambiente y recursos energéticos. Así, estas iniciativas aportaron una mayor calidad de vida a las poblaciones y estructuraron mejor las ciudades gemelas con recursos de los dos países vecinos, dando un nuevo sentido y aportando una mayor practicidad a la resolución de los obstáculos regionales en estas zonas.

Los proyectos del Focem realizados en ciudades gemelas de frontera contribuyen, por tanto, a enfrentar los problemas regionales. De esta forma, contribuyen no solo al mejor funcionamiento de las ciudades, sino también a la integración regional y al Mercosur.

Se ha visto hasta aquí cómo América Latina ha llegado a la etapa evolutiva actual en materia de integración regional, teniendo su base teórica y fáctica anclada en la interacción económica y abriéndose posteriormente a la dimensión socioeconómica.

De esta forma, se observó que las fronteras representan un terreno fértil para esta apertura, ya que los proyectos del Focem aquí discutidos fueron realizados en ciudades de frontera gemelas y aportaron mayor fuerza a la resolución de problemas y al logro de una Ciudadanía Regional, ahora fronteriza.

En los capítulos siguientes, se detallará cómo la institucionalización fronteriza contribuye a la integración, además del enfoque jurídico que legitima todos estos procesos.

### 3. La instrumentalización de las fronteras entre Brasil y Uruguay

#### 3.1. La historiografía fronteriza entre Brasil y Uruguay y el Estatuto Jurídico de la Frontera

La conformación territorial de los países latinoamericanos es un proceso complejo y heterogéneo que tuvo lugar después de su independencia. Los países latinoamericanos pasaron por diferentes etapas de descolonización y varios momentos históricos marcaron la trayectoria de la mayoría de ellos.

La frontera entre Brasil y Uruguay es un espacio especial. La ocupación ibérica en la orilla oriental del Río de la Plata, las disputas territoriales y los tratados celebrados por los dos estados ya independientes ayudaron a construir tal cual la configuración de esta zona fronteriza, a través de la independencia de la República Oriental del Uruguay. En 1821, el país, heredado por el Imperio del Brasil tras su independencia, fue anexionado al Reino Unido de Portugal, Brasil y el Algarve, como Provincia Cisplatina. Con la Guerra Cisplatina, que tuvo lugar entre 1825 y 1828, Uruguay se independizó.

Hechas estas salvedades, cabe señalar que la frontera entre Brasil y Uruguay, tal como fue definida por los Tratados de 1851 y 1909, está perfectamente demarcada. La línea divisoria entre los dos países se extiende por 1069 km, a lo largo de 749 km de ríos, canales y lagunas, y 320 km de frontera seca. (Pucci, 2010, p. 27)

La zona fronteriza entre Brasil y Uruguay, por lo tanto, se considera una fuente de equilibrio para toda la región, ya que la existencia de Uruguay también acabó amortiguando los conflictos y rivalidades entre dos naciones importantes para toda América Latina: Brasil y Argentina.

Uno de los aspectos geográficos que mejor caracterizan esta zona es la presencia de las ciudades fronterizas gemelas.

Brasil comparte 320 km de “frontera seca” con Uruguay; con Argentina, solo 25 km. Once municipios brasileños limitan con Uruguay: Chuí, Santa Vitória do Palmar, Jaguarão, Erval, Aceguá, Bagé, Dom Pedrito, Santana do Livramento, Quaraí, Uruguaiana y Barra do Quaraí. Uruguay, a su vez, tiene cinco departamentos fronterizos con Brasil: Rocha, Treinta y Tres, Cerro Largo, Rivera y Artigas. “Ninguna gran cordillera, ningún curso de agua infranqueable, ningún desierto o humedal inhabitable separan Brasil de Uruguay. Y, por el contrario, todo concurrió para aproximar cultural, social y económicamente a los dos pueblos; el resultado final fue un área de intensa interacción”. (Franco, 1993, *apud* Santos y Santos, 2005, p. 45). (Pucci, 2010, p. 72)

Considerando la necesidad de establecer un concepto teórico oficial sobre estas ciudades gemelas, el Gobierno brasileño emitió la Ordenanza n° 125, el 21 de marzo de 2014. De esta forma, adoptó criterios para la definición de estas localidades, clasificó determinadas ciudades brasileñas como ciudades gemelas y también equiparó a estas regiones en líneas fronterizas vinculadas en acuerdos internacionales celebrados por la República Federativa del Brasil y ratificados por el Congreso Nacional. (Pucci, 2010)

En este orden de ideas, la definición legislativa traída por la Ordenanza n° 125, del 21 de marzo de 2014, trajo una respuesta a las crecientes demandas de los municipios en relación a políticas públicas específicas:

Art. 1° Serán consideradas ciudades gemelas los municipios cortados por la línea de frontera, seca o fluvial, articulados o no por obras de infraestructura, que presenten gran potencial de integración económica y cultural, y presenten o no conurbación o semiconurbación con localidad del país vecino, así como manifestaciones “condensadas” de los problemas característicos de la frontera, que adquieran allí mayor densidad, con efectos directos sobre el desarrollo regional y la ciudadanía. Art. 2° No se considerarán ciudades gemelas aquellas que individualmente tengan una población inferior a 2000 (dos mil) habitantes (Dou, 2014, p. 45).

En virtud de esta conceptualización, por lo tanto, se puede decir que Brasil comprende seis ciudades gemelas en la frontera con Uruguay. Ellas son: Quaraí (Brasil) y Artigas (Uruguay); Jaguarão (Brasil) y Rio Branco (Uruguay); Chuí (Brasil) y Chuy (Uruguay); Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay); Barra do Quaraí (Brasil) y Bella Unión (Uruguay); y, Santana do Livramento (Brasil) y Rivera (Uruguay).

A lo largo de este estudio, se han considerado las seis ciudades gemelas existentes para medir la importancia que la instrumentalidad fronteriza representa para la integración regional, dada la hiposuficiencia y complejidad que soportan las líneas fronterizas. Así, cada una de estas regiones fronterizas aporta su propia dinámica y puede prever situaciones conflictivas.

La localidad de Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay), por ser el lugar de implementación del proyecto Focem de Convergencia Estructural y Cohesión Social denominado Saneamiento Urbano Integrado en Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay), es el objeto de esta investigación teórica en profundidad. Buscamos medir los impactos que el Proyecto en cuestión trajo a la localidad, ya que esta iniciativa atraviesa el territorio de las ciudades gemelas, y representa el sesgo práctico de esta investigación.

Por lo tanto, los resultados observados en el Proyecto de Convergencia Estructural y Cohesión Social del Focem de Saneamiento Urbano Integrado establecido en Aceguá (Brasil) y Acegua (Uruguay), están relacionados con mejoras en la salud de la población y una mayor protección del medio ambiente. El proyecto también pretendía solucionar los vertidos clandestinos de fosas sépticas, los efluentes de los camiones de succión de aguas residuales sin tratar, entre otros. Considerando que estos conflictos surgieron debido a las precarias estructuras de saneamiento existentes, la iniciativa tuvo un impacto positivo en la ciudad fronteriza. (Focem (d), 2022)

Esencialmente, por lo tanto, se puede decir que la extensión fronteriza entre Brasil y Uruguay es una frontera viva, abierta y homogéneamente poblada. La complejidad de su dinámica permite una integración informal, capaz de sobrevivir a crisis coyunturales, ya que está dotada de los requisitos de oportunidad, practicidad y rapidez.

Como resultado de las cuestiones emblemáticas que tienen lugar en las zonas fronterizas, que se expondrán en la sección siguiente, se hace cada vez más presente la necesidad de un marco normativo e integral, en el que las especificidades de las regiones limítrofes puedan ser discutidas de manera imparcial, y que dote de mayor eficacia al propio Mercosur. Esta caracterización particular se destaca hacia la implementación de un Estatuto Jurídico Fronterizo. (Pucci, 2010)

En este sentido, el Estatuto Jurídico de la Frontera, regido bajo un régimen de derechos y obligaciones y aplicado a un determinado grupo de personas, lugar y circunstancia, desempeña un papel decisivo no solo para el mejor funcionamiento del espacio fronterizo brasileño-uruguayo, sino, también, para el protagonismo de la integración regional y del Mercosur.

### 3.2. La función social de la frontera

En la conceptualización tradicional de sentido jurídico-político, una frontera representa los límites entre dos Estados, dando cohesión y unidad a su base física. Además de actuar como barrera para impedir la acción de la soberanía extranjera en el espacio nacional, se puede profundizar en la caracterización del término “frontera”.

La frontera comporta, también, otra dimensión, que puede entenderse bajo una nueva luz: más que separar, tiene el poder de aproximar, de unir a los pueblos vecinos. Más allá de su caracterización como límite territorial, la frontera puede entenderse como un lugar, un espacio vivido en común por personas de distintas nacionalidades que desarrollan allí sus actividades cotidianas. Como consecuencia de esta amalgama, la frontera acaba caracterizándose como un espacio de socialización atípico y único, simultáneamente extensión y contrapunto de los distintos espacios nacionales que la conforman. (Vargas, 2017, p. 35)

A partir de esto, el concepto de frontera también representa un espacio de socialización, que se compone de una comunidad imaginada y dotada de identidad propia. Las fronteras pueden ser estudiadas, por lo tanto, bajo diferentes enfoques, entre ellos, como límite del territorio, como lugar, o incluso como otras extensiones.

El desarrollo de este proceso identitario es muy importante para la integración regional, porque el establecimiento de identificaciones en las zonas fronterizas constituye el primer paso hacia la formación de una comunidad fronteriza imaginada. Ésta, a su vez, está dotada de peculiaridades que la diferencian de las comunidades nacionales que la constituyen y puede formalizar una Ciudadanía Regional propia en la región. La Ciudadanía Regional difiere en gran medida de la conceptualización del Estado, ya que no tiene personalidad ni organización política, sino que es puramente un carácter de identificación. Las fronteras, por lo tanto, surgen como posibilidad de resignificación de obstáculos económicos y sociales y consolidación de una identidad común para la construcción de procesos de integración.

Entonces, una frontera puede funcionar bajo innumerables perspectivas y puede favorecer el desarrollo de una región, o ser un factor de inseguridad para la integridad territorial de un Estado, de su propia población, y también en la viabilidad de prácticas criminales.

Además de ser fuentes de inseguridad, las fronteras pueden abarcar zonas en disputa. Y, para que se considere una controversia de esta naturaleza, es imprescindible que exista un desacuerdo jurídico entre ambos países sobre la interpretación de una determinada cuestión. En este sentido, estos conflictos suelen implicar delimitaciones controvertidas de los límites territoriales y el descubrimiento y explotación de recursos naturales en estas zonas suele acentuar aún más las disputas. (Vargas, 2017)

Por ello, se considera que las cuestiones de seguridad trascienden los límites de las fronteras nacionales. Las zonas fronterizas se convierten, así, en espacios de acción esenciales. Esto se debe a que pueden servir especialmente como alternativa a la cooperación regional y a la resolución pacífica de conflictos. (Vargas, 2017)

En este sentido, el principio de la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales es útil para demostrar cómo las fronteras pueden ser útiles para la resolución de inseguridades y disputas. Su aplicación puede darse por vía diplomática, con mecanismos de negociación; por vía política, con la solución de conflictos a través de diversos órganos y organismos; y por vía jurisdiccional, mediante sentencias dictadas por los Tribunales Internacionales o a través del arbitraje.

El principio de solución pacífica de las controversias internacionales prohíbe el uso de la fuerza por parte del Estado para resolver sus controversias con otros Estados, dejando al Estado el recurso a formas pacíficas y legítimas de resolución de conflictos, como los medios diplomáticos, políticos y jurisdiccionales. (Vargas, 2017, p. 547)

Integración y fragmentación constituyen movimientos integrantes y opuestos en el contexto latinoamericano, sin embargo, la rica posibilidad que se vislumbra es la de resignificar las zonas fronterizas. Y ésta es su grandiosa función social.

Solo cuando las fronteras dejen de ser un problema, cuando dejen de ser vistas como una fuente de conflicto e inseguridad, para ser vistas como un espacio de socialización al que están destinadas, estarán dadas las condiciones para los próximos pasos asertivos hacia la integración regional latinoamericana. (Vargas, 2017, p. 583)

A la luz de lo anteriormente expuesto, en esta definición interdisciplinaria, se puede concluir que la frontera establece los límites territoriales entre dos Estados y sirve como determinante para la delimitación de su ámbito territorial. También puede considerarse un espacio de socialización.

Las ciudades gemelas de la frontera son, también, verdaderos instrumentos de interacción. Los esfuerzos realizados para consolidar las políticas públicas y el papel desempeñado por todas estas localidades permiten consolidar nuevas perspectivas para la integración regional, y bajo una perspectiva totalmente práctica. Por lo tanto, la historiografía de las zonas fronterizas, abordada en este capítulo, sirve como elemento de claridad.

Así, después de haber visto todas estas transformaciones históricas y jurídicas, así como los antecedentes teóricos sobre la zona de frontera entre Brasil y Uruguay, pasaremos al análisis de los regímenes jurídicos que sustentan no solo la institucionalidad fronteriza, sino, también, la integración regional en estas áreas.

## 4. Regímenes jurídicos y marcos regulatorios fronterizos entre Brasil y Uruguay

73

### 4.1. El régimen jurídico del Derecho de la Integración Regional

Dados los aspectos teóricos de la integración regional en América Latina, así como los aspectos históricos de la frontera entre Brasil y Uruguay, pasaremos a la discusión jurídica de esta investigación. Para ello, se analizarán los regímenes jurídicos del Derecho de la Integración Regional y del Derecho Internacional de la Delimitación de Fronteras. Además, esta investigación traerá los tres marcos regulatorios principales que instrumentalizan esta zona fronteriza específica.

Los procesos de integración se inician de diferentes formas y con objetivos propios en cada región, compartiendo solo algunos elementos durante su consolidación. Las circunstancias por las cuales se forma un proceso de integración son de las más diversas. Los instrumentos de integración regional económica y los mecanismos institucionales también son elementos que ayudan a construir este marco analítico. Sin embargo, la existencia de un entorno jurídico-político que pueda estimular las técnicas de integración y la producción jurídica primaria y secundaria es fundamental para que este ecosistema funcione en su totalidad. (Sutter Schneider, 1968)

El Mercosur y tantas otras organizaciones e instrumentos internacionales son responsables de ser pioneros en la creación de un volumen considerable de materia jurídica bajo el sesgo de la integración regional. Por ello, se recomienda el estudio de

una rama en particular, además del Derecho Internacional Público, que es el Derecho de la Integración Regional.

El Derecho de la Integración tiene como principal objetivo solucionar las dificultades en los procesos de integración. La integración regional, que generalmente comienza en el campo económico y luego evoluciona hacia otras áreas, provoca naturalmente un desequilibrio interno en la región, ya que integra países en diferentes niveles de desarrollo. (Sutter Schneider, 1968)

La integración que está en desarrollo trae consigo el deseo de ser voluntaria y no hegemónica, y por esto mismo es que debe, también, ser jurídica. Durante su aplicación, el Derecho de la Integración Regional evoluciona a través de algunas características que lo convierten en una rama particular dentro del Derecho, a saber: dinámico, sociológico, geográfico, especial, pragmático, transitorio y flexible. (Sutter Schneider, 1968)

El Derecho de la Integración Regional, por su parte, exige un alcance teórico aportado por el Derecho Internacional Público, y posteriormente, pasa por los Derechos Humanos para hacerse efectivo. Así como en el pasado, el derecho internacional era estudiado como una expresión y un reflejo de la independencia de los Estados, en la actualidad, crece la idea de que es una resultante de la interdependencia creciente de las naciones. A tal punto que esta interdependencia debe ser analizada como el concepto jurídico central del derecho internacional contemporáneo.

Los derechos humanos son, por tanto, el principio rector de la aplicación de los procesos de integración. No hay proceso de integración válido si durante su consolidación se producen violaciones de los derechos humanos. Para ser eficaz, también debe tutelar los derechos más básicos.

La integración regional y los Derechos Humanos son, en teoría, cuestiones independientes. Sin embargo, tienen un punto de convergencia que merece ser explorado. Las normas que ahora se establecen, en este sentido, tienen un núcleo duro e indispensable para la promoción y protección de los derechos humanos.

La Constitución brasileña, al enunciar sus principios fundamentales, refiere a que Brasil se rige en sus relaciones internacionales, entre otros, por los principios de “prevalencia de los derechos humanos” e “igualdad de los Estados”, para concluir en que “buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones (art. 4º). (Pizzolo, 2021, p. 23)

A ello se suma la defensa del orden democrático y la construcción de instrumentos jurídicos durante el desarrollo de los procesos de integración latinoamericana. En consecuencia, hay obstáculos y largos caminos por recorrer. Pero, una práctica jurídica que tenga como objetivo promover tales debates y temas es esencial para el perfeccionamiento no solo de la Ley de Integración Regional, sino de las instituciones regionales que la componen, y esto es lo que aducen los actuales autores a la reflexión:

Los Estados parte del Mercosur acuden a la intervención de la Corte IDH a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y migraciones, para fijar un

piso mínimo y un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas estatales en esta materia. En este rumbo, González Román reconoce a la Corte IDH un papel importante en la integración regional asociado a la búsqueda de “principios comunes” desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de un “diálogo internacional” de este con los derechos propios *iura propria*. Ello facilitaría no solo la aplicación del denominado control de convencionalidad —impulsado por los jueces de San José—, sino también “el desarrollo de una integración estable y duradera en distintos niveles: en derechos humanos, materia económica (empresa y derechos humanos, mercado común) y social. Una integración jurídica e identificación de principios podría abrir caminos, incluso podría pensarse en una integración más amplia como lo es el camino a la libre circulación de personas y bienes”. (Pizzolo, 2021, p. 88)

Estas consideraciones, finalmente, pretenden fundamentar el régimen jurídico del Derecho de la Integración Regional, en cuanto impregna el Derecho Internacional Público, así como la defensa de la democracia y de los Derechos Humanos.

#### 4.2. El régimen jurídico del Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras

El Derecho Internacional Público tiene numerosas ramificaciones. El Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras es una de ellas, y es un campo crucial para entender la dinámica fronteriza y la cooperación internacional dentro de la integración regional latinoamericana.

El régimen jurídico del Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras, por lo tanto, se formaliza a partir de tratados fronterizos, declaraciones unilaterales, declaraciones conjuntas, laudos arbitrales, decisiones de la CIJ (Corte Internacional de Justicia) y otros documentos. En consecuencia, sus fuentes se denominan de la siguiente manera:

En lo que se refiere específicamente al DIDF, se pueden enumerar como sus fuentes: i) los tratados de límites; ii) las costumbres internacionales relativas a la delimitación, demarcación y caracterización de las fronteras; iii) los principios generales del derecho relativos a la formalización de las fronteras; iv) la doctrina; v) la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial, sobre conflictos territoriales y cuestiones de límites; vi) la equidad; vii) los actos unilaterales; viii) las decisiones de las organizaciones internacionales. (Vargas, 2017, p. 500)

Los principios jurídicos más importantes para la construcción de las fronteras latinoamericanas se basan en el reconocimiento de la soberanía del Estado, la demarcación de las fronteras terrestres y una política exterior que defienda la independencia frente a los proyectos de intervención. La historiografía de los títulos jurídicos de propiedad en los países iberoamericanos parte de la posesión y, por tanto, del principio *uti possidetis*. Este principio merece ser destacado entre muchos otros, ya que es de vital importancia para el estudio que nos ocupa. (Vargas, 2017)

Históricamente, fue este principio de *uti possidetis* el que resultó ser la solución más adecuada para asegurar las fronteras iberoamericanas, ya que se centraba en la determinación de que cada parte podía conservar el territorio que así poseyera. Dada la ausencia de tratados en vigor y las revocaciones de instrumentos jurídicos internacionales, la adopción de este principio en la región fue la solución definitivamente adoptada para la resolución de los procedimientos que involucraban límites. (Vargas, 2017)

Entonces, la construcción de un régimen jurídico de Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras comienza a desarrollarse gradualmente, a partir de todas estas fuentes originarias. Y, en este sentido, la aplicación práctica de este régimen jurídico sucede en las fronteras, y, en especial, la zona fronteriza entre Brasil y Uruguay aquí abordada.

En cuanto al surgimiento de las fronteras terrestres entre Brasil y Uruguay, se destaca la importancia de dos tratados, el Tratado de Alianza y el Tratado de Límites, ambos del año 1851, entre los dos países.

El 30 de octubre de 1909, Brasil y Uruguay firmaron el Tratado de Límites de Lagoa Mirim. En este instrumento, se acordó que Brasil concedería derechos de navegación y también compartiría soberanía con Uruguay con relación a las regiones del río Jaguarão y Lagoa Mirim, respetando los derechos reales ya adquiridos por los brasileños en las respectivas áreas. (Vargas, 2017)

La construcción de una institucionalidad en esta zona fronteriza estuvo marcada por la firma de importantes documentos internacionales y la creación de órganos institucionales, comisiones, reuniones y grupos de trabajo para temas específicos. El Tratado de Amistad, Cooperación y Comercio, firmado en la ciudad de Rivera, el 12 de junio de 1975, dio fuerza a esta arquitectura fronteriza entre Brasil y Uruguay. (Vargas, 2017)

En relación con la aplicación práctica de este régimen jurídico en las fronteras brasileñas, la consideración histórica por realizar se inicia con el Tratado de Tordesillas, que es la primera referencia oficial de fronteras en Brasil.

En el derecho interno brasileño, la Constitución Federal de 1988 reconoce la importancia de los límites fronterizos para asegurar la soberanía nacional y la defensa del territorio. Y en relación con la aplicación práctica de este régimen jurídico en las fronteras uruguayas, es crucial la consideración de frontera en el imaginario uruguayo.

En este diapasón, hay tres marcos normativos que merecen ser destacados a continuación, por ser verdaderos instrumentos jurídicos para el desarrollo del régimen jurídico del Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras y para el fortalecimiento de la integración fronteriza entre Brasil y Uruguay.

### 4.3. Los marcos regulatorios fronterizos entre Brasil y Uruguay

#### 4.3.1. El Estatuto de Ciudadanía del Mercosur

La creación de un marco regulatorio que pueda perfeccionar la tan soñada Ciudadanía Regional Fronteriza representa una etapa en el desarrollo del Mercosur más allá de la integración sustentada, que según lo expuesto anteriormente, se dio solo en el plano económico y aduanero.

El término “Ciudadanía” puede entenderse como el derecho de un individuo a tener derechos. Es el conjunto de derechos y deberes que permite al ser humano participar plenamente en su comunidad. Estos mismos derechos, que se desarrollan gradualmente a través de las generaciones, abarcan los derechos civiles y políticos, sociales, económicos, crediticios, difusos, de consumo, de las mujeres y también de autodeterminación de los pueblos, siendo las primeras construcciones esenciales para cualquier orden democrático. (MERCOSUR, 2022)

Podría decirse, pues, que la ciudadanía legitima la aparición de marcos regulatorios para la sociedad.

En 2010, el Consejo del Mercado Común, a través de la Decisión CMC N° 64/10, decidió promover la creación gradual de un Estatuto de Ciudadanía del Mercosur que compile un conjunto de derechos y beneficios a favor de los nacionales de los Estados Partes del Mercosur. (MERCOSUR, 2022, p. 3)

Los temas cubiertos por la legislación del Estatuto de Ciudadanía del Mercosur son: movimiento de personas; integración fronteriza; cooperación judicial y consular; trabajo y empleo; seguridad social; educación; transporte; comunicaciones; protección al consumidor; y derechos políticos y acceso de los ciudadanos a los órganos del Mercosur.

En materia de integración fronteriza, el Estatuto de Ciudadanía del Mercosur establece los siguientes derechos y beneficios:

Las personas que salgan de un Estado Parte del Mercosur para ingresar a otro a través de un punto fronterizo con Área de Control Integrado, serán beneficiadas con procedimientos administrativos y operativos compatibles y similares de manera secuencial y, siempre que sea posible, simultánea, realizados por los funcionarios de los organismos internacionales involucrados en el control aduanero, migratorio y de transporte. Para ello, los organismos nacionales competentes concertarán acuerdos operativos y adoptarán sistemas que complementen y faciliten el funcionamiento de dichos controles. Los residentes permanentes en las localidades fronterizas vecinas de los Estados miembros donde existan Áreas de Control Integrado pueden beneficiarse de un procedimiento simplificado para la exportación o admisión temporaria de mercancías con motivo de congresos, competiciones deportivas, espectáculos artísticos o similares. (MERCOSUR, 2022, p. 11)

77

Así, la apertura de la integración regional a la dimensión socioeconómica con la promulgación del Estatuto de Ciudadanía del Mercosur trajo muchos avances para la consolidación de derechos, deberes y beneficios a los individuos de la región fronteriza entre Brasil y Uruguay y a los residentes en los Estados Partes del bloque.

#### 4.3.2. El Estatuto Jurídico de la Frontera Brasil – Uruguay

El Estatuto Jurídico de la Frontera Brasil – Uruguay surge como marco regulador de situaciones especiales derivadas del proceso de integración en esta zona fronteriza. Se trata de una disposición legal extremadamente específica, ya que pretende regular una región concreta formada únicamente por estos dos Estados.

Por lo tanto, el presente Estatuto encuentra una base legal que justifica su existencia en los propios ordenamientos jurídicos de estos dos países, en el Mercosur, y también en esta zona fronteriza aquí explorada:

En estas condiciones, es esencial investigar si la idea de un Estatuto de Fronteras encuentra sustento en las Cartas Magnas de los dos países. Al respecto, el art. 4º, párrafo único, de la Constitución brasileña establece que el Estado “buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”. Y más adelante, el art. 5º asegura a los extranjeros residentes en el país los mismos derechos y garantías individuales garantizados a los brasileños. Análogamente, la Constitución uruguaya, en su art. 6º, determina que “la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos”. (Pucci, 2010, p. 183-184)

La necesidad de un Estatuto Jurídico de Frontera surgió a partir de la implementación de políticas públicas del Mercosur y su apertura a la dimensión socioeconómica, ya que las reglamentaciones legales serían esenciales para que la integración entre las localidades fronterizas se produjera de forma segura. Así, la Ley uruguaya n° 9477, publicada en la Gaceta Oficial con el n° 8467, del 22 de junio de 1935, y el Decreto brasileño n° 1846, del 3 de agosto de 1937, fundamentaron esta intención. (Pucci, 2010)

Así, para la consolidación de un Estatuto Jurídico de Frontera, fueron promulgados varios Actos Internacionales por el Gobierno brasileño, que fueron firmados en Montevideo entre Brasil y Uruguay, el 20 de diciembre de 1933.

Incluso frente a dictados contradictorios, ya que toda esta estructura se ha desarrollado poco a poco, la frontera entre Brasil y Uruguay representa un laboratorio enriquecedor para la mejora de la integración regional.

En este sentido, el Estatuto Jurídico de la Frontera Brasil – Uruguay, concebido entre ambos países, representa un entramado de acuerdos específicos en materia de derechos de segunda generación que garantizan y ordenan el ejercicio de la Ciudadanía Regional Fronteriza, en la región limítrofe entre estos dos países. Basado en el marco jurídico diseñado por el Tratado de Amistad, Cooperación y Comercio de 1975, el Estatuto representa un inmenso avance para la institucionalización de esta zona fronteriza.

#### 4.3.3. Normativa relativa al Focem

El Focem fue creado inicialmente a través de la Decisión CMC n° 45/04. Se destacan, en este abordaje, diversos instrumentos jurídicos importantes para este Fondo, como decisiones, decretos y reglamentos destinados a su institución y fortalecimiento estructural.

En este sentido, se establece un marco normativo para el Focem:

Marco Normativo: Decisión N° 19/04 del Consejo Mercado Común. (Creación del Grupo de Alto Nivel); Decisión del Consejo del Mercado Común N° 45/04 (Creación del FOCEM); Decisión del Consejo del Mercado Común N° 18/05 (Integración y funcionamiento); Decisión del Consejo del Mercado Común N° 01/10 (Reglamento); y Decisión del Consejo del Mercado Común N° 22/15 (Continuidad del Fondo). (FOCEM (a), 2022, s. p.)

Dicho esto, cabe destacar que, entre los reglamentos atribuidos al Focem, es de gran relevancia la Decisión del CMC N° 18/05, de 2015, que establece la continuidad del Fondo para los próximos años.

En vista del tratamiento particular requerido por cada normativa abordada, debido a las numerosas cuestiones de comparación dilucidadas, se refleja que la integración regional fronteriza entre Brasil y Uruguay requiere de un marco jurídico para su ocurrencia. Los marcos regulatorios abordados son esenciales y aportan gradualmente legitimidad y seguridad jurídica para el desarrollo de las fronteras y también para la Ciudadanía Regional fronteriza.

## 5. Conclusión

La región latinoamericana ha recorrido un largo camino en sus intentos de integración. De naturaleza cooperativa y siempre voluntaria, la fuerza de las regiones se percibió como el resultado de una relación de interdependencia entre los Estados y con diferentes niveles de graduación y estudio de las terminologías.

El abordaje de los importantes procesos que culminaron en la CEPAL y el Mercosur durante este estudio, no pretende agotar las consideraciones expuestas, ya que la apertura a la dimensión socioeconómica comenzó a insertarse, poco a poco, en la integración regional.

Las teorías de la integración regional también son importantes para la definición de los procesos de integración, aunque una comparación excesiva con la Unión Europea termina por desprestigiar las iniciativas latinoamericanas. El contexto histórico, el nivel de desarrollo estatal y las motivaciones para la integración son inevitablemente diferentes y, en la práctica, conducen a un desajuste.

Las dinámicas de sustitución de importaciones en los procesos de integración y el intergubernamentalismo sustentado en la estructura del Mercosur se han visto erosionados por la falta de complementariedad de las economías latinoamericanas, aún extremadamente dependientes, y la apertura del escenario global a los flujos comerciales transnacionales y a las cadenas contemporáneas de valor.

Sin embargo, es innegable afirmar que las regiones se transmutaron debido a estos procesos. A partir de la necesidad de atender las asimetrías de los Estados Parte y la integración productiva, el Focem representó avances significativos para la región, al generar un precedente positivo en el tratamiento comunitario de los dictados internos y fronterizos.

Como se ha retratado a lo largo de este estudio, las fronteras representan un verdadero laboratorio a la luz del surgimiento y resolución de conflictos, ya que recortan las aristas prácticas del funcionamiento de las interacciones regionales. Inclusive, esta funcionalidad fue percibida esencialmente en la frontera entre Brasil y Uruguay.

Así, se verificó que las fronteras representan límites entre dos Estados y conllevan elementos de cohesión, unidad e identidad. Esto se debe a que, al mismo tiempo que son portadoras de factores de riesgo como la pobreza estructural y la criminalidad,

son espacios de socialización. La creación de una Ciudadanía Regional fronteriza es el resultado de esta amalgama ordenada e institucionalizada, que sirve para fortificar estas zonas.

Uno de los aspectos que mejor caracterizan la resignificación que el estudio de la institucionalidad de las fronteras entre Brasil y Uruguay aporta a la integración regional es la presencia de las ciudades gemelas. Son escenarios fértiles para la creación y desarrollo de políticas públicas federales, estatales y transnacionales.

La consideración de los Proyectos de Interconexión Eléctrica Uruguay-Brasil de 500 MW, de Saneamiento Urbano Integrado de Acegua (Brasil) y Acegua (Uruguay), y de Economía Social de Frontera fue que, independientemente de la variación monetaria de la inversión de cada proyecto, cada uno tiene un enorme impacto en las ciudades gemelas de la frontera donde están localizados. La necesidad de interconexión eléctrica, saneamiento y estructuración socioeconómica en estas regiones denota un enorme déficit estructural. Además, con este enfoque conjunto, se favorece la cooperación internacional y se reducen las asimetrías entre los Estados miembros del Mercosur.

En este contexto, el Derecho Internacional Público legitima las numerosas variables aquí abordadas a través de los regímenes jurídicos del Derecho de la Integración Regional y del Derecho Internacional de Delimitación de Fronteras. Comienza con el principio histórico de la propiedad *uti possidetis* y evoluciona a lo largo de los años con la firma del Tratado de Amistad, Cooperación y Comercio, el Estatuto Jurídico de la Frontera Brasil – Uruguay y el Estatuto de Ciudadanía del Mercosur. Las fronteras son caminos para la integración y sólo crecen cuando se legalizan y pueden asignar a sus nacionales y extranjeros, derechos, deberes y beneficios propios.

Se concluye, con la caracterización del Derecho de Integración Regional y el análisis comparativo de los marcos regulatorios en la frontera entre Brasil y Uruguay; la “privilegiada” zona fronteriza retratada en esta investigación es extremadamente vulnerable; fue construida a través de estatutos escasos e históricos, pero aún carece de reglamentación jurídica y de mayor practicidad en las políticas e instituciones públicas para que se convierta en un verdadero espacio de seguridad y ciudadanía. Finalmente, ambas vías de negociación, bilateral y multilateral, necesitan urgentemente complementarse para la profundización de una interacción no sólo económica en América Latina, sino pujante en la dimensión socioeconómica.

## Referencias bibliográficas

- Almeida, P. R. (2013). *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Ed. Saraiva.
- Bento, F. R. (2015). O papel das cidades-gêmeas de fronteira na integração regional Sul-Americana. *Conjuntura Austral*, [S. l.], v. 6, n. 27-28, p. 40–53. Recuperado de <https://seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/51125>
- Briceño Ruiz, J. (2018). *Las teorías de la integración regional: más allá del eurocentrismo*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

- Crippa Filho, C. N. (2016). *Integração Energética: condicionantes e perspectivas para o Brasil e a América do Sul*. *Cadernos de Política Exterior*, v. 3, p. 159-176.
- Focem (a). (2022). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de <https://focem.mercosur.int/pt/o-que-e-focem/>
- Focem (b). (2021). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de [https://focem.mercosur.int/docs/focem\\_pt\\_v9.pdf](https://focem.mercosur.int/docs/focem_pt_v9.pdf)
- Focem (c). (2021). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de <https://focem.mercosur.int/es/proyecto/interconexion-electrica-de-500-mw-uruguay-brasil/>
- Focem (d). (2021). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de <https://focem.mercosur.int/es/proyecto/saneamiento-urbano-integrado-acegua-brasil-y-acegua-uruguay/>
- Focem (e). (2021). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de <https://focem.mercosur.int/es/proyecto/economia-social-de-fronteira/>
- Focem (h). (2023). *Fundo para a convergência estrutural do Mercosul*. Montevideo: UTF. Recuperado de <https://focem.mercosur.int/es/noticias/>
- MERCOSUR. (2022). *Estatuto de Ciudadanía del Mercosur*. Brasília: Mercosur. Recuperado de <https://www.mercosur.int/pt-br/estatuto-cidadania-mercotel/>
- Pizzolo, C. (2021). *Integración regional y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/documentos/2021-libro-integracion-regional-y-derechos-humanos-pizzolo.pdf>
- Pucci, A. S. (2010). *O Estatuto da Fronteira Brasil – Uruguai*. Brasília: FUNAG. Recuperado de [http://funag.gov.br/loja/download/685-O\\_estatuto\\_da\\_fronteira\\_brasil\\_uruguai.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/685-O_estatuto_da_fronteira_brasil_uruguai.pdf)
- Rosales, O.; Lima, D. J.; Nanno Mulder; Castresana, S.; Frohmann, A.; Meneses, J.; Urmeneta, R.; Zaclicever, D.; Calderón, Á. y castillo, M. (2014). *Integración regional: hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas*. Naciones Unidas: CEPAL. Recuperado de <https://www.sciencespo.fr/opalc/sites/sciencespo.fr.opalc/files/CEPAL%202014Integracionregional.pdf>
- Santana Peña, I. A. (2017). Ciudadanía del Mercosur: avances en su construcción y consolidación. *Revista Mercosur de Políticas Sociales*, 1, 13-34.
- Serrano, L. O. (2008). Sobre la naturaleza de la integración regional: teorías y debates. *Rev. Cienc. Polít.*, v. 28, n. 2, p. 95-113. Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-090X2008000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2008000200004&lng=es&nrm=iso)
- Silva, A. P. (2019). As teorias da integração regional: mais além do eurocentrismo. *Brazilian Journal of Latin American Studies*, [S. l.], v. 18, n. 35, p. 195-202. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/prolam/article/view/164282>

- Sutter Schneider, E. (1968). *El Derecho de la integración: sus características*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Litoral. Recuperado de <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/handle/11185/4657>.
- Torrent, R. (2006). Un marco analítico para los procesos de integración regional. *La integración latinoamericana: visiones regionales y subregionales*. (pp. 378). San José: Ed. Juricentro. Recuperado de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/47951.pdf>.
- Vargas, F. A. (2017). *Formação das fronteiras latino-americanas*. Brasília: FUNAG. Recuperado de [https://funag.gov.br/loja/download/FORMACAO-DE-FRONTTEIRAS\\_19\\_06\\_v\\_11.pdf](https://funag.gov.br/loja/download/FORMACAO-DE-FRONTTEIRAS_19_06_v_11.pdf).
- Zardo, L. M. Z. (2019). Processos de integração e cidadania regional no Mercosul. *Revista Mercosur de Políticas Sociais*, 3, 45-68.

Beatriz BUGALLO MONTAÑO

Universidad de la República (Uruguay)

bugabea@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7920-3112>

Recibido: 30/10/2023 - Aceptado: 20/11/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Bugallo, B. (2023). Desde la uva a la copa: la propiedad intelectual en el mundo del vino.

*Revista de Derecho*, 22(44), 83-137. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.5>

## Desde la uva a la copa: la propiedad intelectual en el mundo del vino

83

**Resumen:** La actividad vitivinícola representa un sector fundamental del comercio interno e internacional, con proyecciones culturales y sociales relevantes. Numerosas y variadas normas jurídicas la regulan. Analizamos específicamente los distintos aspectos de la Propiedad Intelectual involucrados en esta actividad a lo largo de todo el proceso productivo. Si bien se trata de una actividad milenaria, tradicional, natural, se encuentra en permanente innovación tecnológica y comercial. Por ello, veremos que en sus distintos momentos aparecen involucrados todos los institutos correspondientes a la innovación tecnológica, signos distintivos y diversas manifestaciones de derechos de autor.

**Palabras clave:** Propiedad Intelectual, Derecho Empresarial, Derecho del Vino

## From the cluster to the glass: Intellectual Property in the world of wine

**Abstract:** The wine industry represents a fundamental sector of domestic and international trade, with relevant cultural and social projections. Numerous and varied legal provisions regulate it. We specifically analyze the different aspects of Intellectual Property involved in this activity throughout the entire production process. Although it is an ancient, traditional, natural activity, it is in constant technological and commercial innovation. Therefore, we will see that at different times all the institutes corresponding to technological innovation, distinctive signs and various manifestations of copyrights are involved.

**Keywords:** Intellectual Property, Business Law, Wine laws

## Da uva à taça: a propriedade intelectual no mundo do vinho

**Resumo:** A atividade vitivinícola representa um setor fundamental do comércio interno e internacional, com projeções culturais e sociais relevantes. Numerosas e variadas normas jurídicas a regulam. Analisamos especificamente os diferentes aspectos da Propriedade Intelectual envolvidos nessa atividade ao longo de todo o processo produtivo. Embora seja uma atividade milenar, tradicional e natural, ela está constantemente sujeita a inovações tecnológicas e comerciais. Por esse motivo, observamos que, em diferentes momentos, estão envolvidos todos os institutos correspondentes à inovação tecnológica, sinais distintivos e várias manifestações de direitos autorais.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual, Direito Empresarial, Direito Vitivinícola

# 1. Introducción

El vino acompaña a la Humanidad hace siete mil años, por lo menos<sup>1</sup>. Es Cultura, Ciencia, Historia, Religión. Es infaltable en la celebración y saludable en sí mismo. Es un motor de la Economía y objeto de inversiones de interés público y privado. Ha determinado conflictos internacionales desde siglos atrás y hoy sigue siendo objeto clave de protección internacional a través de diversas negociaciones en el escenario diplomático<sup>2</sup>.

Con esta trascendencia en la sociedad y para la sociedad, de la cual ciertamente participa el Uruguay, el Derecho también se ocupa del vino. Es objeto de regulación legal en diversos planos, al punto que se habla de Derecho del Vino, aludiendo al conjunto de normas jurídicas sistematizadas aplicables a la producción de la viña y del vino, en todas sus dimensiones. La protección jurídica del vino y su comercialización se remonta a siglos atrás, en las reglas establecidas para la producción de cierta identidad o calidad de vino, desde la Historia Antigua. Asimismo, y en un plano de norma jurídica más general, se encuentran en Francia, desde el siglo XIV normas edictadas con el objetivo de combatir el fraude en los vinos, como lo fue la Ordenanza de Juan el Bueno de 30 de enero de 1350, que impuso reglas específicas a las corporaciones involucradas con la producción y venta de tal product (Déage y Magnet, 1957, p. 3). La Revolución Francesa, por su parte, al suprimir las viejas asociaciones profesionales con sus regulaciones (movimiento que abarcó en definitiva a toda Europa) generó la necesidad de una legislación o reglamentación respecto de la elaboración del vino, que adquirió fuerza a partir del siglo XIX (Quittanson y Vanhoutte, 1963, pp. 84 – 85). Desde tales tiempos, ha evolucionado en todos los países y particularmente en los países productores de vino, debido – según destacan Serrano-Suñer y González Botija - a “la necesidad de seguridad jurídica para un sector de tanta relevancia económica y cultural” (Serrano-Suñer y González Botija, 2004, p. 49).

En el mundo hay asociaciones de juristas expertos en el abanico de temas legales sobre el vino y los viñedos, estudiando, investigando, celebrando congresos en todos los continentes y escribiendo sobre los temas y conflictos legales de toda dimensión en torno al vino, los viñedos y el mercado a que dan lugar<sup>3</sup>. En cuanto al ámbito administrativo en el Uruguay, el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INAVI)<sup>4</sup> es la autoridad con cometidos de aplicación específicos de regulación y controles en la materia.

1 La referencia constante fija dicha antigüedad en una representación que data de 5000 años AC., aunque existen estudios antropológicos que entienden que aún dos mil años antes de la fecha referida según dicho hallazgo, indicios fiables de viticultura en Oriente Medio permiten afirmar que nuestros antepasados elaboraban y consumían ya una bebida que se podría calificar como vino. La Historia del Vino es un sector apasionante, hay mucha información académica y de divulgación. Quiero destacar una Exhibición on line de material histórico organizada en el año 2008 por la Universidad de Cornell, con abundante documentación, recuperada en: <https://rmc.library.cornell.edu/ewga/exhibition/introduction/>, 1/11/2022.

2 Hemos visto durante la Ronda Uruguay, en el siglo pasado, que uno de los temas de más trascendencia en las negociaciones para la aprobación del texto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC), Apéndice 1C del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial del Comercio, fueron los “Vinos y demás bebidas espirituosas”. Al día de hoy, en las negociaciones de Tratados de Libre Comercio, TLC, con Europa es un tema clave.

3 Por su alcance internacional el referente más relevante es la AIDV, Asociación Internacional de Abogados para el Derecho de la Vid y el Vino, recuperado en <https://www.aidv.org/index-es.html>, con asociaciones en todos los continentes. Asimismo, en nuestra región es destacable la actividad de la ADEPI, Asociación del Derecho de la Vid y el Vino, sección sudamericana de la AIDV, recuperado en <http://www.adevi.com.ar/>, ambos 1/11/2022.

4 Instituto Nacional de Vitivinicultura (INAVI), creado por Ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, con sus modificaciones, hoy regulado fundamentalmente por la Ley N° 18.462 de 8 de enero de 2009 sobre estructura y funcionamiento de INAVI, reglamentado por el Decreto N° 328/009 de 13 de julio de 2009. Hay otros aspectos vigentes de leyes anteriores, también.

En este análisis nos ocuparemos específicamente de una faceta de las regulaciones legales correspondientes al mundo de la viña y el vino: la regulación por la propiedad intelectual de los derechos de innovadores y empresarios que se dedican a las actividades económicas relacionadas con el mundo del vino. El objetivo es hacer una presentación general de problemas y principales líneas de solución, dado el carácter de este trabajo y su consecuente extensión. Queda claro que cada uno de los puntos que se mencionarán pueden merecer individualmente un trabajo monográfico.

Presentaremos los diversos aspectos siguiendo el camino desde la viña, pasando por el vino y su elaboración, terminando con algunas referencias a la propiedad intelectual en los ámbitos de comercialización.

## 2. La viña

### 2.1 Conceptos generales

La industria del vino comienza en la naturaleza: vides, viñedos, viñas cuyos frutos constituyen el primer paso de muy diversos procesos y tecnologías. Se entiende por viña (del latín *vinea*), según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) en su primera acepción al “Terreno plantado de muchas vides”, siendo el viñedo “un terreno plantado de vides”.

La vid (del latín *vitis*) – según el mismo diccionario – es la “Planta vivaz y trepadora de la familia de las vitáceas, con tronco retorcido, vástagos muy largos, flexibles y nudosos, cuyo fruto es la uva”. Concretamente la vid específica para la producción de uva de mesa y de vino es la “vitis vinífera”.

Investigaciones arqueológicas ubican, aproximadamente cinco mil años antes de Cristo, a tierras con plantaciones de viñedos de relativa extensión en zonas de los actuales territorios de Turquía, Georgia, Armenia, donde antes crecía la vid como una planta silvestre. Si bien algunos historiadores sostienen que los vikingos ya plantaron viñas en Vinland, un territorio denominado de tal manera en su tiempo, precisamente por las viñas, hacia el Atlántico, donde hoy es Canadá, el dato histórico más certero sobre introducción del vino en América deja constancia de que acompañó, como bebida y como planta, las expediciones de Colón. Es más discutido cuál fue el primer vino que trajeron a América los españoles: hay quienes dicen que Ribeiro, otros estiman que fue Toro e incluso hay quienes dicen que fue vino de Huelva, entre otras opciones. Ciertamente, por constar en varias fuentes, que el conquistador de México Hernán Cortés tuvo especial inquietud por hacer plantar vides en toda la región por donde tuvo su actuación.

La plantación de vides comenzó su desarrollo con la colonización española en el siglo XVI, acompañando desde el primer momento el avance social y cultural de los pobladores. Ese primer momento coincidió con la prohibición de Felipe II de producir uva y vino en las colonias (“Instrucciones de los Virreyes”, 1595, cuya vigencia se prolongaría un cierto tiempo) (De Frutos y Beretta, 2000, p. 13).

Las primeras vides llegaron a nuestro país también con los colonizadores, especialmente en el siglo XVIII. Al principio plantas para el consumo, muchas veces parrales que acompañaban a las familias. Hacia fines del siglo XIX recién comienza a plantarse para

elaboración con ánimo de producción para la venta. Más allá de la introducción colonial para autoconsumo de algunas cepas, el comienzo de una dinámica de producción de vino en el Uruguay se ubica bajo el impulso de la migración europea. Con el tiempo se fueron mejorando los cultivos, innovando en cultivares y mejorando las técnicas (Baptista, 2008, pp. 99-129). Nos podemos enterar de detalles sobre los primeros tiempos de la vid en el Uruguay leyendo el libro “Observaciones sobre agricultura” de José Manuel Pérez Castellanos (1848), publicado en el siglo XIX, donde describe la situación general y su experiencia plantando unas pocas moscateles en su chacra (pp. 148 y ss.).

## 2.2 La vid (obtencciones vegetales)

La plantación de vides, paso siguiente en la Historia a la recolección de racimos, comienza por la selección del tipo de vitis vinífera más adecuado o preferido para la elaboración del vino. En vitivinicultura se define como cepa al «*Tronco de la vid, del cual brotan los sarmientos<sup>5</sup>, y, por ext., toda la planta*»<sup>6</sup>. Pueden distinguirse cepas de dos tipos: de vinificación o variedades viníferas y de mesa, que se utilizan en el consumo y para elaboración de pasas. Hay variedades viníferas conocidas hace muchos siglos<sup>7</sup>, otras han tenido evolución por sí, por su localización, mientras que otras han sido deliberadamente modificadas o “cruzadas” por el hombre.

¿Qué innovación tecnológica puede haber en este tema? Estamos en el ámbito de las aplicaciones de biotecnología, la modificación de aspectos de la materia viva, en este caso, correspondiente al mundo vegetal. Respecto de las patentes de invención, recordemos que hay expresa exclusión de la materia patentable de las plantas – como tales –, pero no lo hay en cuanto a procesos no biológicos y microbiológicos: cuando el ser humano interviene activamente provocando procesos de cruzamiento para lograr nuevas variedades de cepas hay innovación tecnológica protegible en tanto se cumplan los requisitos legales específicos correspondientes. De manera que, eventualmente y según el caso, en algunos países podrá protegerse como patente de invención algún tipo de innovación biotecnológica.

Sin embargo, otro ámbito de protección tecnológica es el más extendido, clave en este tema. Se trata del régimen de protección de los cultivares o régimen de los derechos del obtentor de una nueva variedad vegetal, a quien se concede un derecho de exclusiva para explotarla, como cualquier otra forma de propiedad intelectual (Bugallo, 2006, p.481 y ss.).

El régimen internacional de protección de obtenciones vegetales tiene como eje al Convenio de la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)<sup>8</sup>. Uruguay es parte de este Convenio desde 1994, aprobado por Ley N° 16.580 de 21 de setiembre de 1994. En nuestro país este sistema de Derechos de Obtentor es el único aplicable a las variedades vegetales nuevas, que cumplen con los requisitos establecidos en la

5 Según el Diccionario RAE, sarmiento es: “1. m. Vástago de la vid, largo, delgado, flexible y nudoso, de donde brotan las hojas, las tijeretas y los racimos”.

6 Acepción correspondiente al Diccionario RAE

7 Plinio el Viejo, libro XIV de su Historia Natural, identificó en su tiempo, desde su conocimiento en el territorio romano noventa y una clases de vides y uvas.

8 Detallada información sobre las actividades mundiales en la materia se encuentra en la página web de la UPOV, recuperado en <https://www.upov.int/portal/index.html.es>, 1/11/2022.

mencionada ley. En cuanto a derecho nacional, se actualizó el régimen uruguayo con la Ley N° 16.811 de 21 de febrero de 1997, llamada Ley de Semillas, y su modificativa Ley N° 18.467 de 27 de febrero de 2009<sup>9</sup>. La protección de los cultivares está sujeta, en definitiva, a que cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 69 de la Ley de Semillas (Bugallo, 2006, p. 481 y ss.).

Además de los distintos requisitos para el efectivo registro de una variedad vegetal en el registro nacional uruguayo, a cargo del Instituto Nacional de Semillas (INASE)<sup>10</sup>, es de destacar la actividad de la Asociación Uruguaya para la Protección de los Obtentores Vegetales (URUPOV), como de la Cámara Uruguaya de Semillas (CUS).

En relación con innovación y vides, se escucha en los últimos años que se desarrollan proyectos de “recuperación” de vides o uvas tradicionales. En estos casos se trata de la identificación de plantas y semillas de algunas cepas que han disminuído su presencia a lo largo de los años, por distintas razones, y se instrumenta un plan para analizar las mejores condiciones de desarrollo de cada una de las etapas de cultivo, crecimiento y reproducción para hacerla perdurable. Uno de los ejemplos en este sentido ha sido, el de recuperación de la uva caíño blanco, en O’Rosal, Galicia, llevado adelante por una empresa privada (la bodega Terras Gauda) y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España (CSIC)<sup>11</sup>. El proceso de “recuperación” de vides en sí es natural, biológico, y ajeno a la posibilidad de patentamiento, aunque eventualmente podría tener tecnología protegible por secreto. No obstante, en los distintos desarrollos de este tipo pueden surgir soluciones a los problemas técnicos, sean productos o procedimientos, que desemboquen en una invención patentable<sup>12</sup>.

88

### 2.3 El cultivo (tecnología)

El vino comienza por el cuidado de la viña, es decir, una etapa de proceso total o principalmente biológico. Los procesos biológicos no pueden patentarse, por expresa exclusión de la materia patentable, tal como surge de la opción del artículo 27 del Apéndice 1C referido a los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIC) al Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que siguen las legislaciones nacionales de todos sus países integrantes.

Al cultivo de la vid se han aplicado tecnologías de diverso origen que resaltan aspectos en los cuales se ha evolucionado a lo largo de miles de años: riego, fertilización, la propia tecnificación de la vendimia o cosecha.

9 Decretos reglamentarios: N° 104/997 de 2 de abril de 1997 y N° 438/004 de 16 de diciembre de 2004

10 Colocando el filtro “vit” como buscador en el Registro de INASE de Uruguay, aparecen más de setenta registros en nuestro país referidos a la vitis vinífera, con diversos obtentores y solicitantes. Recuperado en <https://www.inase.uy/>, 1/11/2022

11 La Misión Biológica de Galicia del CSIC refiere online a los objetivos de los distintos grupos de investigación, como por ejemplo al mencionado. Recuperado en <https://www.csic.es/es/patentes/clon-de-variedad-de-vid-caino-blanco-csic01-vitis-vinifera-l>, 25/12/2022.

12 Es el caso del proyecto científico que estamos mencionando como ejemplo: “El Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Bodegas Terras Gauda han seleccionado y aislado un microorganismo propio de caíño blanco que ha sido certificado genéticamente mediante test de AND para garantizar la elaboración de vinos únicos. El departamento técnico de Terras Gauda utilizará ese microorganismo, que ha sido patentado, para realizar una fermentación maloláctica parcial y controlar el proceso de forma natural, lo que contribuirá a disminuir la acidez, aumentar la untuosidad del vino e intensificar su sabor sin perder el carácter de variedad única ni alterar el resultado final.” Recuperado en <https://www.dicyt.com/noticias/patentan-un-microorganismo-que-mejora-la-calidad-de-los-vinos-de-la-variedad-caino-blanco>, 25/12/2022

Una gran parte de las tecnologías aplicables no son patentables, de manera que –dentro de lo posible– solamente se protegerán por secreto. Hay numerosos métodos o tecnologías ancestrales o tradicionales que se combinan con innovaciones o “estilos” personales. Esta tecnología se podrá proteger, eventualmente, por una red de obligaciones contractuales de confidencialidad que sustentan la protección de un conocimiento de relevante valor económico.

Las tecnologías de la industria química aplicables durante el cultivo de la vid podrán protegerse mediante patentes de invención. Me refiero a la aplicación de productos químicos contra plagas y enfermedades de la vid, contra hongos, bacterias, contra los más conocidos que afectan a la vid como el oidio, el mildiu y, la tristemente recordada, filoxera. En Europa, en torno al 1860 la filoxera (un pulgón de tamaño de cabeza de alfiler) atacó a la vid, impidiendo que pudiera nutrirse, matando a las plantas. Luego de cuarenta años de penuria por la filoxera, las vides europeas fueron injertadas en pies americanos que eran inmunes, pudiendo así salvarse el viñedo europeo.

Tratándose de máquinas para facilitar distintos momentos del cultivo y recolección (vendimia), podrá haber protección tanto por patente de invención, como por patente de modelo de utilidad, si se trata – en este último caso - de una innovación que implique un cambio de forma en los objetos utilitarios conocidos. Por ejemplo: alguna modificación en las máquinas cosechadoras que hoy transitan entre las vides en la automatización de la vendimia. Este ámbito también es de gran desarrollo tecnológico y sus innovaciones se protegen por patentes de invención y patentes de modelo de utilidad.

### 3. El vino

#### 3.1 Conceptos generales

El vino (del latín *vinum*) según el Diccionario RAE es la “bebida alcohólica que se hace del zumo de las uvas exprimido, y cocido naturalmente por la fermentación”, una tan simple descripción del proceso de la vinificación. El vino tiene también una definición técnico-legal, incorporada en las normas en todos los países.

El Reglamento Vitivinícola del Mercosur (en adelante RVM), de aplicación en nuestro país<sup>13</sup>, dice que el vino “es exclusivamente la bebida que resulta, de la fermentación, alcohólica completa o parcial de la uva fresca, estrujada o no, o del mosto simple o virgen, con un contenido de alcohol adquirido mínimo de 7% (v/v a 20° C)”<sup>14</sup>. Como se ve, parámetros de gran detalle determinan a la industria del vino y sus diversos productos, desde la normativa jurídica.

La “cepa” es un cultivar, una variedad vinífera (en la planta evidencian diversidad de forma de las hojas, de la intensidad del color de los racimos). Los vinos se pueden elaborar combinando dos o más cepas, y se habla de ensamblaje de vino o de vino “de corte”,

13 Uruguay adoptó el “Reglamento Vitivinícola del Mercosur”, aprobado por Resolución N° 45/96 del Grupo Mercado Común, según lo dispuesto por el Decreto N° 325/997 de 3 de setiembre de 1997. Vamos a aludir a él por la abreviatura RVM. Rige en todos los países del Mercosur, como condición para la circulación de vinos y demás productos definidos y reglamentados.

14 Definición coincidente con la contenida en la ley histórica sobre Vino en Uruguay, la Ley N° 2856 de 17 de julio de 1903. También se encuentra esta definición y demás relacionadas con el vino en el Reglamento bromatológico nacional, Decreto N° 315/994 de 5 de julio de 1994.

pero si un vino se elabora al menos en un 80% con una misma cepa, será denominado varietal. El estudio de las cepas se llama ampelografía. La capacidad para el ensamblaje del vino es una fina destreza de talentosos Maestros del vino.

¿Se puede proteger la capacidad o el acierto en el ensamblaje de vinos a través de mecanismos de la Propiedad Intelectual? ¿Qué aspectos o elementos del proceso de elaboración y comercialización del vino puede proteger la Propiedad Intelectual? Veremos a continuación algunos de los numerosos aspectos que involucran la actividad innovadora en este sector económico y social.

### 3.2 La elaboración del vino

Luego de la vendimia, tiene lugar el despallado de los racimos y estrujado de la uva, etapa que recuerda la tradición de “pisar la uva”. A continuación, tienen lugar la maceración, fermentación alcohólica y prensado de las uvas, preparando la fermentación maloláctica. Finalmente, es tiempo de la crianza del vino, a criterio, inspiración y talento del enólogo, que es el “vinero” profesional, de cuya actividad depende la personalidad y calidad del producto final. El enólogo es el asesor técnico que define y dirige todo el proceso de producción del vino, está presente desde la elección de las cepas, la crianza del vino, la definición de las condiciones de almacenaje de las botellas.

Las etapas de elaboración del vino, más técnicamente identificadas en los últimos siglos, se realizan de la misma manera, en general, desde el comienzo de la Historia del Vino. En las últimas décadas se forman profesionales universitarios, científicos, que investigan y trabajan elaborando vino, pero no deja de ser una habilidad casi un Arte, para la cual hay que tener un particular talento.

El RVM, en su artículo 3.1 define como “Vinificación” a “la fermentación alcohólica total o parcial de la uva fresca, molida o no, o del mosto simple o virgen de la misma con un contenido mínimo de alcohol de 7% (v/v a 20°C)”, agregando a continuación que “Cuando las condiciones tecnológicas (osmosis inversa) así lo justifiquen, el contenido mínimo de alcohol podrá ser fijado en 5% (v/v a 20°C), de acuerdo a la legislación vigente en el país considerado.”

En cuanto a la elaboración de vino, estamos ante aplicación de metodologías o métodos que tienen tradición básicamente desde su surgimiento en la Mesopotamia, que están en el dominio público o son secretas.

En el primer caso, tratándose de dominio público, no hay protección legal que permita que tenga exclusividad alguna. Eventualmente, si se introduce una innovación con efectos tecnológicos que cumplen requisitos patentables se podrá proteger por patente de invención. Pero ninguna tecnología existente o apenas modificada puede generar exclusividades.

En el segundo caso, siendo un conocimiento secreto (patentable o no), la manera de protección de dicho know how será exclusivamente protegiendo el secreto a través de pactos contractuales. Partiendo de la definición de cuál es el conocimiento secreto propiamente, de la aplicación de protocolos de protección del secreto (descripción guardada de manera segura, restricciones de acceso al total conocimiento del mismo, cuadro bien definido de acceso necesario), se deberán suscribir obligaciones de confidencialidad por parte de todos los involucrados en su aplicación.

No significa ello que no se haya aplicado a esta actividad numerosas mejoras, o analizado mejoras desde la Química<sup>15</sup>. En tales casos corresponderá evaluar cada oportunidad por la eventualidad de cumplimiento de los requisitos de patentabilidad, en caso que se opte por dicha protección. Haremos mención a algunos casos, de manera de generar referencias de lo que puede ser objeto de protección.

Por citar un ejemplo, en relación con la realización que se ve cada vez más en estos últimos años de vinos que se sumergen a cierta profundidad en el mar o en lagos, se presentó la solicitud de patentamiento de “Método para la crianza y evolución de líquidos alimenticios” que hace referencia a un procedimiento correspondiente, presentado como patente en España - P201930328 (10.04.2019) - y en otros países<sup>16</sup>.

La idea de “sumergir vino” - en realidad se sumergen botellas de vino empaquetadas de manera hermética en algunos lagos o aguas calmas- como parte de las etapas de elaboración no es patentable per se, solamente como tal: las ideas no se protegen. Sin embargo, si ello involucra algún tipo de producto o procedimiento específico al respecto, se podrá proteger como patente de invención registrada (en tanto cumpla con los requisitos). Piénsese en algún tipo de recipiente voluminoso de cierre hermético que facilite la inmersión de las botellas. Si no es patentable el conocimiento empleado o no se quiere dar a publicidad en la documentación de patentes, tendrán siempre la posibilidad de instrumentar su acceso protegido como secreto empresarial.

Otro ejemplo, entre tantos, lo constituye una expresión del producto levadura que se utiliza en la vinificación, registrado para su aplicación en la elaboración de vino de cepa albariño en Galicia; luego de una rigurosa investigación científica fue patentado por una bodega de la denominación de origen Rias Baixas, una de las cinco denominaciones de origen (DO) gallegas<sup>17</sup>.

### 3.3. El vino como producto

#### 3.3.1. Vino como tal y posibilidad de patentamiento

Para que un vino como producto pueda ser objeto de patente de invención debería constituir la solución a un problema técnico. Por lo pronto, estamos ante un producto que no es un invento ni pretende serlo en una finalidad directa. Si en algún caso se involucrara algún elemento químico en la producción de un determinado vino, que determinara la producción de un efecto utilitario en general, podría hablarse de una

15 Imprescindible la referencia a Luis Pasteur y su aporte en relación con las levaduras.

16 <https://consultas2.oepm.es/InvenesWeb/detalle?referencia=P201930328>, 1/11/2022 El Resumen de la documentación presentada dice lo siguiente: “Se describe un método para la crianza y evolución de líquidos alimenticios, en especial la crianza y evolución de vino, que comprende la introducción del vino en recipientes construidos específicamente con material cerámico y/o vitrificado. El método dispone la inmersión de los recipientes contenedores del vino u otro líquido en una ubicación marina o en agua dulce, a una determinada profundidad en la que se ve sometido a la acción del vaivén de las olas sin cambios bruscos, y donde la temperatura permanece a un nivel aproximadamente constante, pero seleccionable en función del tipo de vino elegido. Los recipientes de cerámica y/o vitrificados permiten la interacción entre el líquido y el ambiente externo, lo que confiere al vino mejor durabilidad, estabilidad y consiguiente aumento de su vida útil.”

17 [http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/37/62/ES-2376206\\_A1.pdf](http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/37/62/ES-2376206_A1.pdf), 1/11/2022 El Resumen dice lo siguiente: “Mejora de la calidad de vinos de la variedad Albariño mediante crianza biológica anaerobia con la levadura ecotípica *Saccharomyces cerevisiae* DSM 21378. La presente invención se refiere al uso del microorganismo de la especie *Saccharomyces cerevisiae* DSM 21378 o de una micropoblación que comprende dicho microorganismo, para la crianza biológica anaerobia de vino producido con uvas de la especie *Vitis vinifera* var. Albariño. Dicha cepa DSM 21378 o una población que la comprende, pueden usarse para el aumento de coloides glicoproteicos en dicho vino, donde preferiblemente dichos coloides glicoproteicos son manoproteínas, aunque pueden ser también de naturaleza polisacárida, y/o para aumentar los componentes aromáticos.”

patente de invención. Queda pendiente la duda, según el caso hipotético que sea, si puede permanecer encuadrada esa bebida dentro del concepto reglamentario de vino.

Por otra parte, más allá de los vinos y su clásica elaboración y presentación, periódicamente surgen iniciativas de variantes de lo que es para el consumidor el producto tradicional. Me refiero a productos tales como “vino azul”, “vino naranja”, “vino con marihuana” ... Esos productos – tan diferentes entre sí los mencionados como ejemplo - no son invenciones en el sentido técnico de la expresión, aún cuando puedan constituir una innovación en determinado momento en el mercado. Solamente lo serían si – como dijimos - solucionaran un problema técnico y, cumpliendo con los requisitos de patentabilidad del artículo 8 de la Ley N° 17.164: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. No conocemos que lo sean en ninguno de los casos mencionados.

Si un vino, dentro de los márgenes de su definición legal y con las autorizaciones correspondientes, surgiera con alguna función tecnológica, podría aspirar a dicho registro y constituir una invención patentable.

### 3.3.2. Signos distintivos: marcas

Como producto destinado a la circulación en el mercado, el vino en sus distintas variedades y presentaciones circula con una marca. Asimismo, otro signo distintivo diverso de la marca es típico del producto vino: las Indicaciones geográficas. Por su importancia para este sector, las analizaremos en numeral aparte pues abarca mucho más que la identidad o identificación de un producto.

Una marca es un signo que identifica determinados productos o servicios, los cuales son declarados al momento de la solicitud de registro de la marca en relación con una o varias de las clases internacionales de marcas del Arreglo de Niza<sup>18</sup>. Sin registro no hay marca, y su concesión constituye una decisión administrativa que se sustenta en la constatación de que no hay impedimentos para la atribución del derecho de exclusiva al solicitante sobre el signo que presenta en relación con los productos o servicios que declara. Las marcas no solamente pueden ser denominativas o figurativas, sino que también pueden ser marcas tridimensionales - la propia forma como marca -, sonoras y presentar otra serie de características cuya admisión se debate modernamente, que abarca las llamadas “marcas no tradicionales” (olfativas, de tacto, entre otras).

El vino se encuentra incluido en la clase 33 de la Clasificación Internacional de marcas de Niza, que comprende: “Bebidas alcohólicas, excepto cervezas; preparaciones alcohólicas para elaborar bebidas.”.

En esta clase se registran los productos que consisten en vino tal como corresponde definirlo, pero también aperitivos a base de vino, bebidas refrescantes que contienen vino, “vinos” de otras frutas (es decir bebidas alcohólicas que consisten en fermentaciones de frutas que no son uva, *vitis vinífera*). De manera que, para vino como tal, como producto, corresponde solicitar el registro marcario en la clase 33.

18 El Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas es un convenio internacional, que establece una clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio. Su primera versión fue aprobada en Niza, en 1957. Uruguay es parte contratante de dicho Arreglo, por depósito del 19 de enero del 2000, Ley N° 17149 de 9 de agosto de 1999. Recuperado en <https://www.wipo.int/treaties/es/classification/nice/>, 5/octubre/2023.

De todas maneras, en el mundo del vino hay otro tipo de productos o servicios afines, numerosos y variados, que también pueden registrar su marca, aunque en distintas clases. Puede verse un variopinto elenco de ejemplos<sup>19</sup>, entre marcas de productos:

- clase 32, para los llamados “vinos desalcoholizados” que en realidad sabemos que no son vinos;
- clase 30, vinagre de vino, confitería con rellenos de vino, virutas tostadas que se añaden a los vinos para potenciar el sabor;
- clase 31, uvas – la fruta -;
- clase 21, para elementos tales como decantadores de vino, así como jarras, coladores, enfriadores, copas, baldes de vino, posabotellas o posavasos de metal; sacacorchos eléctricos y no eléctricos;
- clase 20, estantes para vino (mobiliario), barriles de vino no metálicos;
- clase 16, bolsas de papel para regalar vino, etiquetas decorativas;
- clase 11, refrigeradores de vino o armarios refrigerados para guardar vino;
- clase 7, prensas de vino;
- clase 6, barricas metálicas para vino;
- clase 1, productos químicos para fermentar el vino.

Entre marcas de servicios, algunos de los ejemplos pueden ser:

- clase 44, cultivo de uvas para producir vino;
- clase 43, servicio de bares de vino;
- clase 42, asesoramiento técnico relacionado con la producción de vino;
- clase 41, catas de vino, publicación de material impreso relacionado con vinos, cursos de formación para sommeliers (servicios educativos);
- clase 40, producción de vino para terceros;
- clase 39, distribución comercial de vino;
- clase 35, servicios de información comercial relacionados con el vino.

Volviendo a las marcas para los vinos, corresponde destacar que no tienen particularidades que den lugar a una normativa marcaria específica en el Uruguay, al menos todavía. Las reglas, opciones e incluso los conflictos suelen corresponder con la generalidad de todo el derecho de marcas. No obstante, hay situaciones que presentan conflictos con alguna frecuencia respecto de esta actividad y producto: los temas de uso de patronímicos y el uso de nombres geográficos.

Los conflictos marcarios entre competidores relacionados con el mundo del vino sobre la base de confusión o identidad de nombres, es lógico que suceda en esta industria. Es

19 La referencia a las clases y posibles contenidos se relaciona con la Clasificación Internacional de marcas de Niza, 11ª edición, 2022. Puede encontrarse, entre otros sitios web, en el siguiente que corresponde a la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, Uruguay recuperado en: <https://www.gub.uy/tramites/sites/catalogo-tramites/files/2022-01/Clasificaci%C3%B3n%20de%20Niza%202022.pdf>, 2/5/2023.

muy frecuente que la actividad se transmita por generaciones en el ámbito familiar y que se haga hincapié en la personalización por apellido e incluso por identidad de alguna persona. De manera que si un integrante de la familia quiere abrir empresa propia en el mismo giro, en algunas oportunidades se han suscitado fricciones o conflictos.

Recordamos que el artículo 5° de la Ley N° 17.011, incluye dos numerales de aplicación en este tema, que establecen que no podrían ser marca, en caso que los interesados habilitados se opongan o soliciten la nulidad de un registro concedido en infracción en un plazo de quince años desde su concesión:

- 3) Los nombres o los retratos de las personas que vivan, mientras no se obtenga su consentimiento, y los de los fallecidos mientras no se obtenga el de quienes hayan sido declarados judicialmente sus herederos, entendiéndose por nombres, a los efectos de esta disposición, los de pila seguidos del patronímico, así como el solo apellido, los seudónimos o los títulos en cuanto individualicen tanto como aquellos.
- 4) El solo apellido cuando haya mediado oposición fundada de quienes lo llevan, a juicio de la autoridad administrativa.

También rige el principio de que las marcas deben ser claramente diferentes entre sí, y que una anterioridad (registro solicitado primero en el tiempo y consecuentemente concedido) permite excluir una pretensión posterior, artículo de la Ley de Marcas, Ley N° 17.011.

Sobre esta base queda claro que no hay libre disponibilidad para el uso de nombres y apellidos que correspondan a personas y que, si se comparten nombres patronímicos, el interesado deberá optar por un conjunto de expresiones marcarias literales que deje clara la diferencia con alguna anterioridad.

Estas situaciones no son exclusivas del ámbito de la producción de vinos, de manera que hay ejemplos muy variados en todos los países, que permiten guiar en la adopción de una marca que no sea conflictiva por más que incluya el apellido que tienen varias personas que se dedican a la misma actividad económica.

El otro punto que destacamos como de conflicto en materia de producción de vino, también tiene su lógica relacionada con la actividad: estando el vino, como producto, tan ligado al lugar geográfico, el terroir, donde se cultiva la vid y se produce el vino, la opción por un nombre geográfico aparece entre las primeras al momento de que el empresario piensen en un signo que distinga su producto en el mercado.

En cuanto a derecho marcario, en este caso tenemos como referencia directa al punto al numeral 4 del artículo 4° de la citada Ley de Marcas, que dice que no serán marca:

- 4) Las denominaciones de origen, las indicaciones de procedencia y cualquier nombre geográfico que no sea suficientemente original y distintivo respecto a los productos o servicios a los que se aplique, o que su empleo sea susceptible de crear confusión con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los productos o servicios para los cuales se use la marca.

En este caso no hay plazo para la presentación de una acción de nulidad respecto de un registro concedido en contravención a esta norma.

Los aspectos sobre indicaciones geográficas los veremos en un numeral más adelante. Basta comentar al respecto que el fundamento para que no puedan ser marca se encuentra en que tienen un significado distintivo específico y peculiar en su alcance legal.

En cuanto a los nombres geográficos en general, vemos que el objetivo del legislador es que el derecho de exclusiva derivado del registro marcario no pueda constituir un impedimento injusto para que los competidores se vean impedidos de referirse a una característica necesaria (realmente necesaria) para la presentación o definición del vino que producen o comercializan. No quiere decir esto que sea totalmente imposible elegir como marca de vino un nombre geográfico, pero esta asociación deberá ser de fantasía: no podrá referirse a una cualidad derivada del lugar. Eventualmente, un nombre geográfico en una marca de vino podría estar incluido, pero lo más probable es que lo sea sin derechos privativos. Es decir, que no podrá impedir que otro competidor mencione el mismo nombre geográfico, aunque inserto en una denominación o conjunto marcario que sea claramente diferente.

Finalmente, nos parece interesante destacar que – siguiendo una tendencia mundial en materia de marcas – se utiliza muchas veces el recurso de adoptar marcas por temporadas o lapsos más breves que los usuales, para ciertos vinos que se introducen como innovación en el mercado. En estos casos se acompañan de la marca troncal de la bodega, constituyendo así una “familia de marcas”. Se trata, de esta forma, de potenciar el signo marcario tradicional u originario de la bodega, pero eligiendo para diversos productos o “series” de productos otros signos que no siempre se mantienen por mucho tiempo. Esta opción o estrategia también se debe a que el consumidor actual es más exigente en cuanto a cambios, espera novedades.

Relacionado con el lugar de cultivo de la vid o producción del vino, en Francia se habla de “marque domaniale”, que podríamos traducir al español como “marca dominial”, también denominada “marque du chateau” o “marque viticole”. Alude a la marca que procede en un “chateau”, una finca que denominan con una expresión que se traduciría como castillo al español, pero que no hace referencia necesariamente a una construcción arquitectónica como tal, sino más bien a un emplazamiento. Es más cerca del concepto de “terroir”.

La marca dominial no es exactamente lo mismo que una marca comercial común. Tampoco es lo mismo una marca dominial que una denominación de origen o una indicación geográfica propiamente dicha. A efectos prácticos se puede decir que es una marca que tiene una relación directa con cierto lugar de producción de vino, incluye el nombre de ese lugar, – usualmente a lo largo de décadas o siglos – pero que no se trata de una relación necesaria de influencia en el tipo de vino, en sus cualidades como producto. No hay una relación entre el lugar geográfico y el vino en cuanto a condicionamientos naturales, sino una relación de emplazamiento de fabricación del vino en una finca: la marca dominial consiste en el nombre de dicha finca, incluso no necesariamente en el nombre del lugar geográfico donde la finca está emplazada.

La “Federation de Gran Vins de Bourdeaux” ha elaborado una carta de buenas prácticas en materia de uso de marcas dominiales<sup>20</sup>, que presenta la caracterización siguiente:

20 Se puede encontrar recuperado en <https://fgvb.fr/marques-domaniales-une-charte-interprofessionnelle-de-bonnes-pratiques>, <https://fgvb.fr/wp-content/uploads/2021/10/CHARTER-MARQUES-DOMANIALES.pdf>, ambas 25/12/2022

Marca dominial: marca correspondiente al nombre de una bodega, que designa los vinos provenientes exclusivamente de la explotación. Marca comercial: marca que utiliza el nombre de una finca sin los términos *château*, finca u otras menciones reguladas, y que designa vinos que no proceden exclusivamente de la finca.

Es una caracterización descriptiva, más bien que una definición jurídica. La Carta referida es un documento breve, donde se consagra el compromiso de ser muy certeros en cuanto a la referencia a los lugares en marcas y etiquetas.

Según publica Jurisvin<sup>21</sup>, grupo de interés económico integrado por especialistas sobre el Derecho de la viña y del vino, existe en materia vitícola una distinción entre la marca dominial o “marque de *château*” que responde al nombre de una explotación vitícola, y la marca comercial que identifica a un comerciante. Esta última se rige por el derecho común de las marcas, mientras que la marca dominial tiene reglas específicas. La principal consiste en el hecho de que no se la puede ceder separadamente de la explotación vitícola que designa, algo que no sucede con la marca comercial que es independiente del establecimiento con el cual puede estar en algún momento relacionada<sup>22</sup>.

Esta característica de imposible separación de la explotación vitícola de la marca dominial, fue consagrada por la sentencia de la Corte de Casación de 18 de enero de 1955, en el asunto “Cassevert”<sup>23</sup>. El titular del dominio Cassevert era también titular de la marca “Cassevert” y había vendido su dominio reservándose el derecho de uso de la marca. La Corte de Casación consideró “que el vendedor no tenía la opción de reservarse contractualmente el uso del nombre Cassevert” (...) “mientras se inscribiera en la matriz catastral el lugar denominado Cassevert, tal nombre no podía servir para designar vinos distintos que los de ese lugar”.

Esta posición se ha mantenido por la jurisprudencia en diversas situaciones, como en un caso del año 2007, en el cual se consideró engañoso admitir que la titularidad de una marca de las denominadas dominiales o “de *chateau*” podía estar en alguien que no fuera propietario del establecimiento. En el caso, luego de la liquidación judicial del titular anterior del establecimiento vitícola del “Chateau des Barrigards” un grupo de sociedades adquirió la marca que incluye dicha expresión para vinos, una marca dominial. Se solicitó la nulidad de la transferencia de titular realizada, entre otros reclamos. La Corte de Apelaciones de Dijon por sentencia de 20 de octubre de 2005 no hizo lugar al reclamo en relación con la marca dominial. Solicitada la casación de dicho pronunciamiento, la Corte de Casación por sentencia de 30 de mayo de 2007 entendió que correspondía anular la transferencia. Su argumento en este punto fue que un signo que designa un vino con el nombre de una explotación sólo puede ser registrado como marca, sin engaño, por quien garantiza la cosecha y la vinificación en este lugar, el tribunal de casación ha violado el citado texto<sup>24</sup>.

21 Cft. <https://www.jurisvin.fr/>, 25/12/2022

22 Cft. <https://www.jurisvin.fr/jurisvin-document-51-Marques-domaniales-marque-commerciales.html>, 25/12/2022

23 Se trata de una sentencia citada siempre que se trata de las características de estas peculiares marcas, de la siguiente forma: “Cass. com. 18 janvier 1955, « Cassevert », JCP G 1955, II, 8755”. Por ejemplo, así la cita, entre otros: Fourel-Gasser, 2011.

24 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 30 mai 2007, 05-21.798, Publié au bulletin, Se puede encontrar el texto en la base de jurisprudencia de Corte de Casación, recuperado en <https://www.courdecassation.fr/>, 25/12/2022  
Los vinos se vendían bajo la denominación “Domaine du Château des Barrigards”

No hay legislación específica que regule la “marca dominial” como una clase de marcas, ni disposiciones legales categorizantes. Surge su encuadre de uso legal sobre la base de los principios generales y, particularmente, del uso que tiene lugar en un mercado líder mundial en vinos como es Francia, cuna de regulaciones tan relevantes como la de la propia regulación de la institución “denominación de origen”. No obstante, se destaca el decreto de 4 de mayo de 2012<sup>25</sup> referido – entre otros temas puntuales de la comercialización del vino – al etiquetado y las referencias a lugares que se admiten para el caso que se trate de un vino con denominación de origen. En los artículos 7 y 10 se hace referencia expresa a la expresión “chateau” o “domaine” y sus condiciones de utilización. Esta posibilidad conjugada con la circunstancia de que coincida dicho nombre de lugar con el de una marca registrada definen las posibilidades prácticas de utilización y, en definitiva, la existencia y debate jurídicos sobre la “marque domainale” entre los expertos en Derecho del Vino en Francia.

De dicho decreto surge que el uso del nombre de château está reservado a los vinos con denominación de origen controlada y que se limitan las situaciones en las cuales se puede usar varios nombres de “chateau” para vinos de un mismo viñedo. Si bien es básico el principio “una bodega, un nom de chateau”, se admite como excepción el caso en que haya tenido lugar la agrupación de fincas por creación de una nueva como fusión de varias explotaciones, mientras se pueda justificar vinificación separada; para el caso de “segundos vinos”; o para el caso de explotaciones que adquirieron notoriedad bajo nombre diferentes, al menos diez años antes del 7 de enero de 1983 (una “cláusula del abuelo” al respecto).

Indudablemente, la coexistencia de estas marcas dominiales con las denominaciones de origen en una misma etiqueta puede ser compleja (Hawardier, 2021), especialmente para un consumidor no conocedor de estas particularidades. En uno y otro caso se trata de dos nombres geográficos, pero mientras la marca dominial solamente vincula nombre de bodega – usualmente afincado en lugar por ello implica localización geográfica – la denominación de origen involucra una relación del producto vino de la mayor intensidad con el lugar geográfico aludido. Esta última – veremos más adelante – implica que el vino es especial en alguna o algunas de sus características como directa consecuencia de haber cultivado las cepas o producido el vino en ese único lugar.

En Uruguay no tenemos hoy un escenario de uso de nombre de bodegas en este sentido. No obstante, en un futuro de desarrollo de la industria tal como evoluciona la vinculación de territorio y producto en cuanto a vinos, podría ser interesante tener presente esta experiencia.

Otro particular análisis de las marcas de vinos en Francia tiene lugar en tanto se ha denominado “segundas marcas” a las etiquetas o marcas que se eligen para los “segundos vinos”. Esta expresión surge de la práctica de los vineros de los “chateau” Burdeos, que distinguen su “gran vino” de otro que entienden no presenta las mismas características. Ese sería el segundo vino. No es que no sea bueno, simplemente no sería del mismo nivel del que entienden superior por diversas razones en una de sus producciones. El análisis que se realiza desde el mundo de las marcas tiene relación con la información fiable que

25 Cft. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000025804057>, 25/12/2022.

tenga esa segunda marca, con la idea de que no sea engañosa ni que se confunda con su gran vino (Agostini, 2021).

Para terminar las referencias a las marcas en el vino como producto, queremos destacar que atributos característicos como el color, el sabor o el aroma del vino no se pueden proteger como marca, si se trata de un efecto propio del producto. Si se tratara de algún color, sabor o aroma fantásticos, sería otra la consideración. Eventualmente, se podría pensar en el color *per se* como marca, aunque no en el derecho uruguayo, sino en el derecho europeo. El sabor o el aroma no se protegen como marca en ningún sistema, todavía. De todas formas, con color, sabor o aroma suficientemente fantásticos y no propios del vino como producto... probablemente ni siquiera sea estrictamente vino esa bebida.

### 3.3.3. Marcas colectivas y de garantía

Para los casos en que una explotación comercial en un lugar geográfico no haya adquirido fuerza como indicación geográfica, no solamente puede evaluarse la inclusión de dicha referencia en una marca común, de un empresario, sino que también se podría utilizar el mecanismo de las marcas colectivas o de certificación. Son sus conceptos respectivos:

a. marca colectiva es “aquella usada para identificar productos o servicios provenientes de miembros de una determinada colectividad”, art. 38 Ley N° 17.011; la titular es una asociación civil;

b. marca de certificación es el signo que “certifica características comunes, en particular la calidad, los componentes, la naturaleza, la metodología empleada y todo otro dato relevante, a juicio del titular, de los productos elaborados o servicios prestados por personas debidamente autorizadas y controladas por el mismo”, art. 44 Ley N° 17.011; la titular es una entidad estatal o paraestatal con competencias en el control del atributo correspondiente.

Cuando una comunidad local tiene un determinado desarrollo, una forma de consolidarlo es organizarse para que todos los productores o prestadores de ese servicio tengan un signo en común. La opción en ese caso es la marca colectiva. Los presentará como colectivo con cierta característica, sin perjuicio de sus marcas particulares que también se añadan en la presentación al mercado. Las características requeridas como condición para poder ser usuario de la marca colectiva se establecen en un documento denominado Reglamento de Uso, que se presenta al momento de la solicitud a la oficina correspondiente.

En los últimos años hay ejemplos en varias partes del mundo. Acaso uno muy destacado es la marca colectiva que han registrado productores del cava españoles, Corpinnat<sup>26</sup>. Es iniciativa de nueve bodegas catalanas de alta gama productoras de cava, el vino spumante blanco español. En su Reglamento de Uso, del año 2018, afinan y acotan el nivel de exigencia para pertenencia a la asociación y para poder usar dicha marca colectiva. Como reacción productores de vino spumante de la Comunidad Autónoma

26 En su página web explican que se trata de una marca colectiva registrada en la EUIPO, la oficina competente de la unión europea para la marca comunitaria como desafío de calidad de excelencia. Recuperado en <https://www.corpinnat.com/>, 25/12/2022

de Castilla La Mancha registraron la marca colectiva Cueva<sup>27</sup>, con el mismo objetivo: un desafío a fijar y mantener un nivel de calidad de excelencia en tales productos. En Brasil y Chile también se están desarrollando este tipo de organizaciones de estrategia.

Hay una característica fundamental para garantizar la calidad en el caso de la marca colectiva: los requisitos o condiciones que se establecen son públicos, están enunciados con detalle en el Reglamento de Uso respectivo, de manera que son constatables aun más allá de la misma organización. En la medida que se cumplan con los requisitos, que tengan éxito en el mercado y sean mantenidos, tales signos se irán fortaleciendo. Sin dudas estamos ante una tendencia estratégica creciente de los últimos años en el mundo del vino.

En cuanto a la marca de certificación o garantía, por su característica sustentación en un proceso de constatación, es algo más compleja. Por otra parte, en sistemas de regulación marcaria como el uruguayo donde la condición de titularidad de dicha marca es bastante estricta, resulta menos estimulante el recurso a esta modalidad. Dice el artículo 44 al respecto, que podrá ser titular de una marca de certificación “un organismo estatal o paraestatal, competente para realizar actividades de certificación de calidad por cuenta del Estado conforme a sus cometidos, o una entidad de derecho privado debidamente autorizada por el órgano competente mencionado”.

Pudiendo establecerse el nivel de calidad y control correspondiente en el ámbito privado, como una condición autoimpuesta y en la medida de las posibilidades, como se puede en la alternativa de marca colectiva, es una opción mucho más amigable. Queda bajo responsabilidad de los miembros fundadores en cada caso el sentido de los parámetros de cumplimiento para ingresar a la asociación y tener derecho a ser usuario de dicha marca, y también bajo responsabilidad de las autoridades de la asociación civil titular el efectivo cumplimiento de los controles.

### 3.3.4. Nombres de dominio

Los nombres de dominio son las direcciones que se utilizan para acceder a un sitio web. Técnicamente integran la estructura de Internet, son asignados por la entidad internacional reguladora de Internet, sobre la base de un número que posibilita la circulación por la net, el localizador conocido por su nombre en inglés “Uniform Resource Locator” (URL), que se corresponde por una designación literal que elige el usuario que lo contrata – sobre la base de disponibilidad mientras no se haya registrado por otra persona, antes.

La circunstancia de que alguien tenga registrado como nombre de dominio cualquiera de las expresiones genéricas, de necesario uso por los distintos partícipes de la cadena del vino, no puede impedir que siga usándose como nombre genérico. Queda bloqueado el acceso como nombre de dominio, sea un dominio de nivel superior genérico, en inglés “Generic Top Level Domain” (GTLD) o un dominio de nivel superior de código de país, en inglés “Country Code Top Level Domain” (ccTLD), pero nunca podrá impedir

27 Los productores de vino blanco spumante de Castilla La Mancha declinaron expresamente integrarse a la denominación “cava”, como lo están otras bodegas de diversas comunidades de España y optaron directamente por organizarse como marca colectiva. Recuperado en <https://vinosdecastillalamancha.es/vinos/espumosos-cueva/>, y el Reglamento de Uso de MC Cueva recuperado en: [http://pagina.jccm.es/agricul/paginas/comercial-industrial/consejos\\_new/mc\\_cueva.htm](http://pagina.jccm.es/agricul/paginas/comercial-industrial/consejos_new/mc_cueva.htm). Ambos 25/12/2022

el uso habitual en su significado de la expresión. Por ejemplo: “sauvignon.com” está registrado a nombre de un productor de vinos sudafricano; no tiene mayor alcance que el de conducir al sitio web de dicho productor, sin generar posibilidad alguna de obstaculizar el uso en referencia a la cepa.

Tampoco, en definitiva, cambia demasiado cuando se trata de la apropiación de nombres geográficos que coinciden con constituir una indicación geográfica de vino. Tendrá el uso que quien la haya registrado pretende, pero no impedirá ningún uso del nombre geográfico en términos genéricos referidos a la indicación geográfica del vino. Incluso, en realidad, si lleva a cabo algún tipo de actividad económica en el correspondiente sitio web que pudiera entenderse engañosa, la circunstancia de que haya elegido el nombre se podrá considerar una presunción en contra o agravante en su caso.

Le ha sucedido, sí, a varias bodegas que su marca de vino o de la bodega como establecimiento les fue apropiado por terceros, ciberocupación de signos ajenos. Sus titulares debieron oponerse y defenderse – como en el caso de ciberocupación de cualquier otra marca – ya sea por mecanismos judiciales y arbitrales específicos<sup>28</sup>.

Si la expresión literal de la cual se ha apropiado alguien para registrar un nombre de dominio es una marca de vinos, se abren todas las posibilidades generales de defensa de las marcas, que llegan a dilucidarse ante la Justicia o – algo frecuente en el caso de ciberocupación – ante tribunales de arbitraje específicos como el que lleva adelante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

### 3.4 Botella de vino: su forma

La botella tiene un rol destacado, tradicionalmente, en el proceso de producción del vino. Su análisis a lo largo de la Historia ha permitido identificar elementos relevantes sobre el vino y su regulación. Claro ejemplo de ello se encuentra en Roma Antigua, desde el siglo III a.C. en adelante, identificándose tres tipos de ánforas para la comercialización del vino, en las distintas etapas de la evolución de su producción y comercialización: ánfora greco-italica, más tarde la “Dressel 1” para la producción a gran escala que se comercializaba a través del mar Mediterráneo, que evolucionó hacia la denominada “Dressel 2/4” también en consideración al traslado commercial (Benítez López, 1994, pp. 20 - 21).

Luego de embotellado el vino continúa eventualmente una fase de producción denominada crianza en botella, donde adquiere características propias según las cepas y el tiempo que entienda el enólogo que corresponde esperar antes del consumo o comercialización. Todo ello ha generado diversas opciones a lo largo del tiempo.

Hay tres aspectos relevantes en cuanto a las botellas para vino, que constituyen conocimientos de uso generalizado: color, forma y dimensiones de las botellas.

28 La OMPI, ofrece el servicio de arbitraje específicamente en materia de nombres de dominio y conflictos con marcas y otras expresiones. Se pueden encontrar ejemplos en su base de datos de casos. Ejemplo de apropiación de Vega Sicilia en el 2002, recuperado en <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0169.html>, (1/11/2022)

El color de la botella de vidrio incide en la conservación del vino durante el tiempo de crianza y, en adelante, durante los procesos de distribución y guarda. Sustancialmente protegen el vino de la luz, lo conservan mejor. Esta es la razón por la cual se emplean tantas veces botellas de tonos oscuros, verde, ámbar, negro.

Las tonalidades más oscuras son muy necesarias en los vinos de guarda, es decir, en los vinos que pasarán algunos meses en botella antes de su circulación comercial. Las botellas transparentes son de uso lógico para vinos dispuestos para un consumo inmediato, como los vinos jóvenes, especialmente blancos o rosados que, además, por sus tonalidades se lucen con dicha transparencia. Un vino tinto joven que no tiene como destino la guarda, que por su elaboración está dispuesto para un consumo a corto o muy corto plazo no necesita vidrio transparente, aunque el uso determina que muchas veces se comercialice en botella de vidrio de color.

Todo este tema de los colores mencionados, en relación con este aspecto técnico es de dominio público. Es parte de la tradición de tantos años, así como se expresa no da lugar a protección alguna desde la propiedad intelectual.

Si se generara un color diverso y particular para botella de vino, alejado de lo usual, eventualmente podría pensarse en una forma de color que pueda constituir una marca. Imaginemos, hipotéticamente, una botella de vidrio para vino que fuera de combinaciones de colores (vidrio de colores, me refiero). Por lo fantástica podría constituir marca.

En cuanto la forma de las botellas, hay definiciones usuales, fuera hoy de toda posibilidad de monopolio por la propiedad intelectual como forma tridimensional por poder considerarse de uso. Entre las más conocidas se encuentran que enunciaremos a continuación.

“Bordelesa”, originaria de Burdeos – Francia, acaso una de las más usadas en el mundo entero, cilíndrica con hombros marcados, usualmente color verde, para vinos tintos y muy fácil de guardar, con un tamaño de 30 centímetros de alto y 6,85 centímetros de diámetro, en general. Por su forma es apropiada para la guarda en horizontal.

“Borgoña”, también originaria de Francia, seguramente la forma de botella más conocida, cilíndrica con hombros algo curvos o más caídos que la “bordelesa”, usualmente verde o marrón, usada habitualmente con vinos tintos, y solamente algunos pocos centímetros menos alta y con menos diámetro que la anteriormente enunciada.

“Rhin”, renana o alsaciana, de origen alemán, más alta y alargada que las anteriores, con una curva muy suave de hombros, usualmente para vino blanco y rosado, verde o transparente, respectivamente, que suele tener más porte que las anteriores midiendo 35 centímetros de altura y 7.6 centímetros de diámetro, en general.

“Jerezana”, originaria de España, también tiene hombros más marcados, usualmente negra o casi negra, se utiliza para vinos finos de Jerez, finos y manzanillas, midiendo aproximadamente 28.6 centímetros de alturas y 7,5 centímetros de alto.

“De champagne”, con raíces francesas también, sus hombros son notoriamente caídos, sus tonos frecuentes el verde, se muestra como una variación de la “borgoña”, pero tiene vidrio más grueso y una necesaria oquedad en la base porque por el proceso de los espumantes el contenido genera más presión; también es más grande: 30 centímetros de altura y 8,84 centímetros de diámetro.

Estas descripciones hacen a algunas de las formas de botellas más frecuentes, no nos podemos extender más en este trabajo: no pueden ser monopolizadas de manera alguna. A partir de ellas, diferenciándose de estos parámetros se pueden introducir formas innovadoras. Algo que, sin embargo, tampoco es tan frecuente. Hay características prácticas (disponibilidad de espacio de almacenamiento y distribución) y de significado en el consumidor (confianza por la información que proyecta forma/color) que hacen que el cambio de estos elementos tampoco sea una innovación ni siquiera prioritaria. La innovación se ha encaminado en el etiquetado, así como en la adopción de las designaciones que constituyen las marcas de nuevos vinos o para los vinos tradicionales por parte de las bodegas.

Las formas usuales de botella están en el dominio público, pero hay un margen de innovación al cual en algunos casos se recurre, en tanto se respeten los requisitos reglamentarios que pueda haber de comercialización. Hay un campo de posibilidades de innovación en la forma. No es algo frecuente: hay costos de matricería en cuanto a las formas en particular, hay un tema de inversión en un rubro que no es esencial para el consumidor de vinos también.

En cuanto al tamaño también hay designaciones usuales, que se vinculan a su capacidad, y que como genéricas no se pueden monopolizar como signo distintivo.

La capacidad estándar de las botellas es de 750 mililitros. Hay varias explicaciones respecto de por qué esta medida específica, ni más ni menos: que proviene de la medida de la Antigua Roma llamada "acetabulum", que constituía la ración diaria de vino diluido que se consumía; que se relaciona con la capacidad de fabricación de botellas antes del desarrollo industrial, pues soplando un obrero del vidrio tenía capacidad pulmonar para llegar a este tamaño; porque es un tamaño que da imagen de calidad por no ser un litro, como se compraría el vino a granel; o que tiene relación con el estándar del sistema inglés en el cual esta medida sería equivalente a "un quinto de galón", y fue la opción de producción a gran escala primera que se conoce.

Pero tienen designaciones específicas las botellas de otras capacidades (que podrán tener color y forma entre los mencionados antes, según la opción y posibilidades de adquisición de la bodega): clavelín cuando tiene 620 mililitros, Magnum 1, 5 litros; Doble Magnum, 3 litros; Jeroboam, 4.5 litros; Imperial, 6 litros; Matusalem, 6 o 6.4 litros; Salmanazar, 9 litros; Baltasar, 12 o 12.8 litros; Nabucodonosor, 15 o 16 litros; Melchor, 18 litros; Salomón, 25 litros. Y hay alguna mayor también... Ninguna de estas designaciones puede ser signo distintivo pues es alusivo al tamaño, como un genérico, aunque ello no impide que integre un conjunto marcario sin derechos de exclusiva.

En cuanto a la forma de las botellas, en tanto se trate de creaciones que no involucren los colores, forma y definiciones de capacidad de la botella que constituyen características usuales o generales como parte de la protección, las opciones para la protección por la propiedad intelectual incluyen la marca tridimensional – en este caso-, los derechos de autor y el diseño industrial. Cada una de ellas atiende a una faceta o atributo diverso de la botella.

La marca tridimensional, rescata su capacidad distintiva. El derecho de autor la originalidad, en tanto creación artística. El diseño industrial existe cuando se trata de creaciones ornamentales que se aplican sobre objetos utilitarios conocidos. En Uruguay

se encuentra regulado en la Ley N° 17.164 de 2 de setiembre de 1999, que prevé la concesión de patentes de diseño industrial a las creaciones ornamentales, para lo cual debe solicitarse el título correspondiente ante el Registro que lleva la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.

En el Uruguay no pueden coincidir en vigencia la protección de cualquier instituto de la propiedad industrial con el derecho de autor, pero la posibilidad de opción existe. Puede coincidir la protección de marcas con el diseño industrial.

Algunos vinos generosos o licores de vino presentan un tipo de embotellado artístico o no tradicional, sin dudas que por la consideración comercial como obsequio o producto de consumo más pausado que otros vinos. Es imposible no tener presente la botella del Brandy Osborne cuyo autor es Salvador Dalí, botella de distinción absoluta en el mercado específico de este tipo de vino. De manera convergente puede ser objeto de protección por derecho de autor, diseño industrial y marca. Ha sido protegida por la bodega titular en todo el mundo.

Cierto es que actualmente se puede ver en el mercado algún vino que se presenta en lata. Asimismo, el vino más popular ya prácticamente no se encuentra en damajuanas, sino en formatos plásticos (tetra pack o similares). El tema de innovación referido al vino como producto en estos envases distintos de botella de vidrio, por los cuales se opta con criterios de economía o política de bajar costos, pasa a radicar en la estética de las paredes del envase. Será entonces analizado cuando hablemos de la etiqueta, por su analogía.

### 3.5. El tapón de la botella de vino: ¿corcho o rosca?

Es tradicional el tapón de corcho para la botella de vino. El corcho es un material natural, que se extrae de la corteza del alcornoque. Si bien su uso principal, más fino y conocido es el de tapón para botellas de vidrio de vino, hay otros usos artísticos y de aplicación utilitaria<sup>29</sup>.

El tapón de corcho ha tenido un rol fundamental en tiempos o circunstancias de procesos elaboración absolutamente naturales. Una vez embotellado, el vino queda en posición horizontal, la botella “durmiendo”, con el corcho húmedo que impide la circulación de aire en el líquido contenido.

En cuanto a la forma, está sujeto a su funcionalidad, que lo condiciona: impedir la circulación de aire cubriendo el extremo superior del cuello de la botella. De manera que en este sentido no hay margen real para innovación: su forma cilíndrica se encuentra directamente condicionada por el cuello de la botella y su función. No obstante, hay otra dimensión de prestaciones que pueden ser objeto de patente, ya sea patente de invención como de modelo de utilidad. Se pueden ver ejemplos de diversas patentes en dicho sentido en los distintos registros nacionales.

Más allá del condicionamiento técnico, podría haber invención en la forma como solución a problemas técnicos. Acaso también una mejora de la forma que le añada funcionalidad.

29 Se ha hablado en los últimos tiempos de preservación del alcornoque, reduciendo la aplicación del corcho a la industria.

Asimismo, puede incorporarse al tapón una forma estética, bidimensional o eventualmente tridimensional (seguramente en una parte que sea externa al cuello de la botella). Esta creación podría protegerse por patente de diseño industrial.

Diría que el ámbito donde hay más casos de innovación es en las expresiones plásticas que puede tener el tapón de corcho en su cara lateral, a su alrededor. En algunos casos tiene impresa la marca o el formato etiqueta de la marca del vino o de la bodega. Incluso, en otros casos se puede apreciar algún tipo de emblema o imagen (de racimos de uva o de fantasía) que como creación plástica tiene cobertura por derecho de autor y podría registrarse como marca también.

Modernamente se ha sustituido en muchos casos el corcho como material de tapones, especialmente en vinos jóvenes o más populares, siendo reemplazado por materiales sintéticos. También se ha extendido el uso de tapa rosca para vinos. Sin dudas ello incide en aspectos de la elaboración y comerciales del producto. La pregunta con la que titulamos esta subsección del artículo concentra un popular debate entre el público que degusta vinos. En cuanto al tema que analizamos, merece iguales consideraciones desde la perspectiva de las posibilidades de protección por la propiedad intelectual: hay una forma sujeta a la funcionalidad, y la posibilidad de proteger cualquier aplicación de signo o creación artística estética que se estampe en ellos.

Algún tipo de prestación funcional que se le añada al tapón, especialmente si se trata de material sintético podría constituir modelo de utilidad.

### 3.6 El etiquetado de vinos, entre el mandato y la fantasía

La etiqueta es fundamental para la colocación del producto en el mercado. Esta afirmación no es ajena a los vinos, según Fernández y Meraz (2022) “Un factor relevante al momento de elegir un vino es que la etiqueta sea lo más precisa y completa posible para formar una idea de las características que ofrece el producto” (p. 230). Para decidir la compra, los consumidores más experimentados se fijan en la información que contiene, sus experiencias anteriores y su conocimiento de la cepa, bodega o región. Por su parte, los menos conocedores usualmente resultan atraídos por la estética de la etiqueta y el valor de la marca del vino.

Como toda etiqueta, la correspondiente al vino como producto de consumo humano debe cumplir normas específicas de información. Hay un conjunto de datos, pues, que deben necesariamente estar presentes y comunicarse de acuerdo a cánones específicos regulados y controlados por las autoridades estatales correspondientes<sup>30</sup>. La normativa legal y reglamentaria de las etiquetas de los vinos ha sido una preocupación del Estado y de la industria, tanto a nivel nacional como a niveles regionales cuando existen. Ello ha llevado a la imposición de información clave sobre el vino (naturaleza, cualidades sustanciales, composición, tipología, origen cantidad, graduación alcohólica) con el objetivo de perseguir fraudes y engaños, debiendo ser controlada la coherencia o veracidad de las afirmaciones de la etiqueta y el producto en sí. Se pretende de esta forma informar al consumidor a través de menciones obligatorias, que pueden ser complementadas por otras que permitan una opción mejor informada, en tanto se condena y persiguen las

30 Respecto de los vinos, el RVM en el articulado que integra el Capítulo IX, sobre Normas de rotulación y etiquetado, se establecen cuáles datos deben tener las etiquetas de los vinos que circulan por el Mercosur .

expresiones que le puedan inducir a error (Rozier y Gardia, 1979, pp. 9 y 11). Por otra parte, se ha destacado también en algunos países la necesidad de proteger a los productores de sus territorios contra las distorsiones de la competencia, tema que ha dado lugar a diversas disposiciones particularmente en el derecho comunitario europeo desde el siglo pasado (González Botija, 2005, p. 31). Es de destacar también la importancia para los territorios integrados en un mismo esquema comercial o aduanero, que la uniformidad en un régimen de etiquetado es necesario para garantizar la adecuada libertad de circulación de los productos, en este caso, del vino (González Botija, 2005, pp. 33 y ss.). Finalmente, entre otras funciones de menor relevancia que pueden encontrarse en la regulación del etiquetado, destaco que la imposición de mencionar ciertos elementos y la posibilidad de agregar otros termina constituyendo un aliciente para el fomento de la calidad, dado que poner en evidencia la determinación de componentes o características promueve la comparación en tales ítems por parte de los consumidores, particularmente en el mundo actual de las compras por Internet, donde no hay contacto físico con el producto envasado o no, y sí mayor oportunidad de informarse y enterarse de sus características (González Botija, 2005, pp. 37 y ss.). Es fundamental que todos estos intereses y factores que inciden en la reglamentación se presenten con un adecuado equilibrio en la reglamentación del etiquetado de vinos, atributo que en doctrina e incluso en jurisprudencia se destaca respecto de la normativa comunitaria europea (Picard, 1994, p. 536; González Botija, 2005, p. 43).

Más allá de la información necesaria y regulada en las etiquetas de vinos, hay libertad para la presentación comercial de vino y bodega, siempre cumpliendo con las normas generales del Derecho de la competencia (particularmente que no constituya acto de competencia desleal, publicidad engañosa) y de los signos distintivos.

La etiqueta, pues, además de la información reglamentaria necesaria, deberá tener la marca del producto con la expresión gráfica que sea y podrá tener expresiones artísticas de autores plásticos, me refiero a cualquier autor, sea o no un diseñador profesional o un artista. Es muy frecuente – especialmente en los últimos tiempos – la evolución gráfica en cuanto a la estética de las etiquetas que incluyen obras de arte encargadas al efecto para su inclusión en las etiquetas. Sea de estilo clásico, minimalista o incluyendo una obra artística visual en sí, sea que la disponga la bodega o sea creación o pedido del comprador, las etiquetas se protegen por derechos de autor.

En estos casos se debe formalizar adecuadamente la cesión o licencia de los derechos patrimoniales de los artistas que las han realizado. Es decir: celebrar un contrato con el autor, mediante el cual se enajenen (cedan) o se autorice el uso (licencien) expresamente los derechos de explotación del autor que correspondan de esa creación estética como etiqueta. Incluso hay que tomar especial nota del alcance de ese contrato, para no exceder la voluntad del titular de derechos.

El etiquetado, así como el packaging en particular que se haya optado por utilizar, además de la protección correspondiente como creación artística por derecho de autor, se puede registrar como marca. Se conoce como protección marcaria del “trade dress” o presentación comercial. Implica presentar al Registro de Marcas la etiqueta como tal, en conjunto, para su registro.

Siendo la fuerza distintiva y estética el factor esencial de las etiquetas, una vez cumplida la normativa del consumidor para el etiquetado, la innovación se ha

encaminado ultimamente hacia aspectos tecnológicos. Por una parte, se avanza en etiquetas de material sustentable, acorde con los requerimientos de protección ambientalista. Por otra parte, algunas etiquetas incluyen realidad aumentada o códigos QR que llevan la información y la posibilidad de interactuar con el comprador a un nivel mucho más desarrollado que la lectura de datos (permiten proponer sorteos y una experiencia de más conocimiento del producto y su origen). Incluso, hay desarrollos tecnológicos de etiquetado con mecanismos que pueden indicar la temperatura u otras características sobre la evolución o estado del contenido de la botella. En estos casos, la protección tecnológica que pueda tener el mecanismo incorporado se superpone al alcance que derechos de autor y protección marcaria puedan tener al caso concreto, en distintos aspectos incorporados a la etiqueta. Es decir que, si se dan los requisitos legales correspondientes, esta innovación podrá ser protegida como patente de invención.

### 3.7 Alteración, adulteración o falsificación del vino

La importancia y difusión del vino como producto es tal, que nos permite ubicar antecedentes de su adulteración (Muller, 1882) o falsificación tan remotamente como su propia existencia. Plinio el Viejo (23-79 d.C.), el reconocido historiador romano, quien en su libro XIV del tratado *Naturalis Historia* trata extensamente las uvas, vides y distintos aspectos del vino de su tiempo, ya deja constancia de la existencia de engaños o fraudes de los que es objeto este product (Plinio el Viejo, Siglo I D.C.).

S bien corresponde distinguir el concepto de adulteración de la “falsificación”, en ambos casos, además de haber una infracción a la ley de diverso alcance, se puede poner en riesgo la salud general por manipulación distorsionada del producto.

La normativa reglamentaria – en el Uruguay como en cada país – hacen referencia a conceptos referidos a la tergiversación de los vinos como producto. Se considera vino adulterado, según el Decreto N° 103/994, 17 de marzo de 1994, artículo 2, a “aquel que ha sido adicionado de productos no autorizados por la legislación vigente y las reglamentaciones, o al que se le ha sustraído o sustituido uno o varios de sus componentes naturales”. Se definen como vinos contaminados y alterados, según el artículo 3 del referido decreto.

Serán vinos contaminados aquellos que contengan “productos extraños tales como residuos de plaguicidas, residuos de desechos industriales u otros productos o elementos químicos residuales, en cantidades superiores a las establecidas en las disposiciones vigentes”.

Serán vinos alterados:

aquellos que por la acción de los agentes naturales tales como envejecimiento excesivo, la temperatura, el aire, la luz, enzimas y microorganismos, han sufrido averías, deterioros o alteraciones en su composición intrínseca de forma que ésta o los caracteres sensoriales del vino en cuestión (sabor, aroma y color) no se ajusten a las normas técnicas en vigencia, refiriéndose a las dictadas por la Oficina Internacional de la Viña y el Vino y Instituto Uruguayo de Normas Técnicas.

Añadir agua al vino para su comercialización por cualquier vía es una forma de alteración, una infracción, en principio objeto de prohibición específica<sup>31</sup>.

Estamos ante situaciones que atentan contra el producto y la calidad esperada, no solamente por la reglamentación, sino también – muy especialmente – por el cliente o consumidor, por lo que el Estado implementa controles y eventualmente sanciones al respecto.

La falsificación de vino, por su parte, como “reetiquetado” de un vino inferior a otro cuya etiqueta se utiliza en su lugar, constituye una infracción directamente relacionada con la Propiedad Intelectual. En estos casos, se reproduce – por supuesto que en principio sin autorización – la etiqueta del vino falsificado, que incluye marca y obras gráficas protegidas por derecho de autor. De manera coloquial o usual, se suele denominar también “fraudes del vino”. Se dice que el vino más falsificado el mundo, por ser el más tradicional y reconocido es el Rioja, especialmente en China, donde también es voluminosa la falsificación del vino Burdeos (Saiz, 2022).

Puede llegar a maniobras escandalosas en cuanto a volúmenes de dinero o incluso diversidad de marcas de vino involucradas<sup>32</sup>. Hay detectives y especialistas en fraude de vinos al más alto nivel como por ejemplo Philip Moulin, uno de los más conocidos del mundo (Smale, 2017), especialmente radicados en Europa.

En la comercialización de vinos falsificados usualmente convergen varios ilícitos de la propiedad intelectual. Los delincuentes falsificadores, para la puesta en el mercado, acostumbran utilizar marcas de vinos finos o caros – muchas veces marcas de alto renombre o notorias. Atentan contra los derechos marcarios de sus titulares y también vulneran los derechos de autor involucrados en las etiquetas de los vinos. Si se trata de falsificación de vinos con denominación de origen o indicación geográfica en sentido estricto también quedará en evidencia la infracción en ese flanco y la consecuente legitimación para reclamar por parte de los responsables de la indicación geográfica afectada.

Los expertos en fraudes se basan en análisis de etiquetas, muchas veces, como elementos indicativos de la infracción, al punto que vale la pena una elaboración particular incluso con características especiales en el papel, como manera de fortalecer la defensa e identidad de productos contra la falsificación. Corresponde que sean perseguidos legalmente por los delitos que cometen también contra marcas y derechos de autor previstos en la normativa legal correspondiente. Luego se reclamará responsabilidad por daños y demás rubros legales y se realizará la liquidación correspondiente.

31 En Uruguay, INAVI lo reglamenta como una prohibición, según – por ejemplo – Resolución de 2019. Lo explica con detalle una de las mujeres más famosas en el mundo del vino, Jancis Robinson (2002).

32 Se encuentra Información especialmente relevante en: <https://www.winefraud.com/>, website de uno de los más prestigiosos equipos del mundo en la persecución y desenmascaramiento del fraude del vino. Por ejemplo, un caso de falsificación muy notorio, que tuvo lugar en España en el 2018 llevó a la cárcel a tres personas que, a través de un restaurante de alta cocina en Cerceda, A Coruña (restaurante “de culto”, como le suelen llamar), vendían vino de botellas de alrededor de 20 euros, por marcas exclusivas de las más sofisticadas, cobrando 1900 euros aproximadamente cada una de estas. Fue una estafa cuantiosa. Recuperado en [https://www.abc.es/espana/galicia/abci-detenido-dueno-alex-restaurante-culto-servia-garrafon-201807231327\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/galicia/abci-detenido-dueno-alex-restaurante-culto-servia-garrafon-201807231327_noticia.html). Otro caso muy conocido, algo anterior vé en: <https://www.theguardian.com/global/2016/sep/11/the-great-wine-fraud-a-vintage-swindle>. Ambos 1/11/2022

## 4. Indicaciones geográficas

### 4.1 Nociones generales

Las indicaciones geográficas en su significado simple, fuera de toda connotación legal, se pueden definir, siguiendo a Botana, como “todo signo o medio (gráfico, denominativo, mixto) que identifica para amplios grupos de la colectividad humana un concreto espacio o territorio del planeta” (Botana Agra, 2001, p. 19). Son nombres de lugares geográficos, que individualizan y distinguen un lugar en particular.

Por su parte, siguiendo a Fernández-Nóvoa (1970, p. 2), se puede distinguir entre: indicaciones geográficas directas, que son los nombres o denominaciones con los cuales sectores de población humana identifica un lugar e indicaciones geográficas indirectas, que pueden ser signos, figuras o símbolos, como una bandera o la reproducción de un edificio o paraje característico.

Se distinguen dos funciones en las indicaciones geográficas en general, ambas relevantes para el mercado y objeto de tutela legal:

- informar sobre el lugar donde determinados productos se extraen, cultivan, producen o elaboran, así como determinados servicios se prestan; son las llamadas indicaciones de procedencia;
- no solamente informar sobre la procedencia sino también evocar un determinado producto o servicio con características propias del referido lugar; son las llamadas indicaciones geográficas en sentido estricto y las denominaciones de origen.

Las indicaciones de procedencia pueden ser utilizadas por cualquier persona, en tanto sea una expresión real, verdadera, no falsa ni tergiversada de la realidad en cuanto a un producto o servicio. Constituye un acto de deslealtad comercial que un operador del mercado coloque productos falseando la procedencia geográfica. Las indicaciones de procedencia existen como descripción certera de una realidad de hecho, no necesitan de registro alguno para su poder informativo de mercado. Se trata, por ejemplo, de las referencias a la procedencia del país que deben tener todos los tipos de vinos en la botella: Hecho en Uruguay, Producto de Argentina.

Nos interesa el caso de indicaciones geográficas directas cuya denominación pasa a tener un significado añadido, ulterior: el de un producto o servicio. Asimismo, a efectos de constituir un instituto jurídico en particular, corresponde considerar que entre lugar y producto no solamente debe existir un vínculo de atribución del mismo nombre o identidad de denominación lugar y producto. Es necesario también que ese producto sea especial o único en función de las características del referido lugar geográfico, sea por factores naturales o factores humanos.

En este plano objetivo, punto de partida de las indicaciones geográficas, para los vinos es fundamental el denominado *terruño* o “*terroir*”. En el Diccionario RAE se lo define como “Comarca o tierra, especialmente el país natal.”. En el mundo del vino hace referencia a la extensión de territorio con tales particularidades que define que el vino sea conocido con tal nombre geográfico.

Asimismo se habla de “climat”, en referencia a la parcela vitícola con su nombre y características determinadas. Es una expresión originariamente utilizada en Borgoña, Francia<sup>33</sup>.

Pszczólkowski (2014) define al *climat* como

un viñedo o un conjunto de viñedos (moderado en la carga) que ha adquirido una identidad exacta y aprobada, resultado de una combinación idiosincrática de factores naturales y humanos, independientemente de variaciones climáticas, geológicas, hidrológicas u otras, durante un período considerable de tiempo (típicamente moderado en siglos) (pp. 13-19).

En definitiva, la determinación de un climat como nombre geográfico de parcela con particularidades identificadas, valoriza unidades muy concretas de territorio aplicadas a la industria vitícola.

Cuando existe el doble vínculo, objetivo por la relación territorio-producto y subjetivo en tanto se denomina al producto con el nombre geográfico, estaremos ante las indicaciones geográficas que se regulan en el Derecho internacional y en los Derechos nacionales. Se trata de un régimen legal particular a estos casos, que deriva de la valoración de las calidades de ciertos productos -con el tiempo se han añadido también servicios-, que por los riesgos de distorsión o fraude fue necesario defender con instrumentos jurídicos desde siglos atrás. Remotamente se puede encontrar la protección impuesta por autoridades locales a ciertos productos, en función de la riqueza que generaban para un sector de su población. Con el paso de los siglos evolucionó la institución a un régimen general en el cual se amparan productos o servicios merecedores de la calificación legal, sea llamada denominación de origen, como fue inicialmente, o indicación geográfica protegida o reconocida como lo es en los últimos tiempos. Esta expresión puede abarcar las tradicionalmente llamadas denominaciones de origen también.

En cuanto a los institutos que se encuentran comprendidos en la categoría indicaciones geográficas, en la dimensión significativa desde el punto de vista jurídico, no hay una única categorización igual en lo internacional y lo nacional de los diversos Estados. Esta situación puede dar lugar a confusiones. El sistema de protección internacional existente hasta fines del siglo XX no incluyó siempre definiciones generales al respecto o, cuando las incluyó, no tuvo ese tratado internacional expansión a través de un número relevante de Estados Parte. De manera que, sin perjuicio de que los elementos generales se cumplieran (nombre geográfico, vínculo territorio-producto, intervención administrativa) hubo matices y diferencias. A comienzos del siglo XXI se expandieron los conceptos formalmente consagrados por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - AADPIC, que ya existían en algunas legislaciones. No obstante, en algunas circunscripciones territoriales, como la Unión Europea, hay varias definiciones y conceptos de asimilación. Todo ello hace más compleja todavía la coordinación y análisis de las definiciones de los institutos (Gangjee, 2012, p. 3).

33 Los climats de Borgoña constituyen Patrimonio Mundial de la Humanidad, Unesco. Son un total de 1.247. Recuperado en <https://whc.unesco.org/en/list/1425/>, 4/1/2023.

Tomaremos en este trabajo los conceptos generales de indicación geográfica propiamente dicha y denominación de origen correspondientes al AADPIC y, actualmente, consagrados por la Ley nacional uruguaya, que veremos al analizar los aspectos de regulación. Es el mismo alcance que utiliza, en directa referencia a vinos, la Organización Internacional de la Viña y el Vino (OIV).

La OIV, en uno de sus tantos documentos elaborados, explica qué es la indicación geográfica y la denominación de origen. Se pueden tomar estas definiciones como un concepto general (OIV, 2002, p. 4):

Indicación geográfica es toda denominación protegida por las autoridades competentes del país de origen, que identifique un vino o bebida espirituosa como originario de una zona geográfica concreta, cuando determinada calidad, reputación u otra característica determinada del vino o de la bebida espirituosa sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico.

Agrega que tratándose de vinos, dicha protección “está sujeta a la cosecha de al menos un 85 % de las uvas en la zona geográfica específica”.

Por otra parte Denominación de Origen es definida como toda denominación reconocida y protegida por las autoridades competentes del país de origen que consista en el nombre de una zona geográfica o que contenga dicho nombre, u otra denominación conocida por hacer referencia a dicha zona, que sirva para designar un vino o una bebida espirituosa como originario/a de dicha zona geográfica, cuando la calidad o las características de dicho vino o bebida espirituosa se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos, y que haya dado al vino o la bebida espirituosa su reputación.

Agrega que en este caso la protección “está condicionada a la cosecha y a la transformación de las uvas en vino en la región o el área definida”.

Destacamos que para la efectiva existencia de una indicación geográfica o denominación de origen, definitivamente, es necesaria la intervención estatal: se trata de un registro, previa constatación de las situaciones de hecho y de derecho que correspondan, que culmina con una resolución administrativa que concede o desestima la solicitud. En caso de concesión o registro hay protección legal. Sin dicho título, es decir fuera del Registro, no existe formalmente tal instituto.

La categoría indicación geográfica propiamente dicha, como instituto diverso de la denominación de origen, surge debido a la necesidad de que los distintos productos – también los vinos – pudieran proteger su caracterización debida al origen geográfico con un régimen menos exigente que el planteado desde sus inicios por el concepto de denominación de origen. Cuando se hace referencia a un vino con una denominación de origen se trata de la constatación de la existencia de factores naturales y humanos, ligados a determinada o determinadas variedades de vid, además de una tradición ancestral en cuanto a nombrar a los vinos con ese determinado nombre geográfico. Para los casos en que el vínculo no es tan fuerte, se limita a factores humanos o a la procedencia de las uvas cosechadas total o parcialmente en un lugar determinado, se decidió optar por otra figura alusiva a lugar geográfico, diferente de la denominación de origen ya existente como objeto de protección jurídica a nivel nacional e internacional (Serrano-Suñer y González Botija, 2004, pp. 203-204). La otra opción era “rebajar” la fuerza del concepto

de denominación de origen, lo que generaría asimetrías y eventuales perjuicios para los ya partícipes del dicho sistema de protección. De manera que se consolidó a nivel internacional la indicación geográfica como instituto de protección de menor intensidad en la constatación de los factores de enlace entre vino y lugar geográfico, que está siendo recogido hoy también a nivel de derecho nacional por la gran mayoría de los países del mundo. La indicación geográfica propiamente dicha ha sido calificada como “cajón de sastre” que acoge a los productos o servicios con vínculo definido con algún lugar geográfico que no nuestra igual intensidad que la denominación de origen (González Botija, 2003, p. 41).

De modo que, hay una categoría de nombres geográficos llamados indicaciones geográficas que tienen un estatus legal particular cuando designan productos o servicios. Éstas deben ser reconocidas por todos los países que participan del sistema jurídico internacional de protección, con las normas de derecho interno que se disponga en cada Estado.

La estrecha relación entre lugar geográfico y los vinos, determinan que los signos distintivos relacionados con nombres geográficos indicativos con su propio nombre geográfico de ciertos vinos en particular (tiene el mismo nombre) sean numerosos. Hay formalmente reconocidos algunos miles de indicaciones geográficas atribuidas a vinos en el mundo y potencialmente podría haber muchas más.

El vino, elaborado con productos y procesos naturales, está necesariamente ligado a las condiciones del lugar de cultivo y vinificación. En algunos casos, se trata de un vínculo determinante de características únicas atribuibles fundamental o esencialmente a un específico lugar geográfico. En muchos otros casos no es así: se puede llegar a vinos con iguales características producido en distintos lugares. Los primeros, históricamente se han destacado por su identidad y, con el tiempo, se desarrolló en torno a ellos una categoría legal específica de protección. Los segundos no tienen tal categorización o identidad, algo que no necesariamente incide en su calidad.

## 4.2. Caracterización legal

En cuanto a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen, un primer punto de reflexión consiste en definir si se trata de signos distintivos. A diferencia de la marca o el nombre comercial, en estos casos no hay un titular que lo utilice, la titularidad es colectiva e incluso se caracterizan también como “signos de calidad” en tanto implican en su funcionamiento ordinario un control de mantenimiento de las características establecidas en el Reglamento de Uso correspondiente. De ello deriva que no hay una función distintiva individual, como producto, sino una función distintiva de categoría de producto, puesto que las indicaciones geográficas y denominaciones de origen son utilizadas por todos los productores que cumplan con lo dispuesto por el Reglamento correspondiente en procedencia y calidad.

Una indicación geográfica o una denominación de origen por aludir a un producto no son genéricos, pues su uso está reservado a quienes respetan y no falsean la relación de pertenencia y calidad definidos para cada uno (Quittanson y Vanhoutte, 1963, p. 75 y Vallé, 1904, pp. 51 y ss.). Previa existencia de una regulación como indicación geográfica (antes específicamente denominación de origen) la discusión era el alcance

de la protección que podían tener frente a los usos falsos o engañosos, por medio de disposiciones contra los actos de la competencia desleal (Vallé, 1904, p. 7 y ss.). De todas maneras, cierto es que un uso desbordante y la falta de tutela o cuidado de la fuerza distintiva de un nombre geográfico como denominación puede dar lugar a la generalización y que lo que fue una denominación de origen se transforme en una denominación genérica, por dejar de evocar la idea de su origen o relación con el lugar geográfico por resultar identificado con el product (Mascareñas, 1954, p. 112). Es un riesgo social del mercado cuyo daño se puede evitar hasta cierto punto, pero que si no se defiende a tiempo termina siendo incontrolable.

Por mi parte, entiendo que más allá de tales diferencias, desde una posición de interés de grupo, puede hablarse de signo distintivo: sobre la base de dos aspectos centrales como lo son la procedencia geográfica y la calidad es que se sustenta la fortaleza del mensaje distintivo de estos signos. Sigo de esta forma a un autor clásico de Derecho Comercial, particularmente en el estudio de las indicaciones geográficas, el reconocido Mascareñas quien desde mediados del siglo XX estudió este tema entendiendo que las denominaciones de origen deben ser consideradas como uno de los signos o medios distintivos de los productos (recordemos que las indicaciones geográficas como terminología son muy posteriores en el tiempo).

Especialmente enseñó Mascareñas (1954) que

una denominación de origen realiza la misma función distintiva que una marca. Por esta razón no puede distinguir todos los productos producidos en un mismo lugar, sino un tipo concreto y de una determinada calidad. De no ser así, se debilitaría o anularía la fuerza distintiva del signo, o sea de la denominación (p. 111).

112



Massaguer, por su parte, considera que las indicaciones geográficas son una modalidad de propiedad industrial, que no se funda en la atribución de un derecho subjetivo de exclusión “sino en la represión del error y demás actos de competencia desleal” (Massaguer, 1999, p. 251)<sup>34</sup>. No se trata de un bien “apropiable” individualmente, no se adquiere por ningún título oneroso ni modo alguno. El uso no es común a todos los productores del lugar que se trate, sino que se puede calificar como privativo de aquéllos que fabriquen, elaboren, extraigan o cosechen el producto según los parámetros de calidad caracterizantes<sup>35</sup>. El Consejo Regulador de cada indicación geográfica o denominación de origen de vinos constituye una entidad ineludible del sistema, cuya finalidad esencial es velar por el uso debido de las indicaciones geográficas como signo distintivo de los vinos de un lugar geográfico y de una calidad y unas características determinadas que corresponden al tipo conocido con tal denominación o signo (Mascareñas, 1954, p. 120). Muchas veces es calificada como una entidad pública responsable de su organización y control del respeto a los parámetros del Reglamento de Uso, particularmente a la calidad del producto. En general, se considera que las indicaciones geográficas son bienes de dominio público, sujetas a la posibilidad de un uso colectivo, por personas que cumplen con ciertos requisitos legales contenidos en un Reglamento.

34 Esta posición la sustentan también: Fernández-Nóvoa, 1999, pp. 11 y 12; Botana Agra 2001, pp. 41 – 43; Maroño Gargallo, 2002, pp. 132-135.

35 Sobre la base de lo que enseña Mascareñas, C. (1954), p. 111- 112.

Otro tema que merece reflexión es el alcance del principio de especialidad respecto de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen. Tratándose de un vínculo territorio – producto o servicio, hay una reserva en particular para los productos sobre los que se concede, como principio.

El problema se puede plantear en relación con la indicación geográfica o denominación de origen con renombre o notoriamente conocidos (Ribeiro de Almeida, 2001, p. 56 y ss.)<sup>36</sup>. Hay indicaciones geográficas muy famosas en el mundo, mucho más allá de sus territorios y consumidores, de las cuales otros operadores de mercado buscan aprovecharse utilizando su prestigio y registrando como marca (o usándolas como tales) para productos o servicios que no se relacionan con aquéllos que les dan origen. Podemos citar casos muy conocidos, como por ejemplo los que suceden en torno a Champagne y eslóganes como “El Champagne de las cervezas”, “El Champagne de las aguas minerales”, o con la marca registrada “Champín”<sup>37</sup> para una bebida sin alcohol que reproduce la forma de la botella de Champagne y va destinada a niños. Si se trata de expresiones utilizables que se registran como marca, se discutirá en ese ámbito, sea administrativo o judicial, la posibilidad de adoptar la expresión. Desde el momento que se elige la expresión “Champagne” sin referencia a la comarca en sí, hay un aprovechamiento del trabajo global de los productores de champagne. Para determinar si en casos como estos hay un acto ilícito contra la indicación geográfica utilizada habrá que analizar cada caso.

Finalmente, sin que ello agote la lista y sobre la base de una selección caprichosa por mi parte, también destaco como punto de reflexión los diversos conflictos que se presentan a nivel registral y por el uso entre las indicaciones geográficas y las marcas, en aplicación muchas veces de normas legales que regulan esta situación ante el siempre latente riesgo de confusión y, eventualmente, de asociación. El registro marcario de un nombre geográfico que constituye una indicación geográfica, incluso cuando no se trate exactamente del mismo producto puede generar dilución y erosión de la fuerza de la indicación geográfica en el mercado (Martínez Gutiérrez, 2011). El Derecho unionista europeo en cuanto a las indicaciones geográficas de productos vitivinícolas consagra al respecto disposiciones específicas para el caso de conflicto entre estas últimas y marcas (Martínez Gutiérrez, 2011)<sup>38</sup>.

El sistema de regulación para las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los vinos tiene un objetivo de protección primario o en sí mismo, que es la referencia genuina al origen del vino y a su específica calidad. Es notoria la diferencia con la indicación de procedencia, en las cuales el origen geográfico agota la información que proponen como signo de simple designación (Mascareñas, 1960, pp. 356-357) con información para el mercado, mientras las indicaciones geográficas y denominaciones de origen se vinculan a un producto muy específico en tanto sus características y calidad están condicionadas por el lugar geográfico que los designa (Mascareñas, 1957, p. 103). Por ello el sistema de las indicaciones de procedencia no necesita un Reglamento de Uso

36 Ribeiro de Almeida, propone que se reconozca en algunas denominaciones de origen una función de comunicación o imagen tal, que amerite la expansión de su reserva de utilización a demás productos/servicios.

37 España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 1 de marzo de 2016, recuperado en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-uso-de-la-marca—Champin--no-infringe-la-denominacion-de-origen--Champagne--segun-el-Tribunal-Supremo>, 4/10/2023.

38 Maroño Gargallo, 2009, p. 309 a 315, también entiende que la normativa pretende encontrar un equilibrio de intereses entre el derecho sobre las indicaciones geográficas el derecho sobre marcas comerciales.

ni una entidad de control y regulación, todo lo contrario en cuanto a las indicaciones geográficas. Las indicaciones de procedencia se protegen por, al decir de Mascareñas, “una razón negativa” que es evitar actos de competencia ilícita; los signos distintivos indicaciones geográficas así como las marcas se protegen como bienes en sí mismos (Mascareñas, 1957, p. 106).

### 4.3 Intereses protegidos

El sistema de las indicación geográficas busca proteger distintos intereses.

En primer lugar, están los intereses de productores y empresarios en general, en torno a los vinos que están habilitados para utilizar tales signos.

En segundo lugar, puede decirse que protege al consumidor y facilita su toma de decisión de consumo; debiendo mantenerse necesariamente un cierto nivel de calidad, además del perfil de las particularidades del producto en razón del lugar geográfico donde se cultiva o elabora, el consumidor tiene confianza en el lugar de origen y en el nivel de calidad que va a encontrar. No importa, en este caso de atributos básicos – procedencia y calidad – cuál es la marca en concreto, es decir la procedencia empresarial, por más que pueda presentar diferencias.

En tercer lugar, hay intereses públicos en el sistema, dados los efectos de promoción y desarrollo para localidades, mayoritariamente rurales o de entorno natural, que tiene el sistema de indicaciones geográficas. Teniendo éxito de colocación en el mercado en productos naturales, la población de sitios más remotos a las ciudades se puede quedar en tales comarcas, como efecto directo en este sentido. En la dimensión del interés público de fomento socioeconómico no solamente encuadran viñedos, vinos y bodegas como producción, sino particularmente en los últimos tiempos como localizaciones de enoturismo.

Ribeiro de Almeida (2001), destaca que las indicaciones geográficas y denominaciones de origen presentan un interés económico y social considerable para distintos países, principalmente para los países agrícolas, que introducen en el mercado productos como vino, entre otros (Indicação geográfica, p. 8.). La marca es muy importante para que un producto se destaque en el mercado, pero no garantiza de manera efectiva una determinada calidad, esa función de garantía de calidad es propia de los signos que estamos analizando. Por su parte, las indicaciones geográficas cumplen un rol muy relevante en las relaciones económicas internacionales entre Estados o grupos de Estados integrados, ya se trate de países industrializados, como países esencialmente agrícolas y tecnológicamente en vías de desarrollo.

### 4.4 Origen y evolución de las indicaciones geográficas en relación con los vinos

Históricamente, mucho antes de que una variedad de productos (ni pensar en servicios en los primeros tiempos...) se ofreciera para satisfacer las mismas necesidades compitiendo con signos individualizantes, es decir antes de la existencia de las marcas tal como hoy las conocemos, los vinos tenían un fuerte componente territorial para identificarse en el mercado más allá de su lugar de origen. De modo que se hablaba del vino (fermentación de frutas) con el indicativo del lugar de su elaboración o procedencia.

Se encuentran tales referencias desde los primeros textos escritos, sean cuneiformes o jeroglíficos, y por supuesto que en el mundo griego y romano. Recurriendo nuevamente a los estudios y reflexiones de Plinio el Viejo (Siglo I D.C., Tomo XIV), encontramos que en su tiempo y según su testimonio que nos llega en el Libro XIV de Historia Natural, el vino griego era tan bueno que lo servían una sola vez en los banquetes. Igualmente, hubo vinos muy famosos, según esta misma fuente, en la Roma del primer siglo d.C.: el de Pucino, en el golfo del mar Adriático “en una colina rocosa, donde la brisa marina hace madurar unas pocas ánforas”; le sigue el de Falerno, zona de la Campania, entre cuya producción se destaca el de Faustiano, “conseguido a base de un cultivo muy cuidado”; y finalmente, por citar los tres primeros, los vinos albanos y los de Sorrento, a los que califica de dulces y raramente secos, “buenísimos para los convalecientes por ser suaves y saludables”. En el lapso transcurrido entre Augusto y Adriano existía una detallada regulación del comercio del vino italiano, sobre la base de dos corporaciones de mercaderes de vino, denominadas “collegia vinariorum” y un mercado específico para este producto, denominado “Forum Vinarium” (Benítez López, 1994, p. 20).

Con la Revolución Industrial, el impresionante avance en el transporte que influyó en el comercio de mercaderías, despunta la marca como el signo distintivo práctico y referencial para la identidad comercial de los productos que llegaban de un lugar a otro (de Europa, especialmente). El crecimiento de la marca como instrumento de mercado no sustituyó el valor y significado de las referencias a lugares geográficos en los vinos. La realidad en cuanto a la influencia de terroir (considerando su ubicación, características físicas de la tierra, clima, cultura de un sitio determinado) siguió siendo una nota esencial en ese mercado, para ciertos vinos en particular.

A fines del siglo XIX se fortalece a nivel internacional la valoración de la relación entre la identidad del producto vinícola con el territorio a medida que el comercio permite llegar más lejos los vinos con denominación de origen. Surge así la necesidad de proteger legalmente la relación nombre geográfico – vino. Se recurre en principio a fortalecer la referencia a procedencia y comunicación fidedigna de las características de productos. Ello se plasma en el primer documento internacional referido a la propiedad industrial

Esta situación, por otra parte, generó desde mediados del siglo XX la aprobación de normas de Derecho internacional atendiendo el punto: el primer tratado internacional es del año 1958, el Arreglo de Lisboa para la protección de las denominaciones de origen y el Registro Internacional<sup>39</sup>.

Más recientemente encontramos el AADPIC, Apéndice 1C al Tratado constitutivo de la OMC de 1994<sup>40</sup>. A partir del debate de la Ronda Uruguay, hacia la consagración protectora en el AADPIC, las indicaciones geográficas pasaron a tener un lugar especial en las mesas de negociación de Tratados de Libre Comercio (TLC), particularmente en los cuales se involucran países industrializados con países en desarrollo. Comentaremos en el siguiente punto algunas características de esta protección internacional.

39 Uruguay no es parte de este Tratado. Se pueden consultar diversos recursos al respecto recuperados en <https://www.wipo.int/treaties/es/registration/lisbon/index.html>, 26/setiembre/2022.

40 Nuestro país ingresó al sistema de la OMC y por lo tanto a los parámetros de propiedad intelectual del AADPIC según ratificación por Ley 16.671 de 13 de diciembre de 1994, publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1994. Información varia de la OMC al respecto, recuperada en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/trips\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm), 26/setiembre/2022.

A nivel de legislaciones nacionales hay regulación respecto de este tema. Actualmente – sobre la base de la pertenencia a la OMC – no sería posible que no la hubiere o que no fueran protegidas las indicaciones geográficas. Históricamente, los primeros países en formalizar protección de las denominaciones de origen, en particular, fueron aquéllos de producción de vino reconocido por el lugar geográfico de procedencia, Francia y España en primer lugar desde comienzos del siglo XX, seguidos por otros de los países de vinos del “Viejo Mundo”. Nos referiremos más adelante, en particular, a la regulación normativa en Uruguay.

## 4.5 Protección internacional

### 4.5.1 Primeros Tratados globales

Como primeras referencias en cuanto a la protección internacional de las denominaciones de origen – hoy llamadas, AADPIC mediante, globalmente “indicaciones geográficas” -, hasta mediados del siglo XX encontramos tres documentos que en distinta medida regulan el tema. Son los siguientes:

- el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP) y contra los actos de competencia desleal de 1883 – en adelante también Convenio de París -;
- el Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos de 14 de abril de 1891;
- y el Arreglo de Lisboa del 31 de octubre de 1958 relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional – en adelante Arreglo de Lisboa -.

El Convenio de París, al cual se adhirió Uruguay por decreto ley N° 14.910 de 19 de julio de 1979, consagra la posibilidad de que cualquier parte interesada accione contra las indicaciones falsas referidas a lugar geográfico, particularmente en los artículos 10.1 y 10.2, estableciendo también que deben prohibirse los actos contrarios a la lealtad comercial, incluyendo como tales las indicaciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación o las características de los productos, artículo 10.3 . Ello implica la obligación de los Estados de proporcionar las herramientas a tal fin.

El Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos de 1891 fue negociado y aprobado en un contexto de creciente aumento del comercio y, en consecuencia de circulación de diversidad de mercaderías sin un sistema de acreditación fidedigna de procedencia. Dispone dicho Arreglo que deberán embargarse en el momento de la importación los productos que contengan una indicación de procedencia falsa o engañosa que aluda de forma directa o indirecta a alguno de los Estados Contratantes o a un lugar de éste. Deberá prohibirse esa importación o aplicar al respecto las medidas y sanciones que correspondan según la normativa del país que se trate. El texto del Arreglo especifica los casos y el modo en que podrá solicitarse y ejecutarse el embargo. Asimismo se establece la prohibición de las indicaciones que tengan carácter de publicidad susceptible de inducir al público a error sobre la procedencia del producto en cuestión en caso de venta, exposición u oferta a la venta de productos. Uruguay no es parte de este Tratado. De todas maneras,

tiene significado en cuanto determina líneas de persecución de infracciones en cuanto a competencia desleal.

Por su parte, el Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, del 31 de octubre de 1958, fue mucho más específico para el tema. No es de los Tratados con más Estados Parte que administra la OMPI, originalmente eran casi sólo Estados europeos. Uruguay no integra este Tratado, sin perjuicio de lo cual, durante muchos años constituyó “doctrina más recibida” o referente a nivel internacional, durante las décadas anteriores a definiciones internacionales y nacionales al respecto. El Arreglo de Lisboa parte de un amplio elenco de legitimados para reclamar ante cada Estado parte la protección de denominaciones de origen de acuerdo con la respectiva legislación nacional. Su principio de protección es contra toda usurpación o imitación, incluso si el verdadero origen del producto figura indicado o si la denominación se emplea en traducción o va acompañada de expresiones tales como “género”, “tipo”, “manera”, “imitación” o similares, artículo 3.

#### 4.5.2 Marco global vigente

Contemporáneamente encontramos el AADPIC, que constituye el documento de Derecho internacional más importante en cuanto a protección de Indicaciones Geográficas en general y de los vinos y otras bebidas espirituosas en particular, de alcance global. Es el Apéndice 1C de la OMC.

Según este Acuerdo, los países miembros deberán proporcionar los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación de un producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto, inciso 2 del artículo 22. Se establece también que, todo Miembro, de oficio o a petición de parte, denegará o invalidará el registro de una marca de fábrica o de comercio que contenga o consista en una indicación geográfica respecto de productos no originarios del territorio indicado, inciso 3 del artículo 22.

Asimismo, el AADPIC da un paso adelante en cuanto a protección internacional, con disposiciones específicas aplicables a las indicaciones geográficas y bebidas espirituosas. Se encuentran en el artículo 23, en cuyo numeral 1 establece como principio general que

Cada Miembro establecerá los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una indicación geográfica que identifique vinos para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica de que se trate, o que identifique bebidas espirituosas para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica en cuestión, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación” u otras análogas.

El numeral 2 del artículo 23, permite defender a las indicaciones geográficas de los vinos frente a los intentos de apropiación marcaría como signo distintivo. Establece la obligación de previsión legislativa para que se actúe de oficio o se pueda actuar a petición

de parte, a efectos de que no se admitan como marca que identifique vinos o bebidas espirituosas a un signo o conjunto de signos “que contenga o consista en una indicación geográfica que identifique bebidas espirituosas, se denegará o invalidará para los vinos o las bebidas espirituosas que no tengan ese origen.”

El numeral 3 hace referencia a las posibles indicaciones geográficas homónimas para los vinos, es decir, cuando dos lugares geográficos distintos tienen el mismo nombre y ambos producen vino u otras bebidas espirituosas, siendo merecedores de una indicación geográfica. Se dispuso que cada Miembro establecerá “condiciones prácticas en que se diferenciarán entre sí las indicaciones homónimas de que se trate, teniendo en cuenta la necesidad de asegurarse de que los productores interesados reciban un trato equitativo y que los consumidores no sean inducidos a error.”. Es decir, que dado el caso se procurará que la referencia al lugar no genere confusión, aprobando la normativa de implementación correspondiente.

Finalmente, el numeral 4 estableció, desde la perspectiva del tiempo de la aprobación del AADPIC, año 1994, siguiendo la negociación previa de la Ronda Uruguay, que se comenzaría a negociar “un sistema multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de vinos que sean susceptibles de protección en los Miembros participantes en ese sistema.”. Estas negociaciones están estancadas. Explica el sitio web correspondiente de la OMC que no constituye este tema una prioridad para los Estados miembros, quienes enfocan desde distintas perspectivas los diversos temas respecto de este punto<sup>41</sup>.

Como fuente informativa de alcance global sobre la existencia de indicaciones geográficas y denominaciones de origen corresponde mencionar la “compilación” de indicaciones geográficas de todo el mundo que lleva adelante la entidad conocida como “oriGIn”<sup>42</sup>. Se trata de la Organización para una Red Internacional de Indicaciones Geográficas, oriGIn, una organización no gubernamental, sin ánimo de lucro, que tiene como base Ginebra, Suiza. Constituyen objetivos de esta organización la promoción de una campaña para la protección legal efectiva y el respeto a las indicaciones geográficas a nivel nacional, regional e internacional, frente a tomadores de decisiones, medios de comunicación y público en general; la promoción de las indicaciones geográficas como herramienta de desarrollo sostenible para productores y comunidades. Fue constituida en el año 2003 y a octubre del 2023 es una alianza global que incluye unas 577 asociaciones de productores y otras instituciones relacionadas con las Indicaciones Geográficas de 40 países distintos. En la referida compilación se encuentran datos de más de 2500 vinos relevados, de todos los continentes del mundo. El total de indicaciones geográficas relevadas (en distintos sistemas de protección) es de 9.250 en la actualidad. No quiere decir que esas sean todas, de ninguna manera. No tiene valor legal alguno la inclusión en dicha base, pero el acceso a la información es muy positivo.

41 “Members are not ready to take forward substantive work on the GI Register as a priority. Finding a solution to Members’ very different concerns with respect to the negotiating mandate and linkages to other WTO work continues to appear central to permitting substantive work in the TRIPS Special Session to resume.” Recuperado en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/gi\\_background\\_s.htm#wines\\_spirits](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/gi_background_s.htm#wines_spirits), 4/10/2023.

42 Cft. <https://www.origin-gi.com/>, 4/10/2023.

#### 4.5.3. Evolución en tratados internacionales no globales

Luego del AADPIC no se negociaron otros acuerdos de alcance global respecto de indicaciones geográficas en materia de vinos, ni siquiera desde una perspectiva general.

La protección internacional se encuentra hoy en desarrollo en el escenario de negociación de los TLC que se celebren entre Estados o entre asociaciones de Estados. En virtud de la cláusula de la nación más favorecida que se incluye en el AADPIC, cada TLC tiene un efecto latente mucho más allá de los países involucrados. Se trata de uno de los principios angulares en materia de comercio internacional, que ya estaba presente en el sistema de acuerdos GATT, precedente de la OMC. El artículo 4 del AADPIC la establece de la siguiente forma: “Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros”. Se consagran en ese mismo artículo las siguientes exenciones, que a condición de algunos requisitos formales o de publicidad, derivan de: acuerdos internacionales sobre asistencia judicial u observancia de la Ley que no sean específicos de propiedad intelectual, acuerdos en el sistema del Convenio de Berna o la Convención de Roma (poner datos), acuerdos sobre derechos conexos no previstos en el AADPIC, acuerdos referidos a la propiedad intelectual pero en vigor antes de la entrada del vigor del propio AADPIC. Explica Gómez Segade (1996, p. 67) que se admitió la inclusión de esta cláusula, que no se preveía hasta ese momento en ningún tratado internacional de Propiedad Intelectual “para poner fin a la frecuente bilateralización en materia de propiedad intelectual”, fomentada por Estados Unidos y que tenía como efecto “privilegiar a los ciudadanos y empresas de un país frente a los de otro.” Agrega el Profesor que fueron los países menos desarrollados o aquéllos no pertenecientes a ningún grupo como Suiza quienes impulsaron e insistieron en su inclusión. La modalidad de convenios bilaterales, recordemos, ha sido un instrumento al cual se ha recurrido desde tiempo atrás para la protección de los vinos con denominaciones de origen.

Uruguay tiene firmados dos TLCs, con referencias específicas a las indicaciones geográficas, que resultan aplicables a los vinos y otros productos vinícolas: con México y con Chile.

El TLC Uruguay-México<sup>43</sup> se suscribió el 15 de noviembre de 2003, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) como el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 60. Entró en vigor el 15 de julio de 2004. Uruguay aprobó tal acuerdo por Ley N° 17.766 de 5 de mayo de 2004.

El artículo 15-22 hace referencia a indicaciones geográficas y denominaciones de origen. Las partes se obligan a proteger aquéllas que el otro Estado firmante tenga registradas, sin considerarlas comunes o genéricas, en tanto conserven tal calidad en el país de origen. Asimismo, se consagra la obligación de cada Parte de establecer medios legales defensivos de las indicaciones geográficas, que puedan impedir actos de competencia desleal como inducción al público a error. El marco en este caso es el artículo 10 bis del Convenio de París. También se consagra la protección de las indicaciones geográficas frente a la pretensión de apoderamiento como signo marcario. Finalmente, en este artículo

43 Cft. [http://www2.aladi.org/biblioteca/publicaciones/aladi/acuerdos/ace/es/ace60/web/ACE\\_060\\_CAP\\_XV.pdf](http://www2.aladi.org/biblioteca/publicaciones/aladi/acuerdos/ace/es/ace60/web/ACE_060_CAP_XV.pdf), 4/1/2023.

Uruguay expresa que “reconocerá las denominaciones de origen “Tequila” y “Mezcal”, para su uso exclusivo en bienes originarios de México siempre que éstos sean elaborados y certificados en México, conforme a las leyes, reglamentaciones y normativa de México aplicables a esos bienes.”. Las únicas denominaciones de origen concedidas en Uruguay, son precisamente Tequila y Mezcal.

El TLC Uruguay-Chile<sup>44</sup> fue suscrito en Montevideo, el 4 de octubre de 2016. Entró en vigor el 13 de diciembre de 2018. Uruguay aprobó el Acuerdo por Ley 19.646 del 10 de agosto de 2018.

En este TLC la normativa relacionada con indicaciones geográficas y denominaciones de origen es más extensa que en el anterior. Coinciden en las obligaciones recíprocas entre los Estados Parte sobre protección de las indicaciones concedidas por el otro, así como la obligación de protección de las indicaciones geográficas frente a la apropiación marcaria. En este caso, se añade que para los efectos de la implementación y el funcionamiento del Capítulo correspondiente, las Partes establecerán un Comité de Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen. El Comité estará integrado por representantes gubernamentales competentes de los asuntos de propiedad intelectual, cuyos cometidos se precisan en el Acuerdo. Asimismo, ambas partes establecieron una lista de indicaciones geográficas concedidas, como indicativo del objeto directo de protección.

Uruguay tiene pendiente de suscripción al TLC Mercosur -Unión Europea. Durante la negociación de su texto la temática de las indicaciones geográficas en general (y dentro de ella la de los vinos y otras bebidas espirituosas en particular) fue una de las más discutidas.

#### 4. 5. 4. Protección de alcance regional

En cuanto a normativa que trasciende lo nacional, es ineludible mencionar del sistema regional de la Unión Europea (UE). Ha desarrollado desde hace años la temática, haciendo punta en el mundo con la promoción de las indicaciones geográficas, primero de vinos y bebidas espirituosas en particular, luego extendida a muy diversos productos sobre todo agrícolas. Algo totalmente comprensible, dado que por sus características históricas en cuanto a producción y localización de las comunidades, tiene una tradición que proteger y una cultura de gestión y tutela comunitarias. Se mantiene la regulación normativa separada en la materia: por un lado se regula en cuanto a vinos y bebidas espirituosas, por otro lado los demás productos o servicios que puedan ser objeto de indicación geográfica en alguna de las categorías europeas. Ello se debe a que en los primeros años de su constitución, cuando era Comunidad Económica Europea, ya había un mercado de vinos con denominaciones de origen relevante y tenía que atender prontamente los lineamientos de su regulación con la mirada de integración. En esos primeros tiempos, el derecho de las denominaciones vinícolas se integraba en el ámbito de la planificación económica (Gómez Segade, 1981, pp. 293-296).

Asimismo, se puede destacar que tiene una serie de categorías de protección algo más compleja, no solamente los tres institutos básicos de la normativa global, algo

44 Cft.: <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/2020-11/cap-10-propiedad-intelectual.pdf>, 4/1/2023.

comprensible por el lugar que ocupa mundialmente en la producción y comercialización en el sector vinícola.

Según datos recabados on line, en marzo del 2022 en la Unión Europea había registrados 3458 nombres de indicaciones geográficas en sus distintas variantes, de las cuales 1.624 corresponden a vinos y 258 a bebidas espirituosas. En cuanto a valoración del productos que participan de tal sistema de protección, según un estudio publicado por la Comisión Europea en el año 2020<sup>45</sup>, en el mercado unionista un producto con denominación protegida tiene un valor de venta de aproximadamente el doble que uno similar que no cuenta con certificación.

A efectos de nombrar las principales normas unionistas europeas respecto de indicaciones geográficas en materia de vinos y otras bebidas espirituosas – existen varias otras más sobre indicaciones geográficas por la extensión del régimen a demás productos y servicios -, hacemos la siguiente reseña:

- Reglamento de aplicación de la UE 2019/34 de 17 de octubre de 2013, relativo a las solicitudes de protección de las denominaciones de origen, las indicaciones geográficas y los términos tradicionales en el sector vitivinícola
- Reglamento Delegado UE 2019/33 de 17 de octubre de 2013, por el que se completa el Reglamento 1308/2013 relativo a las solicitudes de protección de las denominaciones de origen, indicaciones geográficas y términos tradicionales en el sector vitivinícola
- Reglamento UE 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, con sus modificativos, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan Reglamentos precedentes en la amteria que regían desde la década de los '70.

121

La Unión Europea cuenta con la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, EUIPO<sup>46</sup>, radicada en Alicante, España, que teniendo como competencia originaria o principal de implementación el registro de marcas y diseños industriales de alcance unionista, tiene un rol relevante en cuanto al calificar la registrabilidad de los signos marcarios que se presentan, debe aplicar los preceptos defensivos de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen. La EUIPO desarrolla una base de datos de indicaciones geográficas que se denomina “GI View” con el propósito de “Buscar Indicaciones Geográficas en toda la Unión Europea y fuera de ella”<sup>47</sup>. Al mes de octubre del año 2023 tiene más de 5500 registros de países de todos los continentes, de las cuales casi 3000 son vinos. El registro es voluntario, para la certera difusión en el mercado.

En otros marcos de integración regional también se incluyen instrumentos con disposiciones referentes a las indicaciones geográficas, que incluyen la correspondientes a los vinos y otras bebidas espirituosas, siguiendo en mayor o menor grado los lineamientos de AADPIC, pero nunca contradiciendo el orden internacional. Ninguno de ellos tiene las características desarrolladas a la par de la Unión Europea. A nivel del Mercosur hay

45 Muy interesantes las consideraciones que se pueden verificar respecto de este mercado en particular, la Unión Europea, que es uno de los de más recursos del mundo. Recuperado en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_683](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_683), 4/1/2023.

46 Cft.: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/es/home>, 4/10/2023.

47 Cft.: <https://www.tmdn.org/giview/>, 4/10/2023.

una muy modesta normativa al respecto, que veremos al analizar la regulación vigente en Uruguay en la materia<sup>48</sup>.

#### 4.6 Entidades internacionales referidas al vino

El sistema internacional de protección de las indicaciones geográficas en materia de vinos se complementa con la actividad de entidades de actividad global específica en el tema.

Por un lado, nos referimos a la Organización Internacional de la Viña y el Vino, OIV<sup>49</sup>, constituida mediante acuerdo internacional del 3 de abril de 2001 en París, continuando, renovando y redoblando la actividad que desarrollaba la oficina del mismo nombre constituida el 29 de noviembre del 1924. Tiene un rol fundamentalmente técnico de promoción y apoyo en avances y soluciones de la materia en todo el mundo.

En relación a sus facultades con las indicaciones geográficas establece en el artículo 2 lo siguiente: “c) somete a sus miembros las propuestas relativas a:

“(ii) la protección de las indicaciones geográficas, y en particular de las áreas vitivinícolas y las denominaciones de origen, designadas por nombres geográficos o no, que les son asociados, en la medida en que no cuestionan los acuerdos internacionales en materia de comercio y propiedad intelectual”.

A nivel internacional se puede encontrar también el “Grupo Mundial de Comercio del Vino”, GMCV<sup>50</sup>. Se trata de una agrupación de países productores de vino, constituida en el año 1998, interesados en compartir iniciativas y acciones en común para facilitar el comercio internacional del vino. Uruguay integra dicho grupo como miembro fundador, junto con Argentina, Australia, Canadá, Chile, Georgia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Estados Unidos. Tiene aprobados acuerdos y entendimientos en la materia. A veces concurren observadores de otros países a sus reuniones. No hay referencias expresas en su información respecto del tema indicaciones geográficas, son todos países de vinos del “Nuevo Mundo”, aunque siendo uno de los temas centrales a nivel internacional seguramente no les resulta ajeno.

#### 4.7 Regulación legal en Uruguay

En Uruguay la regulación de las indicaciones geográficas se introdujo expresamente por Ley N° 17.011 de 25 de setiembre de 1998, actualmente modificada (entendemos que acorde con el estándar requerido para un TLC Mercosur -UE) según textos dados por la Ley N° 19670 de 15 de octubre de 2018.

En Uruguay encontramos los siguientes signos distintivos en relación con lugares geográficos:

48 En el continente americano se encuentran también: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), firmado el 17 de diciembre de 1992, artículo 1.712; la Decisión 486 de 14 de setiembre de 2000, artículos 201 a 223; el Protocolo de Modificación del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, de 30 de noviembre de 1994 por Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua, artículos 70 al 80. Tales son las disposiciones claves, que se complementan con algunas otras como ajuste y para su implementación.

49 Recuperado en <https://www.oiv.int/es/>, 4/1/2023

50 Recuperado en <https://www.wwtg.gov/>, 4/1/2023.

- a) indicaciones geográficas, que identifican un producto o servicio como originario de un país, una región o una localidad, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del mismo sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, artículo 74 inc. 1º, Ley N° 17.011;
- b) denominaciones de origen, el nombre geográfico de un país, ciudad, región o localidad, que designa un producto o servicio cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, incluidos factores naturales y humanos, artículo 75 Ley N° 17.011.

La diferencia entre indicación geográfica propiamente dicha y denominación de origen radica en la intensidad de la caracterización de productos o servicios que se vinculan con un determinado lugar geográfico ya sea solamente “fundamental” o “esencial”, respectivamente.

Encontramos también la llamada “indicación de procedencia”, que consiste en el uso de un nombre geográfico en un producto o servicio que identifica el lugar de extracción, producción, fabricación o prestación del mismo, artículo 74 inc. 2º, Ley N° 17.011. Es de uso libre para todos quienes necesiten indicar el origen de su producto o servicio.

Más allá del marco legal específico, cierto es que expresiones relacionadas con lugares geográficos del Uruguay, en materia de vinos, aparecieron en las etiquetas de vinos uruguayos antes de la propia regulación legal. INAVI, antes de 1998, tenía ya un registro administrativo de –en ese momento– alrededor de veinticinco lugares geográficos uruguayos registrados como denominación de origen, de regulación administrativa, tomando como guía las reglas generales y directivas de la OIV (Bugallo, 2001, pp. 83-95).

La legislación vigente, según texto dado en la reforma del año 2018, admite la posibilidad de que existan registros de indicaciones geográficas fuera del que se encuentra a cargo de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (DNPI).

Con especial referencia al registro de indicaciones geográficas de vinos a cargo de INAVI. El artículo 76 establece lo siguiente:

Créanse los registros de indicaciones geográficas y denominaciones de origen en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, sin perjuicio del Registro en la órbita del Instituto Nacional de Vitivinicultura, respecto a indicaciones geográficas y denominaciones de origen de productores nacionales.

En el texto legal anterior sobre esta temática se establecía que para el registro de un vino nacional uruguayo como denominación de origen, INAVI debía proporcionar las pruebas, verificar la acreditación material correspondiente<sup>51</sup>.

En definitiva, el régimen legal actual reconoce el necesario rol de INAVI por su especialidad en la materia, concentrando el registro de las indicaciones geográficas de vinos nacionales. Operó la descentralización, respecto de estos productos, del registro de Indicaciones geográficas y Denominaciones de Origen a cargo de la DNPI. Ésta última

51 Sobre el sistema en el texto original de la Ley N°17.011, Cft. Bugallo, 1999.

mantiene la competencia para el caso de indicaciones geográficas y denominaciones de origen extranjeras, procedentes de otros países.

Como indicaciones geográficas de vinos nacionales, en el registro a cargo de INAVI, podemos citar: Bella Unión, Atlántida, Canelón, Chico, Canelones, Carmelo, Carpintería, Cerro Carmelo, Cerro Chapeu, Constancia, El Carmen, Garzón, José Ignacio, Juanicó, La Caballada, La Cruz, La Puebla, Las Brujas, Las Violetas, Lomas De La Paloma, Los Cerrillos, Los Cerros De San Juan, Manga, Paso Cuello, Paraje Pintón, Progreso, Rincón De Olmos, Rincón del Colorado, San José, Santos Lugares, Sauce, Sierra de la Ballena, Sierra de Mahoma, Suárez<sup>52</sup>. De todas maneras, no he encontrado información online sobre el funcionamiento de una entidad u organización de control, a modo de Consejo Regulador, para cada una de las indicaciones registradas.

Quienes hoy en el Uruguay quisieran implementar el sistema de indicaciones geográficas o denominaciones de origen en relación con un vino, a tenor de la normativa legal general y a tono con una organización eficiente a los fines de tales institutos, deberían:

- a) acreditar desde el punto de vista científico (química, geografía, características del vino y su elaboración, todo en relación particular con el lugar), le vinculo lugar geográfico – producto, tal como hoy se realiza para el registro en INAVI;
- b) redactar y aprobar un Reglamento que describa el territorio abarcado por dicha indicación geográfica, las características exigibles en la viña, vides, uvas y vino correspondientes (cepas, características del vino, entre otras), las exigencias para ser usuario de la referida indicación tanto para quienes cultiven la uva, que se presenta para su registro;
- c) organizar un sistema sustentable de Consejo Regulador como órgano de contralor de todas las características y exigencias enunciadas en el Reglamento correspondiente.

La defensa de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen en Uruguay, a nivel administrativo, consiste en el impedimento de su apropiación marcaria. El artículo 4 numeral 4 de la Ley N° 17.011 establece que una denominación de origen no podrá ser registrada como marca. Tampoco una indicación geográfica. Se aplica debidamente esta disposición, tal como se vé en las decisiones de la DNPI y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA).

A nivel judicial el artículo 85 de la mencionada Ley N° 17.011 establece que las disposiciones referidas a las acciones penales y civiles de defensa de la exclusividad en materia marcaria, serán aplicables, en lo pertinente, a los que hicieron uso, sin derecho, de las denominaciones de origen. No hay referencia expresa a las indicaciones geográficas propiamente dichas, lo que no obsta a la extensión de la defensa en el ámbito civil. En el caso del derecho penal, por el principio de legalidad en materia de actos calificables como delitos entiendo que sin norma expresa no se puede entender así.

52 Lista de localidades con carácter de indicación geográfica en materia de vinos que se encuentra enunciada en publicación de la DNPI. Recuperado en <https://www.prosurproyecta.org/uruguay/wp-content/uploads/2019/05/Bolet%C3%ADn-Indicaci%C3%B3n-Geogr%C3%A1fica-copia.pdf>, 4/01/2023. Complementada por consulta telefónica a INAVI en enero 2023. En la base de datos online de la OIV no están todas, y figuran como “DOC”.

Todavía no hay reglamentación por vía de decreto específica para las indicaciones geográficas propiamente dichas.

Otra de las disposiciones defensivas, recogida por el Derecho nacional como cumplimiento del AADPIC, es el artículo 79 también de la Ley N° 17.011, que consagra la llamada “cláusula del abuelo” que se prevé también en el AADPIC. El texto legal mencionado establece que se exceptúa de la prohibición de uso de indicación geográfica que identifique vinos o bebidas espirituosas, a quienes la hayan utilizado de manera continua durante un lapso mínimo de diez años antes del 15 de abril de 1994. De esta forma, se reconoce un derecho a un comerciante local, sobre la base del uso, incluso frente al uso legítimo original de la indicación geográfica que se trate, en función de la antigüedad del uso.

En Uruguay tuvo aplicación este artículo cuando fue admitida la solicitud de la marca Riojano solicitada por una empresa que había utilizado dicha expresión como si fuera una marca durante muchos años antes de dicha solicitud. Se opuso a dicho registro el Consejo Regulador de vinos Rioja, España, tradicional denominación de origen de vinos, desde la ley del año 1912 en España, una de las primeras del mundo. Sin perjuicio de considerar que el consumidor uruguayo no se confunde por canales de comercialización y precio un vino Rioja español, original y legítima denominación de origen, con un vino marca Riojano, el TCA hace referencia a la cláusula del abuelo para definir el tema. De manera que se entendió que por tratarse de un vino era aplicable el art. 79 de la Ley N° 17.011, considerando de modo excepcional y por tratarse de una bebida alcohólica, cuya marca ha sido utilizada en el mercado uruguayo por más de 10 años, al momento de aprobarse el acuerdo de Marrakesh, encuadra perfectamente en los términos de la excepción. Por lo tanto se mantuvo el registro de la marca cuestionada<sup>53</sup>.

125

#### 4.8 Las indicaciones geográficas de los vinos en otros sectores normativos

Además de la normativa específica que alude a las indicaciones geográficas de los vinos, para la defensa de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen se aplican otros conjuntos normativos. Se trata de un tema que durante muchos años, antes del impulso internacional de la protección específica que tuvo en el AADPIC, se regulaba en disposiciones sobre productos agrícolas. Actualmente, la diversidad normativa para la protección, determina una superposición de posibilidades de regulación. En realidad, me parece muy razonable porque el propio tema involucra aspectos distintos de la vida social, algo que naturalmente lleva a la aplicación de distintos sectores normativos.

En primer lugar, se aplica el bloque dispositivo referido a la prohibición de actos de competencia desleal, en los diversos tipos de actos en los cuales ella consiste.

Cuando se utiliza una indicación geográfica o denominación de origen en un producto que no es el original, procedente del lugar geográfico cuyo nombre tiene ese doble carácter (lugar y producto o servicio) hay un acto de engaño o de explotación de reputación ajena (Massager, 1999, p. 255), cuando menos.

53 Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 128/2009 de 14 de abril de 2009, Ministros: Harriague, Lombardi, Preza -r., Sassón, Monserrat.

El etiquetado de los vinos y demás productos vitícola tiene muy concisas disposiciones sobre los elementos que deben indicarse, de manera que se exhiba la máxima información y el consumidor pueda distinguir e informarse claramente. El apartamiento o falsedad del contenido de las manifestaciones puede crear confusión, acto claramente desleal (Gómez Lozano, 2004, pp. 63, 102-109).

En Uruguay no tenemos una ley propia contra la competencia desleal, no tenemos derecho positivo nacional, pero sí por la circunstancia de la adhesión al Convenio de París, es de aplicación directa el artículo 10 bis. Cualquier tipo de acto de engaño, imitación, así como cualquier acto que constituya una contravención a los usos honestos del mercado y que involucre indicaciones geográficas o denominaciones de origen de los vinos está prohibido y quienes sufran un daño al respecto están legitimados para reclamar, fundados en la referida norma internacional que es derecho positivo en nuestro país.

En segundo lugar, las normas sobre publicidad comercial que contiene la ley N° 17.250 de 11 de agosto de 2000 que, en general, sostiene el principio de lealtad entre competidores y frente al consumidor, también pueden fundamentar la defensa de la integridad de las indicaciones geográficas de vinos en el mercado<sup>54</sup>.

Indicaciones geográficas y denominaciones de origen en la referencia al lugar geográfico que incluyen, son signos distintivos con función publicitaria manifiesta: dar a conocer el lugar de procedencia. De manera que, los criterios de comunicación comercial al mercado deben ser considerados. Gómez Segade (1981) destaca que la denominación de origen, como los demás signos distintivos tienen funciones publicitarias y que esa afirmación “tiene especial valor en el caso del vino”, pues “ante todo una información sobre la zona de cultivo de donde procede el vino”, es un medio para influir en la competencia (p. 299-300).

En tercer lugar, se puede mencionar la normativa de protección al consumidor, contenida también en la Ley N° 17.250 mencionada. Si bien el objetivo se focaliza en el consumidor como receptor de los actos de oferta en el mercado, cuando se ampara y reclama por los distintos derechos (veracidad, transparencia y demás), se está protegiendo –eventualmente– a las indicaciones geográficas.

#### 4.9 Normativa Mercosur vigente en el Uruguay

Por último, en cuanto a normativa aplicable en Uruguay, corresponde la referencia a las normas Mercosur, dos en concreto, de directa referencia a las indicaciones geográficas y denominaciones de origen del vino, en tanto han sido internalizadas por nuestro país.

En primer lugar, tenemos la Decisión N° 8/1995 Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen aprobado en Asunción, Paraguay, el 5 de agosto de 1995, aprobado por el Parlamento uruguayo por Ley N° 17.052 de 14 de diciembre 1998. Había sido previamente aprobado por la República de Paraguay, por Ley N° 912/1996 de 27 de junio de 1996. Habiendo llegado a dos aprobaciones por Estados Parte, se encuentra vigente.

En los artículos 19 y 20 trata de manera general el tema indicaciones de procedencia y denominaciones de origen.

54 Sobre el consumo y la protección de indicaciones geográficas, cft.: Gómez Lozano, 2004, pp. 109-110.

El artículo 19 consagra la obligación de protección entre los Países y algunas definiciones. En primer lugar, enuncia que los Estados Partes se comprometen a proteger recíprocamente sus indicaciones de procedencia y sus denominaciones de origen.

En segundo lugar, define los dos institutos mencionados en la siguiente forma:

- 2) Se considera indicación de procedencia el nombre geográfico del país, ciudad, región o localidad de su territorio, que sea conocido como centro de extracción, producción o fabricación de determinado producto o de prestación de determinado servicio.
- 3) Se considera denominación de origen el nombre geográfico de país, ciudad, región o localidad de su territorio, que designe productos o servicio cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, incluidos factores naturales y humanos.

El artículo 20, impone entre las Partes la prohibición de registro como marca de las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen cuya definición normativa consagró en el artículo anterior.

Son dos disposiciones que no entrañan complejidad alguna para el cumplimiento, dado que constituyen la base del alcance del AADPIC, nivel "piso" de la protección internacional (Locatelli, 2008, p. 258).

Esta Decisión del Mercosur rige entre los Estados miembros que lo hayan aprobado. Ellos son Uruguay y Paraguay, de manera que el alcance resulta limitado a tales dos países. La negociación del texto que culminó en este Protocolo fue detallada, participaron representantes de todos los países. Sin embargo, al poco tiempo de su aprobación Argentina y Brasil declararon que no lo iban a aprobar internamente, lo que redujo drásticamente su alcance.

En segundo lugar, se encuentra el Reglamento Vitivinícola del Mercosur, ya mencionado en este trabajo. Recordamos que fue adoptado por decreto por nuestro país y, de esta manera, incorporado a la normativa uruguaya. Contiene disposiciones referidas al tema indicaciones geográficas de vinos, que deberían instrumentar y complementar la normativa legal uruguaya. El RVM presenta dos definiciones básicas.

Por un lado, está la Denominación de Origen Reconocida, como

nombre del país de la región o del lugar utilizado para designar un producto originario de este país, de esta región, de este lugar o del área definida por este fin bajo ese nombre, y reconocido por las autoridades competentes del respectivo país (artículo 7.2 RVM).

En su caracterización hacen referencia a la relación exclusiva o esencial de sus características y calidad con el medio geográfico, comprendiendo éstos factores naturales como humanos.

Por otro lado, encontramos Indicación Geográfica Reconocida, también como

nombre de un país, de una región o del lugar utilizado para designar un producto originario de ese país, de esa región, del lugar o del área definida para ese fin bajo este nombre, y reconocido por las autoridades competentes del respectivo país (artículo 7.3 RVM).

En su caracterización, en este caso hace referencia a una relación ligada al medio geográfico, comprendiendo factores naturales como humanos, pero no pone énfasis en su carácter exclusivo o esencial. Tales atributos no se mencionan en la norma.

Finalmente, se hace referencia a la indicación de procedencia como “nombre geográfico de Regiones Vitivinícolas”. Se han visto en algunos casos de etiquetas de vinos nacionales uruguayos la referencia a la región geográfica de procedencia.

Se deberá comunicar a la secretaría administrativa del Mercosur las denominaciones de origen e indicaciones geográficas que se utilicen, que se aprueben y las modificaciones en tanto tengan lugar.

No ha colmado las expectativas este reglamento, que – cierto es – enfrentó, especialmente en los primeros años, asimetrías en las definiciones sustanciales de indicación geográfica en los distintos países del Mercosur (Locatelli, 2008, p. 259-260)<sup>55</sup>.

Si bien otros países, especialmente europeos, han suscripto convenios bilaterales entre sí para la protección concreta de indicaciones geográficas, como una solución de refuerzo de la protección general internacional, no es el caso de Uruguay. No tenemos ejemplos en la normativa de Derecho Internacional uruguayo, en vinos ni para otros productos o servicios, de este tipo de acuerdos internacionales.

## 5. La bodega como establecimiento comercial

### 5.1 Conceptos generales

Bodega, del latín *apothēca*, y este del gr. ἀποθήκη *apothēkē* ‘depósito, almacén’, tiene varias acepciones en el Diccionario RAE, que hacen referencia al vino: “1. f. Lugar donde se guarda y cría el vino. 2. f. Almacén de vinos. 3. f. Tienda de vinos. 4. f. Establecimiento, generalmente industrial, para la elaboración de vinos.” Evidentemente, la bodega es base física de actividades de producción y comercialización. En cuando a la elaboración del vino, en la bodega tienen lugar la vinificación, la estabilización y el embotellado del vino.

Desde que existe el vino, existe el ámbito físico para su elaboración, es decir: la bodega. Aunque más no fuera un rincón de los primeros pueblos sedentarios del Neolítico donde estaba la o las vasijas donde preparaban una fermentación de frutos. Mucho ha evolucionado la bodega a lo largo de la Historia.

Desde el punto de vista del Derecho comercial, la bodega responde directamente al concepto de “fábrica” en su sentido más clásico, dado que ahí tiene lugar la transformación de materia prima en un producto. De esta forma, puede afirmarse que una bodega es una “empresa de fábrica” y, por tanto, acto de comercio a la luz del artículo 7 numeral 4 del Código de Comercio, independientemente de la forma jurídica que adopte el empresario, titular de la bodega, sea persona física, condominio (de origen sucesorio o de origen contractual) o persona jurídica (sociedad comercial, sociedad cooperativa).

<sup>55</sup> La autora explica y compara las normativas correspondientes de los cuatro países, evidenciando en sus diferencias un obstáculo para la consolidación del tema.

La bodega es un establecimiento comercial, desde la perspectiva del Derecho comercial. Coincide con la definición: un conjunto de elementos heterogéneos, corporales e incorporeales, organizados para la prestación de productos o servicios al mercado.

En torno a la bodega, que como establecimiento comercial tiene un titular, se identifican diversos elementos que la integran como una universalidad. No solamente están mercaderías, maquinaria, muebles y útiles, transporte, materia prima, sino también los diversos institutos de propiedad intelectual que se aplican para la producción o se integran a ella para la comercialización en el mercado. Entre lo intangibles, por otra parte, no hay que olvidar el know how, de protección por medio de secreto empresarial (industrial o comercial), las bases de datos que genere especialmente la fase de comercialización, como toda marca, nombre comercial o creación inventiva vigente.

Finalmente, destacamos que esta caracterización tiene como una de las consecuencias más significativas que, para su enajenación, está sujeta al régimen de la ley N° 2.904 de setiembre de 1904 (publicaciones, solidaridad del adquirente frente a ciertos acreedores del vendedor) y del decreto-ley N° 14.433 de setiembre de 1976, sobre promesa de compraventa de establecimiento comercial, y concordantes.

## 5.2 Marca, nombre comercial, trade-dress

Como actividad económica, la bodega puede tener un nombre comercial que la distinga en el mercado. El derecho al nombre comercial se adquiere por el uso, quedando sometido a las disposiciones de los artículos 67 y siguientes de la Ley N° 17.011 de setiembre de 1998.

La designación correspondiente al nombre comercial, signo distintivo de la actividad económica de la empresa, puede también constituir una marca de servicios. Es decir, entendida como un servicio, la actividad de elaboración de vino también puede distinguirse con una marca.

La calificación con signo distinto de la designación de la bodega permitirá defender cualquier apropiación que se realice por terceros no autorizados como nombre de dominio.

Más allá de las consideraciones anteriores, también podrá haber algún tipo de disposición distintiva de la decoración de la bodega, particularmente en tanto atiende al público (ya sea en la venta de vinos, como en las áreas destinadas a enoturismo). Llegado el caso, podrá tratarse de trade dress, la protección de la presentación comercial que se protege como marca.

## 5.3 Maquinarias de las bodegas

Hicimos ya referencia al tratar sobre el vino como producto, que en el proceso de elaboración pueden existir innovaciones, consistentes en soluciones a los problemas técnicos que se presentan en las distintas actividades realizadas – en este caso – en las bodegas que, si cumplen con los requisitos de patentabilidad del artículo 8 de la Ley N° 17.164 para obtener patente de invención o del artículo 81 de la misma Ley para obtener patente como modelo de utilidad, podrán registrar ante la DNPI.

## 6. La comercialización

De manera de dejar cerrado el circuito correspondiente al vino como producto, destacamos la etapa de comercialización, como su colocación en el mercado, ya sea directamente de la bodega al consumidor, a través de la comercialización indirecta tradicional (mayoristas, comisionistas) o a través de contratos de distribución que permiten llevar los productos con una dinámica más moderna. Cualquier sistema de los mencionados tiene ventajas y desventajas que cada empresa deberá analizar.

La información y sistemas de comercialización usualmente se protegen mediante el secreto empresarial o comercial, por tratarse de valores intangibles que no tiene protección definida, propiamente dicha, por ninguno de los institutos de la propiedad intelectual. Se protege sobre a través de cláusulas contractuales.

En algunas ocasiones el vino se comercializa con etiqueta y marcas de quien encarga a la bodega una determinada partida de botellas. Es decir, que se introduce en el mercado con signos distintivos de quien comercializa, no siempre con los signos de quien lo produce. No obstante, por tratarse de un producto de consumo humano, las normas de etiquetado imponen la referencia indicativa del productor en estos casos. Aunque más no sea el número correspondiente a la bodega en el Registro de INAVI, en el caso de nuestro país.

130

## 7. Enoturismo

En las últimas décadas la bodega se luce, junto a las viñas que las rodean, como ámbito de una actividad de servicios turísticos. La lógica de la convergencia de Naturaleza con venta de productos de consumo como los vinos definió la posibilidad y rápido crecimiento de esta actividad económica alternativa que a nadie hoy extraña.

Esto implica no sólo el contacto con otra parte de la Administración en relación con el Turismo (sea el Ministerio competente o las direcciones de administración departamentales de turismo), sino también que las marcas y el nombre comercial jugarán un rol en relación con otro objeto, como son los servicios turísticos. Corresponde que se registren marcas en la clase internacional correspondiente a dichos servicios también, con lo que implica analizar que anterioridades pueda haber ya en el Registro, en su caso. Se trata de la clase internacional 39, por servicios de turismo, y también la clase 43 si se incluye, por ejemplo, servicio de posadas u “hoteles de vino”.

En Uruguay, además de la competencia que corresponde en lo general al Ministerio de Turismo, INAVI promueve el denominado Enoturismo y tiene competencias respecto de tal actividad en las bodegas, incluido llevar un registro de bodegas turísticas de todos los departamentos de nuestro país con información de los servicios que prestan<sup>56</sup>.

56 Cft.: <https://www.inavi.com.uy/enoturismo/>, 4/1/2023

## 8. Cata o degustación de vinos

Catar, según el Diccionario RAE, proviene del latín *captāre*, que además de traducirse al español como “coger” o “buscar”, también significa “capturar”; en su primera acepción se define como “Probar, gustar algo para examinar su sabor o sazón”. Es sinónimo de degustación.

Históricamente, desde el Derecho Romano se identificó la “degustatio” - degustación como un contrato autónomo o una cláusula del contrato de compraventa de vino. El vino tradicional como producto natural siempre fue particularmente sensible, no solo a los elementos incidentes en su elaboración, sino también a posteriori en lo que pueden incidir las condiciones de transporte o almacenamiento. Por lo tanto la prueba por parte del adquirente de botellas o partidas de botellas implicaba una condición contractual para la adquisición. Juristas como Paulo y Ulpiano enseñan al respecto, pudiendo concluir actualmente según Benítez López que “la degustación era la práctica que autorizaba al comprador para aceptar o rechazar el vino y, por tanto, la venta, ya que este uso era y sigue siendo el único que permite observar la calidad del producto” (Benítez López, 1994, p. 134). De esta forma, se atribuía el periculum de deterioro del producto como un riesgo para el vendedor (Benítez López, 1994, p. 136). Claramente, esta figura se mantuvo en la Edad Media, con las referencias históricas de los mercaderes que daban a probar al cocinero o siervo de confianza del Señor o del Fondero, el vino que vendían como condición de aceptación para la compra. Constituye, también actualmente una modalidad de contrato a prueba.

Por otra parte, tratándose de vinos, la actividad de catar no es meramente prueba de sabor, sino una actividad de búsqueda e investigación sensorial: visual, olfativa, gustativa, táctil en boca; la fase auditiva del chocar de las copas es puramente social. Tiene como objetivo valorar, comparar e identificar vinos. Requiere una formación particular que implica conocer las referencias del lenguaje correspondiente a los vinos, en principio, los pasos tradicionales o disruptivos para la experiencia de degustación, así como – en definitiva – conocer los elementos que componen los vinos a los cuales se les atribuyen los distintos efectos. No siempre tiene que ser enjundiosa ni lírica una cata, también puede ser un entretenimiento sociocultural.

Tales particularidades del vino dan lugar a actividades formativas, culturales y de ocio frecuentes y extendidas. Tienen lugar tanto en establecimientos de productos y servicios gastronómicos, como en las bodegas. Integran como actividad parte del ciclo de producción y comercialización de los vinos. Protagonizan, en general, actividades que se generan como enoturismo.

A cargo de tales actividades hay un profesional específico, el sumillier o sommelier. La expresión surge a comienzos de la Edad Media, para definir a quien se encargaba de transportar desde el campo a los Señores los diversos productos necesarios para la comida y bebida, utilizando “animaux de Somme”: era un arriero. Para realizar dicha actividad eficientemente debía adquirir muchos conocimientos de lugares, características de los productos, de los lugares de producción, lo que determinó que fuera un referente para los destinatarios de los productos (hoy diríamos consumidores). El sommelier pasó a constituir una especie de “garantía” de los productos: se esperaba que los probara. De esta manera en el siglo XIV se caracterizaba por estar localizado en los señoríos o

palacios y ser el encargado de probar los vinos que traían para el consumo. En el caso de Reyes, no solo se trataba de un “control de calidad”, sino también constatación de que el vino no estaba envenenado. La dinámica de confianza, con los siglos, derivó en una profesión necesaria para la industria y el comercio del vino: hoy el sommelier tiene una función técnica de gestión de la bodega y la carta de vinos de un restaurante, maneja el marketing del vino y, además, protagoniza como instructor y difusor actividades de cata de vinos en la Sociedad (Bugallo, 2016).

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual la protección correspondiente no es distinta de cualquier otra prestación de servicios de entretenimiento, culturales o artísticos. Los contenidos alusivos que se expresan en tanto sean originales, será obra protegida por Derecho de Autor.

Si se organiza la cata como actividad económica orientada al mercado, el signo distintivo elegido para la actividad merece tener protección marcaria, concretamente marca de servicios. Las clases internacionales del Arreglo de Niza, de indicación al respecto serían: la clase 41 (que comprende la organización y realización de eventos de cata de vinos a cargo de somelliers) o la clase 43 (que comprende servicios de degustación de vinos, reseñas de vinos, asesoramiento en maridaje, los propios servicios del somellier).

## 9. Reflexiones finales

A modo de reflexión final, formularemos algunos comentarios sobre la aplicación de las herramientas de propiedad intelectual reseñadas en la realidad, con especial referencia al Uruguay.

De todos los institutos de la propiedad intelectual mencionados no sorprende concluir que el más utilizado – ineludible en la práctica – es la marca. El vino es un producto destinado a un mercado cada vez más competitivo, no importa en cuál dimensión se acote. Por lo tanto, para competir, así como para tener presencia y recurrencia, debe contar con un signo marcario que permita al consumidor recordar y pedir cada producto sin confusiones. En los últimos años vemos cómo los productores optan por marcas fantasiosas y con mensajes más allá de lo tradicional. Ello refleja que el marketing de la renovación constante ya ha llegado a ser expectativa del consumidor de vino.

También las bodegas y otros prestadores de servicio del mundo del vino en los hechos deben recurrir a las marcas para presentarse con fuerza en el mercado. En este caso, por ser una actividad comercial – en su acepción general – el nombre que identifica tales servicios no solamente puede constituir marca de servicios cuando se encuentra registrado, sino que por el mero uso puede constituir nombre comercial en el derecho uruguayo. En el mundo de quienes hacen vino sigue siendo muy importante la tradición personal y familiar que se refuerza identificando la persona o la familia que se dedica a esta actividad. Ello se refleja en los nombres elegidos como signos distintivos y, muchas veces también, en los conflictos que generan.

En cuanto a la protección de la tecnología en el mundo del vino podemos afirmar que aún cuando la elaboración del vino responde a tecnologías o know how ancestral, es creciente en el sector la preocupación por la protección de la innovación que se introduce

especialmente en la producción. Dada la naturaleza de la actividad se recurre para ciertos casos al patentamiento de soluciones tecnológicas (entre las cuales se destacan las patentes de invención de creaciones químicas) y en numerosos casos se ha de recurrir a la protección mediante secreto de las innovaciones. Aquellos “detalles” que reflejan la mano o el alma del vinero, el cómo interpreta o ha personalizado características del proceso de vinificación tradicional, no tienen otra forma de protegerse que a través de una decisión unilateral de reserva de la información en primera instancia y, ulteriormente, si es necesario compartir tal conocimiento, se ha de recurrir a obligaciones o contratos de confidencialidad.

Especial destaque merecen, entre las referencias a innovación tecnológico científica, los desarrollos en materia de semillas, que han permitido consolidar cepas y proteger cultivos, amparados por el sistema UPOV de protección de los derechos de los obtentores vegetales.

El Derecho de Autor acompaña a la comercialización, a través de la expresión visual o plástica en las superficies y formas de los envases, etiquetas o tapones, así como de cualquier otro elemento que sea de necesidad o utilidad para la comercialización.

La innovación en la parafernalia de productos y utensilios que se utilizan para la cata de vinos también se protege por derecho de autor (obra de arte aplicado, evidentemente), diseño industrial o incluso marca tridimensional.

De todos los instrumentos de propiedad intelectual, de los cuales se puede identificar una función socio económica, además de la propia potencia distintiva e informadora de cualidades del vino.

El vino es necesariamente un producto de arraigo territorial, su plantación y fases de producción lo unen ineludiblemente a un lugar físico, geográfico. A consecuencia de ello es notable la recíproca interacción que se genera. Por un lado, las características del lugar repercuten directamente en la calidad y caracterización del vino. Por otro lado, de ello deriva un efecto social, económico y cultural de desarrollo para cada lugar de emplazamiento de cualquiera de las etapas de los ciclos del vino dirigidos al mercado. El recurso a signos que valorizan la fuerza de la relación entre lugar geográfico y el vino es especialmente relevante. La apreciación de la información que surge de las indicaciones geográficas (alguna vez condensada también en marcas de certificación, de garantía o de marcas colectivas) es esperada por los consumidores entendidos del producto.

Incluso, para cierto nivel de público, hay una mejor y mayor valoración del vino, cuando cuenta con la información correspondiente al lugar geográfico de donde viene, reconociendo la posible incidencia de éste en el producto final. Hoy conocemos regiones, zonas y comarcas que se han elevado como indicación geográfica de vinos (sea denominación de origen o indicación geográfica en sentido estricto) de las cuales tiempo atrás no se tenía referencia alguna más allá de la incidencia que tenían en propios y vecinos.

El desarrollo comercial de vinos con indicación geográfica, particularmente con denominación de origen, implica valorizar la relación que pueda tener con su entorno cultural y geográfico. Tratándose de vinos de calidad, rescatar y destacar tal elemento lo posiciona en el público consumidor conocedor, lo convierte en mejor producto. Es de notar que en los últimos años en las etiquetas de vinos que se exportan se hace clara referencia al lugar geográfico local, además del Uruguay.

Por supuesto que el sistema de indicaciones geográficas implica para el productor realiza algún tipo de inversión. No solamente tiene obligación de cumplir parámetros de caracterización y calidad a los que se obliga por Reglamento de Uso, sino también que contribuir con los costos del sistema del Consejo Regulador, directa o indirectamente. El retorno se encuentra en el estatus como producto que le permite tener esta indicación. Ciertamente es también que, la denominación de origen como la indicación geográfica propiamente dicha son de uso colectivo, de manera que todo lo que invierte para cumplir y usar la indicación geográfica correspondiente, redundará en la imagen positiva (sería negativa si lo hace mal) que derrame en todos los usuarios del signo.

Para que una indicación geográfica o denominación de origen exista efectivamente, cumpliendo una finalidad en el mercado no alcanza con que solamente verifique una procedencia geográfica, debe controlar todos los extremos de calidad correspondientes. Mientras ese control no exista, no hay un sistema significativo. Tampoco puede existir una indicación geográfica o denominación de origen sin que efectivamente se utilice, porque si no tiene reconocimiento y es efectivamente denominada así por los consumidores carece de valor sociocultural para el producto y, en los hechos, por más que se mantenga el registro administrativo se “extingue” en la sociedad.

En cuanto a nuestro país y las indicaciones geográficas referidas a los vinos, si bien hay a nivel del INAVI indicaciones geográficas reconocidas administrativamente, entiendo que hay mucho por hacer en pos de la operativa regular en dicho nivel de protección legal. De todas maneras y a pesar de la frialdad con que – entiendo por mi parte - se ha acogido el sistema de indicaciones geográficas introducido expresamente en la legislación uruguaya de propiedad intelectual en el año 1998, este será el camino que deberán transitar los productores de vino uruguayo con los años. Será así, fundamentalmente alentados por un mercado cada vez más competitivo y un consumidor con medios de información cada vez más accesibles.

En definitiva, tanto en las tradiciones como en la innovación, la Propiedad Intelectual constituye una herramienta fundamental para el desarrollo de la actividad vitivinícola. En todos los diversos planos de innovación que son protegibles a través de algún mecanismo o instituto de la propiedad intelectual – sea en términos generales como particulares – seguirá evolucionando la regulación a la par de los avances que se introduzcan en el mundo del vino. La realidad cultural y comercial estará marcando el camino.

## Referencias bibliográficas

- ABC Galicia, (2018). “Detenido el dueño del Don Alex, el restaurante de culto que servía garrafón”. Recuperado de [https://www.abc.es/espana/galicia/abci-detenido-dueno-alex-restaurante-culto-servia-garrafon-201807231327\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/galicia/abci-detenido-dueno-alex-restaurante-culto-servia-garrafon-201807231327_noticia.html), 4/10/2023
- Agostini, E. (2021). “La police des secondes marques vinicoles”. Recuperado de <https://openwinelaw.fr/article/view/4643>, 26/12/2022
- Baptista, B. (2008). La temprana vitivinicultura en Uruguay: surgimiento y consolidación (1870-1930). *América Latina en la historia económica*, (29). Recuperado de <http://www.>

scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1405-22532008000100003&lng=es&tlng=es, 24/12/2022

- Benítez López, M. (1994). *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*. Madrid: Dykinson.
- Botana Agra, M. J. (2001). *Las denominaciones de origen* en Tratado de Derecho Mercantil, dir: Olivencia, Fernández-Nóvoa, Jiménez de Parga, coord. Jiménez Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- Bugallo, B. (2001). La protección jurídica de las indicaciones geográficas en los países del Mercosur (con especial referencia a los vinos). *Anuario de Derecho Comercial*, 9. Montevideo: FCU.
- Bugallo, B. (1999). *Ley N° 17.011 de marcas, nombres comerciales e indicaciones geográficas*. Análisis exegetico, Montevideo: FCU
- Bugallo, B. (2016). “¿Pero qué es un sommelier?”. Recuperado en <http://micaminodelvino.blogspot.com/2016/03/pero-que-es-un-sommelier.html>, 4/1/2023.
- Bugallo, B. (2006). Propiedad intelectual, Montevideo. FCU
- cuatro.com, (2017) “¿Por qué el vino con Denominación de Origen Rioja es el más falsificado?” Recuperado de [https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/vino-denominacion-origen-rioja-falsificado\\_18\\_2397180233.html](https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/vino-denominacion-origen-rioja-falsificado_18_2397180233.html), 1/11/2022
- De Frutos, E. y Beretta, A. (2000). *Un siglo de tradición. Historia de Uvas y Vinos del Uruguay*. Montevideo. Aguilar.
- Déage, P. y Magnet, M. (1957). *Le vin et le Droit*. Montpellier. La Journée Vinicole.
- Fernández, M. y Meraz Ruiz, L. (2022). “Etiqueta como estrategia de compra. Vinos ganadores de concurso internacional”, en *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad*, RIVAR. Vol. 9, n° 25, 230-245, enero 2022, Recuperado de <https://revistarivar.cl/images/vol9-n25/art13.pdf>, <https://doi.org/10.35588/ri-var.v9i25.5457>, 4/10/2023
- Fernández-Nóvoa, C. (1970). *La Protección Internacional de las Denominaciones Geográficas de los productos*. Madrid: Tecnos.
- Fourel-Gasser, Q. (2011). “La protection nationale de l’identité viticole”. Memoria de Master en la Universidad de Montpellier. 2010-2011. Recuperado en <https://cdcm-montpellier.files.wordpress.com/2015/01/fourel-gasser-quentin.pdf>, 25/12/2022
- Ganggjee, D. (2012). *Relocating the Law of Geographical Indications*. Londres: Cambridge University Press.
- Gómez Lozano, M.M. (2004). *Denominaciones de Origen y otras Indicaciones Geográficas*. Navarra: Thompson-Aranzadi.
- Gómez Segade, J.A. (1996). El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual. En *Actas de Derecho Industrial tomo XVI 1994-95*. Madrid: Montecorvo.
- Gómez Segade, J.A. (1981). Protección constitucional de la marca y de las denominaciones de origen. En *Actas de Derecho Industrial tomo 7*. Madrid: Montecorvo.

- González Botija, F. (2003). *El régimen jurídico de los vinos de calidad producidos en regiones determinadas*. Madrid. Atelier.
- González Botija, F. (2005). *El régimen jurídico del etiquetado de vinos*. Barcelona. Atelier.
- Hawardier, B. (2021). La difficile cohabitation des appellations et del marques sur les etiquettes de vin. Recuperado de <https://www.vinolex.fr/actualites/la-difficile-cohabitation-des-appellations-et-des-marques-sur-les-etiquettes-de-vin/>, 25/12/2022.
- Locatelli, L. (2008). *Indicações geográficas: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico*. Curitiba: Juruá.
- Maroño Gargallo, M. (2009). “La nueva Regulación comunitaria sobre indicaciones geográficas de productos del sector vitivinícola” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor - ADI 29 (2008-2009)*.
- Maroño Gargallo, M. (2002), *La protección jurídica de las denominaciones de origen en los derechos español y comunitario*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Gutiérrez, A. (2011). *Nuevos títulos de protección de carácter comunitario para los vinos de calidad. A propósito de la nueva OCM del vino*. Madrid. Civitas.
- Mascareñas, C. (1954). “Las denominaciones de origen”, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XVII n. 49 1954. Madrid.
- Mascareñas, C. (1957). “Las indicaciones de procedencia en los productos”, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXIII n. 63, Madrid.
- Mascareñas, C. (1960). “Más sobre las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen”, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXX n. 78 1960. Madrid.
- Massaguer, J. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.
- Muller, J.T.V. (1882). *Tratado de la falsificación de los vinos. trad. Por R.M.O.*, Madrid-Barcelona. Recuperado de <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000119171&page=1,30/12/2022>
- Pérez Castellanos, J.M. (1848). *Observaciones sobre Agricultura*. Montevideo, Cerrito de la Victoria. Imprenta del Ejército. Recuperado de <http://bibliotecadigital.bibna.gub.uy:8080/jspui/handle/123456789/47573?mode=full>, 4/10/2023.
- Picard, P. (1994). “La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière viti-vinicole”. *Revue de Droit Rural*, N° 228, diciembre de 1994
- Plinio el Viejo. (Siglo I D.C.) *Historia Natural*. Traducción del tomo XIV por M.L.- Arribas Hernández. Madrid, Gredos. 2010.
- Pszczółkowski, P. (2014). “Terroir” y “Climats”: ¿realidad o quimera? en *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad -RIVAR Vol. 1, N° 1*, Santiago de Chile: Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Santiago de Chile
- Quittanson, C. y Vanhoutte, R. (1963). *La protection des appellations d'origine et le commerce des vins et eaux-de-vie*. Montpellier. La Journée Vinicole.

- Ribeiro de Almeida, A.F. (2001). Indicação geográfica, indicação de proveniência e denominação de origem. En *Direito Industrial Vol. I*, Lisboa: Almedina.
- Ribeiro de Almeida, A.F. (2001). O afastamento do principio da especialidades nas denominações de origem?. En *Revista da Ordem dos Advogados*, Año 61, I, Lisboa,
- Robinson, J. (2002). "Adding water to wine". Recuperado de <https://web.archive.org/web/20110321061413/http://www.jancisrobinson.com/articles/jr437.html>. 1/11/2022
- Rozier, J. y Gardia, E. (1979). *L'etiquetage des vins*. Paris. Litec Droit.
- Saiz, Y. (2020). "Los fraudes más sonados del mundo del vino", en *La Vanguardia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/comer/materia-prima/20200701/7270/fraudes-mundo-vino-valdepenas.html>, 1/11/2022
- Serrano-Suñer, G. y González Botija, F. (2004). *Comentarios a la Ley de la Viña y el Vino (Ley 24/2003, de 10 de julio)*. Madrid. Civitas.
- Smale, W. (2017). "El detective del vino: el hombre encargado de detectar las estafas con los licores más caros del mundo". Recuperado en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39486506>, 1/11/2022
- Vallé, P. (1904). *La fause indication de provenance des produits vinicoles et spécialement des Vins de Champagne*. Paris. Rousseau.



Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN  
Universidad Rey Juan Carlos (España)  
jesus.lopezdelema@urjc.es  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4111-2020>

Recibido: 15/12/2022 - Aceptado: 20/11/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:  
López De Lerma Galán, J. (2023). Constitucionalismo y procesos de integración en Brasil. El acuerdo de libre comercio como instrumento de desarrollo de la política internacional de América Latina. *Revista de Derecho*, 22(44), 139-159. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.6>

## Constitucionalismo y procesos de integración en Brasil. El acuerdo de libre comercio como instrumento de desarrollo de la política internacional de América Latina\*

139

**Resumen:** Esta investigación aborda el estudio de los procesos de integración de Brasil. El trabajo se inicia con un estudio del proceso constituyente brasileño con especial interés por la Constitución de 1988 y su desarrollo democrático. Posteriormente se estudia la afectación de los poderes constitucionales de Brasil ante la firma de un acuerdo de libre comercio, incidiendo en diversas integraciones en las que ha participado este país como Mercosur o las alianzas con la Unión Europea y Estados Unidos. El artículo reflexiona sobre el crecimiento de los países de América Latina, destacando cómo los acuerdos de libre comercio se han convertido en un instrumento para desarrollar alianzas políticas internacionales. También se investigan los mecanismos de resolución de conflictos entre países y los controles jurisdiccionales en los tratados internacionales.

**Palabras Clave:** Brasil, Unión Europea, Mercosur, Derecho constitucional, relaciones internacionales, acuerdo de libre comercio.

\* Este artículo se encuentra vinculado al proyecto de investigación "Democracia y solidaridad en las integraciones económicas". Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la Sociedad (Referencia DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

## Constitutionalism and integration processes in Brazil. The free trade agreement as an instrument for the development of Latin America's international policy

**Abstract:** This research deals with the study of integration processes in Brazil. The paper begins with a study of the Brazilian constituent process with special interest in the 1988 Constitution and its democratic development. Subsequently, the impact of Brazil's constitutional powers before signing a free trade agreement is studied, influencing various integration processes in which this country has participated, such as Mercosur or the alliances with the European Union and the United States. The paper reflects on the growth of Latin American countries, highlighting how free trade agreements have become an instrument for developing international political alliances. Conflict resolution mechanisms between countries and jurisdictional controls in international treaties are also analyzed.

**Keywords:** Brazil, European Union, Mercosur, Constitutional Law, international relations, free trade agreement.

## Constitucionalismo e processos de integração no Brasil. O acordo de livre comércio como instrumento de desenvolvimento da política internacional da América Latina

**Resumo:** Esta pesquisa aborda o estudo dos processos de integração do Brasil. O trabalho começa com um estudo do processo constituinte brasileiro, com especial atenção para a Constituição de 1988 e seu desenvolvimento democrático. Posteriormente, investiga-se o impacto dos poderes constitucionais do Brasil diante da assinatura de um acordo de livre comércio, enfocando diversas integrações em que o país participou, como o Mercosul ou as alianças com a União Europeia e os Estados Unidos. O artigo reflete sobre o crescimento dos países da América Latina, destacando como os acordos de livre comércio se tornaram instrumentos para desenvolver alianças políticas internacionais. Também são explorados os mecanismos de resolução de conflitos entre países e os controles jurisdicionais em tratados internacionais.

**Palavras-chave:** Brasil, União Europeia, Mercosul, Direito Constitucional, relações internacionais, acordo de livre comércio.



## 1. Introducción

Brasil no tiene una historia democrática que se haya desarrollado con normalidad en el tiempo, pues desde 1964 tuvo un régimen militar que duró veintiún años, lo que inevitablemente supuso en este país un estancamiento social, cultural y político, así como un importante retroceso que impidió su crecimiento (Streck y Bolzan, 2014). No obstante, tal y como nos explica García, durante la dictadura militar los sucesivos gobiernos alternarían entre políticas de alineamiento y alejamiento con países como Estados Unidos en lo que se conoció como *pragmatismo responsable* (García, 1997, pp. 18).

La evolución social y económica de Brasil nace por tanto de un complejo entramado histórico y político muy convulso, que tiene por finalidad acabar con el régimen dictatorial, para desarrollar un modelo constitucional moderno y dotado de garantías como es el determinado por la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Un texto que nace bajo las influencias de las Constituciones como la portuguesa y española de la que cohera la conformación del Estado de Derecho (Oliveira, 2019, p. 583), así como gran parte del elenco de derechos fundamentales.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el impacto que implica en los poderes constitucionales de Brasil la firma de un acuerdo de libre comercio o tratado internacional. En una primera parte se estudia el contexto histórico constitucional con especial mención del proceso constituyente de este país, incidiendo en los cambios que supuso la transición de la dictadura a una democracia plena constituida. Posteriormente se investiga la dimensión social constitucional y la incorporación de Brasil en la integración latinoamericana, analizando su participación en el Mercado Común del Sur (Mercosur) así como los mecanismos de resolución de conflictos comerciales entre países. También se aborda el ascenso internacional de Brasil a través de los acuerdos de libre comercio, analizando su relación con la Unión Europea y Estados Unidos. Con esta investigación se pretende demostrar que Brasil ha participado activamente en diversos procesos de integración, así como en organismo y foros internacionales, para poder desarrollarse y afianzar su presencia en el exterior.

## 2. Proceso constituyente en Brasil. La integración de su Derecho interno en el Derecho internacional

Los conflictos y las reivindicaciones sociales han determinado la política de Brasil durante las dos primeras décadas del siglo XX. El anarcosindicalismo en ciudades como São Paulo y Rio de Janeiro, promovieron una fuerte presencia del movimiento obrero como ideología política, cuyo origen viene de Europa (Ferreira, 2016, p. 3). Ahora bien, es necesario un conocimiento del contexto histórico-constitucional en los que se gesta el Estado democrático de Derecho en Brasil (Streck, 2014), para tener una comprensión de su evolución política y social.

En su desarrollo histórico podemos defender que Brasil ha pasado por un proceso de colonización exploratoria, que generó una serie de dificultades en la acumulación, circulación y distribución del capital, conformando un Estado brasileño formado por clases dominantes estamentales (Faoro, 2012), que pasó por diferentes fases en su conformación constitucional. A finales del siglo XIX Brasil, por influencia de la

Constitución de los Estados Unidos de América, adopta el federalismo después de abolirse la Monarquía y proclamarse la República en 1889. La primera Constitución republicana en Brasil se aprueba en 1891 y consagra el federalismo, situación que se mantiene en las Constituciones brasileñas de 1934, 1937, 1946, 1967 y 1969 (Dallari, 1990, p. 52), pero no será hasta la Constitución de 1988 cuando encontramos una verdadera democratización de su sistema político. Este último texto constitucional centrará nuestro estudio científico.

El 5 de octubre de 1988 se promulgó la Constitución de la República Federativa de Brasil, determinándose que este país es un Estado democrático de Derecho que tiene una estructura federal. La República Federativa de Brasil está formada por veintiséis Estados federados y el Distrito Federal, éste último se rige por una ley orgánica y no por una Constitución federal. El texto constitucional brasileño fue formulado y promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1988, que determinó su *régimen político*. Dicha Constitución se caracteriza por ampliar los derechos sociales, así como la división administrativa, estableciendo un orden económico basado en la función social de la propiedad y la libre empresa, limitada por la intervención del Estado. El texto constitucional declara que el poder emana del pueblo y será ejercido por medio de representantes elegidos directamente, lo que implica que la Constitución de Brasil ha mantenido los mecanismos tradicionales de la democracia representativa para elegir a los miembros de las Cámaras legislativas y los Jefes del Ejecutivo. También introduce la figura de la iniciativa popular, vinculada a las enmiendas constitucionales y proyectos de ley, además del plebiscito o del referéndum como formas de participación popular. La Constitución adopta el modelo de separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, todos ellos independientes y armónicos, si bien se pretende fortalecer al Legislativo y Judicial (Dallari, 1990, p. 52), al objeto de reducir la supremacía que históricamente había mantenido el Ejecutivo.

En 1993, de conformidad con el texto constitucional, se celebró un plebiscito para que el pueblo brasileño pudiera elegir la forma de gobierno. Se planteaba la elección entre Monarquía y República, así como optar por un sistema de gobierno presidencialista o parlamentarista. El resultado del plebiscito determinó continuar con un régimen republicano de sistema presidencialista junto a una división de poderes (Figueiredo, 2008, p. 242). Por tanto, se puede afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente optó por el sistema republicano y presidencialista, en detrimento de la Monarquía constitucional, como fue confirmado por el plebiscito.

En cuanto a su estructura, la Constitución de 1988 se distribuye en doscientos cuarenta y cinco artículos en la parte permanente, y setenta y tres artículos más en la parte transitoria, reunidos en capítulos, secciones y subsecciones. En relación con la organización político-administrativa, la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos ellos autónomos. Los Territorios federales integran la Unión, y su creación, así como transformación en Estado serán regulados en ley complementaria. Asimismo, los Estados pueden integrarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexionarse a otros o formar nuevos Estados o Territorios federales, mediante la aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito y del Congreso Nacional<sup>1</sup>.

1 Artículo 18 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Frente a lo referenciado, hay que destacar que es competencia de la Unión mantener relaciones con los Estados extranjeros y participar en las organizaciones internacionales; también tiene como competencia organizar y mantener el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensa de Oficio del Distrito Federal y de los territorios<sup>2</sup>. No obstante, la Constitución brasileña no ha establecido, en relación con los convenios internacionales o tratados de integración, ni el principio de efecto directo ni el postulado de aplicabilidad inmediata. Esto significa que, hasta que no se haya concluido el ciclo de su trasposición al Derecho nacional, los tratados internacionales y los acuerdos de integración no pueden ser invocados por los particulares, ni pueden ser de aplicación inmediata<sup>3</sup> a nivel interno del Estado brasileño.

Por otro lado, y en relación con las cláusulas de apertura e integración, que conectarían el Derecho interno del país con el Derecho internacional, podemos afirmar que Brasil encajaría en un sistema aperturista. Su Constitución contempla en su artículo 4 los principios que regirán las relaciones internacionales, prevaleciendo la protección de los derechos humanos y la cooperación entre los pueblos. Se busca no solo la integración económica sino también incluir los campos políticos, sociales y culturales de los países latinoamericanos (Camilo, 2016, p. 173), tal y como se analizará en esta investigación. Sin embargo, entendemos que, al margen de las referencias que contiene el texto constitucional, es también necesario conocer su dimensión social y la articulación los poderes constitucionales de Brasil en las relaciones internacionales, determinado cómo pueden verse afectados en la firma de un acuerdo de libre comercio.

### 3. La dimensión social de la Constitución de Brasil de 1988

Desde un primer momento, el texto constitucional brasileño de 1988 posibilita una igualdad material que supera la discriminación existente, a la vez que pretende dotarse de garantías individuales, de conformidad con su régimen democrático (Bonavides, 2013, p. 204). La vinculación de Brasil al texto constitucional supuso una organización democrática de la sociedad, con un importante elenco de derechos fundamentales individuales y colectivos, que sirvió para potenciar la igualdad, la justicia social, la separación de las funciones del Estado y la seguridad jurídica (Streck y Bolzan, 2014, p. 99). Siguiendo a autores como Bercovici, todo ello nos lleva a interpretar la Constitución de Brasil como un texto en relación con el Estado y la sociedad, de ahí que dicho texto constitucional se haya denominado como “Constitución ciudadana” (Bercovici, 2011).

Respecto a la naturaleza jurídica de la Constitución de 1988 podemos hacer varias apreciaciones. Frente a sectores doctrinales que han defendido la existencia de textos constitucionales duales en los que existía una Constitución jurídica y otra real, aparecen líneas doctrinales como la del jurista alemán Hesse que defienden que los conceptos de “Constitución jurídica” y “Constitución real” no están escindidos, sino que están integrados en el propio texto constitucional. Por ello, no podemos partir de un análisis constitucional aislado sin criterio normativo alguno, o hacerlo de una forma estrictamente

2 Artículo 21 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

3 Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8.279-AGR.

jurídica, alejados de los componentes reales y sociales que la conforman (Hesse, 1991, pp.14-15). Por su parte, Abboud mantiene la necesidad de comprender el texto constitucional y sus derechos fundamentales a partir de su contenido histórico incluido en un proceso “civilizatorio”, es decir, analizándolo dentro de la propia historia como un instrumento de transformación de la realidad (Abboud, 2015, p. 140). Partiendo de esta base, el estudio de la Constitución de Brasil debe centrarse en su carácter real y jurídico, así como en las condiciones históricas en las que se ha desarrollado, destacando su fuerza normativa, así como su carácter dirigente. De ahí se infiere la necesidad de que nuestro estudio aborde ciertas cuestiones jurídicas respecto a la articulación de poderes constitucionales en Brasil, que consideramos necesarias para una mayor comprensión de nuestro objeto de estudio.

Brasil se ha construido con bases autoritarias y de permanente estrechamiento del espacio público. Superar estas cuestiones exigía un nuevo replanteamiento constitucional, lo que motivó que la Constitución de 1988 tuviera un vínculo muy intenso en la formación y desarrollo de los derechos fundamentales. Eso implicaba que la relación entre derechos fundamentales y democracia condicionará el propio actuar del Estado. Ante esta situación, era evidente que los derechos fundamentales iban a crear y mantener las condiciones básicas de la vida en libertad, que garantizaran la dignidad del ser humano (Bonavides, 2015), y ese contenido, inevitablemente debía estar incluido en la Constitución de Brasil.

Asimismo, hemos de destacar también la preocupación por la dimensión social que recoge el texto constitucional brasileño, tal y como se observa en el Título VIII o en el artículo 170. Unos derechos, denominados de segunda dimensión, que nacieron históricamente a partir del colapso del modelo liberal, y que va a implicar superar el concepto de “igualdad formal” para desarrollar una “igualdad material”, en la que las garantías de derechos pasan por una actuación activa del Estado (Sarlet, 2015, p. 47). De todo ello podemos inferir que el principio de Estado social y los derechos fundamentales son características integras del propio texto constitucional brasileño y sirven para componer su identidad constitucional.

144



#### 4. Articulación de poderes constitucionales en Brasil. Su afectación en la formulación de un acuerdo de libre comercio

Como venimos explicando, Brasil construyó su identidad constitucional después de un largo periodo dictatorial. Eso implicaba salvaguardar una serie de reivindicaciones y conquistas para evitar la erosión de los poderes constituidos, consolidando la plena efectividad de sus derechos constitucionales (Sarlet, 2015, p. 66). Hay que señalar que las funciones del Parlamento de Brasil, en su concepción moderna, se pueden dividir en tres grandes bloques como son la legislativa, financiera y aquella destinada al control del Ejecutivo (Santaolalla, 1982, p. 3). Algunos sectores doctrinales consideran que esta institución ha servido para dar encaje constitucional al Ejecutivo, puesto que su carácter fiscalizador se ha debilitado ante la gran expansión del aparato estatal y paraestatal, llamado también Administración directa e indirecta (Bravo, 1988, p. 231). No obstante, el texto constitucional brasileño reconoce que corresponde al Congreso la tarea de fiscalizar

y controlar directamente o por cualquiera de sus Cámaras los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la Administración indirecta<sup>4</sup>.

El Poder Legislativo se desarrolla en el Título IV, Capítulo I en los artículos 44 a 75 de la Carta brasileña. En contraste con otros países, Brasil no tiene un número fijo de miembros de la Cámara de Diputados en su disposición constitucional, remitiéndose a una Ley Complementaria (LC 78/93) en la que se fijan otros criterios de proporcionalidad de la Cámara, determinando que el número de diputados federales por Estado es ocho y el máximo de setenta y dos, además de establecer que el número de diputados deberá ser proporcional según su población<sup>5</sup>, lo que ha provocado graves distorsiones entre diferentes sectores. La inmunidad parlamentaria de los miembros de la Cámara viene regulada en los artículos 53 al 55 de la Constitución brasileña<sup>6</sup>, entendida como una garantía de las Asambleas, que asegura su autonomía e independencia ante cualquier otro poder (Martínez, 2000).

En el análisis de la Constitución de Brasil es especialmente interesante el estudio del Título VII referente al “Orden Económico y Financiero”. Su Capítulo I alude a los principios generales de la actividad económica. El texto constitucional consagra el orden económico fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, respondiendo a los principios de soberanía nacional, propiedad privada, función social de la propiedad, libre concurrencia, defensa del consumidor, así como del medio ambiente<sup>7</sup>. La Constitución de Brasil también incluye referencias a los tratados y acuerdos con otros países, considerados como competencias internacionales exclusivas. El texto constitucional señala que “es de competencia exclusiva del Congreso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarren encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional”<sup>8</sup>.

Respecto a las relaciones con otros países, en Brasil están autorizados a firmar acuerdos internacionales el presidente de la República, el ministro de relaciones exteriores y los embajadores jefes de misiones diplomáticas en el exterior. La potestad presidencial de concertar los tratados nace de la propia Constitución brasileña que le compete para “celebrar tratados, convenciones y actos internacionales sujetos al refrendo del Congreso”<sup>9</sup>. Además, la Carta Magna asigna al presidente de la República “mantener relaciones con los Estados extranjeros”<sup>10</sup>, al objeto de fomentar las alianzas internacionales.

Con relación al tratamiento interno de un tratado o un acuerdo de libre comercio podemos hacer varias precisiones. Tras su elaboración, negociación y firma el Poder Ejecutivo tendrá la potestad de elevar el proyecto al Congreso, donde será objeto de análisis y dictamen de las Comisiones especializadas como la de Relaciones Exteriores

4 Artículo 48 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

5 En este caso es necesario señalar que las reglas de un número mínimo y máximo de diputados genera graves distorsiones en el sistema de representación proporcional entre Estados, impidiendo la concreción del principio “one man, one vote”, promoviendo el fenómeno denominado “malapportionment”. Sobre el tema, véase SANTANO, A. C. y SALGADO, E. D. El sistema electoral proporcional brasileño y sus distorsiones en la representación de los ciudadanos. *Perspectivas internacionales*, Cali, vol. 9, núm. 2, jun./dic. 2013, pp. 40-63; REYNOSO, D. ¿Es tan malo el malapportionment? Sobrerepresentación distrital, bicameralismo y heterogeneidad. *Republicana Política y Sociedad*, Guadalajara, año 1, núm. 1, nov. 2002, 55-64.

6 Artículos 53, 54 y 55 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

7 Artículo 170 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

8 Artículo 49 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

9 Artículo 84. VIII de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

10 Artículo 84. VII de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

y la de Constitución y Justicia, pasando posteriormente a la Cámara de diputados y senadores<sup>11</sup>. Tras aprobarse en la Cámara de diputados es enviado al Senado Federal, donde las decisiones se adoptarán por mayoría de votos. También es importante señalar que en este caso el Poder Ejecutivo puede solicitar a ambas cámaras el tratamiento prioritario con urgencia del proyecto<sup>12</sup>. La obtención del dictamen favorable de cada Cámara conlleva la formalización de un decreto legislativo<sup>13</sup>, que finalmente se publica en el Diario Oficial de la Unión.

Autores como Barroso reconocen que las reformas económicas brasileñas incluyen varias transformaciones estructurales que se complementan en su sistema. Unas actualizaciones que fueron precedidas por unas enmiendas al texto constitucional, y otras, que se lograron con la edición de la legislación infra constitucional (Barroso, 2003, p. 274). El 28 de mayo de 2002 se promulga la enmienda constitucional número 36, que permite la participación de extranjeros en un treinta por ciento del capital de las empresas periodísticas y de radiodifusión. Frente a esta situación otras líneas de reformas constitucionales en Brasil pretendían flexibilizar los monopolios estatales, así la enmienda constitucional número 5 modifica la redacción del artículo 25, permitiendo que los Estados miembros concedieran a las empresas privadas la explotación de servicios públicos locales de distribución de gas, telecomunicaciones y radiodifusión sonora, así como de sonido e imágenes. La enmienda constitucional 08 rompe el monopolio estatal y la enmienda 09 hace lo mismo en el área del petróleo, facultando a la Unión Federal la contratación con empresas privadas. Junto a ello se operó una privatización, que no alteraba el texto constitucional, realizada por leyes como la Ley número 8.031 de 12 de abril de 1990, que instituyó el Programa Nacional de Privatización, sustituido por la Ley número 9.491 de 9 de septiembre de 1997 (Figueiredo, 2008, pp. 211-212). Un conjunto de leyes y reformas que dieron una mayor participación a la actividad privada, reforzando la capacidad empresarial de Brasil.

Por otro lado, respecto al Poder Judicial de Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha venido acumulando un papel activo en el ejercicio de la función jurisdiccional. Un fortalecimiento del activismo judicial que responde a factores para reforzar las instituciones garantizadoras del Estado de Derecho tales como la constitucionalización de los valores de la comunidad, la conversión de los derechos fundamentales como núcleo básico del texto constitucional o el incremento de los instrumentos de control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos (Cittadino, 2002). La competencia principal del Supremo Tribunal Federal es la garantía de la Constitución, correspondiéndole entre otras funciones procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales; los litigios entre un Estado extranjero u organismo internacional y la Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Territorio; la extradición solicitada por un Estado extranjero; la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de “*exequatur*” a las cartas rogatorias, que pueden ser conferidas, por reglamento interno, a su Presidente<sup>14</sup>. Asimismo, el Superior Tribunal de Justicia se compone, como mínimo, de treinta y tres Ministros, y entre sus competencias destaca por procesar y juzgar de forma ordinaria los

11 Artículo 58 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

12 Artículos 64 y 65 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

13 Artículo 59 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

14 Artículo 102 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas y judiciales de la Unión, o autoridades judiciales de un Estado u Administrativas de otro o del Distrito Federal, o entre las de éste y la Unión. También debe juzgar en recurso ordinario las causas en que fuesen parte de un lado, un Estado extranjero u organismo internacional, y de otro, un municipio o persona residente o domiciliada en el país. Particularmente interesante es la competencia que permite juzgar, en recurso especial, las causas decididas, en única o última instancia por Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de los Estados, del Distrito Federal y Territorios<sup>15</sup>, cuando la decisión fuese recurrida por contravenir un tratado o ley federal, o les negase vigencia.

En síntesis, podemos determinar que el Supremo Tribunal Federal es el guardián de sus normas y valores constitucionales (Figueiredo, 2007), así como los conflictos con Estados extranjeros. Además, en relación con el control judicial de constitucionalidad de leyes y actos normativos en Brasil, se puede destacar el sistema difuso, de origen norteamericano, mediante el que cualquier juez o Tribunal puede suspender la norma considerada inconstitucional. También tiene el sistema concentrado de origen europeo (Figueiredo, 2008, p. 230), en el que sería el Supremo Tribunal Federal quien ejerce el control de constitucionalidad. Esto es importante, en relación con los acuerdos que se suscriben internacionalmente, de hecho, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, al examinar la constitucionalidad del tratado para ingresar en el Mercosur, dictaminó que dicho acuerdo era conforme con el artículo 4 de su Constitución, convirtiendo a su texto constitucional en una disposición normativa abierta que permitía la integración de los pueblos de América Latina dentro de una unificación más allá de lo económico<sup>16</sup>, centrada en aspectos sociales, políticos y culturales.

Frente a todo lo referenciado, no podemos terminar este apartado sin destacar que el Supremo Tribunal Federal de Brasil también ha concretado el procedimiento constitucional para la incorporación de tratados y acuerdos internacionales. La recepción de los tratados internacionales, celebrados por Brasil en integraciones latinoamericanas, depende para su posterior ejecución a nivel interno de una sucesión causal y ordenada de actos jurídicos y políticos. En este proceso lo primero es la aprobación del Congreso Nacional mediante decreto legislativo del acuerdo internacional; después la ratificación del acto por el Jefe del Estado, así como la promulgación del tratado por el Presidente de la República para producir efectos en su vigencia interna; finalmente se produce la publicación oficial del tratado<sup>17</sup>. Lógicamente, la ratificación de un tratado en Brasil puede también generar conflictos jurídicos si, por ejemplo, no respeta el procedimiento establecido. Tal y como ha señalado la jurisprudencia brasileña, el tratado no puede ser invocado o tenido en cuenta por el juez interno por la falta del decreto de promulgación correspondiente. El Supremo Tribunal Federal de Brasil ha señalado que la aprobación del tratado por el Congreso nacional y la promulgación del Poder Ejecutivo de los actos internacionales son presupuestos indispensables para la propia aplicabilidad del convenio internacional en el ámbito interno. El Tribunal reconoce la supremacía de la Constitución Federal sobre cualquier acto de derecho internacional público, celebrado por el Estado brasileño. Los tratados y convenciones internacionales no pueden legislar

15 Artículo 104 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

16 Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8279-AGR.

17 Supremo Tribunal Federal de Brasil (1998). Sentencia CR 8279-AGR.

materia sometida a reserva constitucional<sup>18</sup>. Esta doctrina judicial ha sido utilizada frente a casos en los que se invoca un acuerdo internacional, que no ha sido incorporado al derecho interno por falta de promulgación por decreto del presidente. En estos casos no es susceptible de ser aplicado por el juez nacional, solamente a partir de la emisión y posterior publicación del mencionado decreto, el tratado obliga y vincula al Derecho interno.

## 5. La incorporación de Brasil en la integración de América Latina. Su participación en Mercosur y los sistemas de resolución de conflictos entre países

Históricamente, la integración en América Latina durante el siglo XIX era considerada como un proceso político para lograr la independencia. En esta integración Brasil se incorpora de una forma tardía, constituyendo una excepción cultural, al tener una colonización portuguesa frente a la española, y una excepción política al ser la *única* Monarquía de la región. Frente a esta situación, el catalizador de la integración sería precisamente el recelo a una intervención europea o al intervencionismo norteamericano<sup>19</sup>, así como determinados imperativos de orden económico.

En la década de 1980 países como Brasil y Argentina sufrieron importantes deterioros en su actividad económica, lo que supuso una ralentización en su crecimiento. Autores como Bonelli consideran que la apertura comercial brasileña pasa por diferentes fases; primeramente, hay un gradualismo en su progresión, posteriormente se produce un equilibrio cambiario como una forma de no perjudicar las exportaciones y de no estimular las importaciones, finalmente se empiezan a desarrollar instrumentos legales de protección no arancelaria en contra de las prácticas comerciales que pueden ser consideradas como desleales (Bonelli, 1995). Esas iniciativas marcan el rumbo de países como Brasil en un proceso de liberalización comercial.

Tras unos años de dificultades, estos países entienden la necesidad de buscar nuevas alianzas socioeconómicas. Es el momento de suscripción de acuerdos en el Mercado Común del Sur (Mercosur) en 1991 al que se suman Paraguay y Uruguay, Argentina y Brasil, formando un grupo que no centrará sus relaciones comerciales en Estados Unidos (Alcalde, 2010, p. 239). La tendencia a largo plazo estuvo marcada por una mayor apertura unilateral expresada en la reducción de aranceles y barreras no arancelarias en diversos países latinoamericanos, como consecuencia de un importante apoyo político y empresarial (Ruesga y Bichara, 2003). Por tanto, se puede entender que Mercosur era un proceso de integración regional, que surge a principios de los noventa, y en el que tiene una importancia considerable la participación de Brasil. En esta segunda fase de la globalización, Brasil se ha convertido en un país de gran influencia en la integración económica supraestatal más desarrollada en América Latina.

18 Supremo Tribunal Federal de Brasil (1997). Sentencia ADI MC 1480/97.

19 Para mayor profundización en el contexto histórico de Brasil y la integración latinoamericana revisar la obra de STERSI DOS SANTOS, R. S. A integracao latinoamericana no Século XIX: antecedentes históricos do Mercosul. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, vol. 29, núm. 57, 2008, pp. 177-194.

Por otro lado, la creación de Mercosur en 1991 puede clasificarse como una “unión aduanera imperfecta”, puesto que los países integrantes tienen la facultad de utilizar diferentes excepciones sobre los niveles arancelarios que se acuerden. De hecho, sobre los países de la zona Sur existe menos complejidad en sus estructuras productivas que en los de otros territorios, lo que supone bajos niveles de comercio interregional (Olivera, 2010; Porta, 2008). A todo ello debemos añadir que los diferentes países latinoamericanos tienen unas economías muy diferentes en cuanto a su desarrollo económico y elementos productivos. Ahora bien, en el caso de Brasil y los países integrantes en Mercosur, se observa cómo sin tener perfeccionada una “zona de libre comercio”, se dirigen no solo a una “unión aduanera”, sino a la constitución de un “mercado común” (García Guerrero, 2019, p. 93), lo que nos lleva a hacer algunas precisiones.

En el periodo de transición que discurre entre 1991 y 1994, Brasil y el resto de los países de Mercosur crean su estructura jurídica de funcionamiento. El Protocolo de Brasilia en 1991 se confecciona para resolver las controversias entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, destacando el papel de la negociación directa para solucionar posibles conflictos. Si aun así no se lograra solucionar los conflictos, los Estados parte puedan someterlos al Grupo de Mercado Común para evaluar la situación y plantear recomendaciones<sup>20</sup>. No obstante, frente a esos ambiciosos proyectos, si analizamos el comportamiento de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los diferentes países que conforman Mercosur, se ha de señalar que esta integración económica, no ha servido en su totalidad para crear una verdadera integración jurídica (Glitz, 2019, p. 370), pues los medios de actuación del bloque dependen de la política y los instrumentos de ejecución nacionales.

Profundizando en nuestro estudio podemos señalar que el proceso de institucionalización del bloque formado por Mercosur lo encontramos con la adopción del Protocolo Ouro Preto, así como por el Protocolo de Olivos (2002) con la creación del Parlamento de Mercosur (Parlasur, 2005). Una estructura que pretendía la creación de un marco institucional equilibrado y eficaz, que pudiera servir para la creación de normas efectivas que garantizaran la seguridad jurídica y el proceso de integración<sup>21</sup>. Frente a esta formación, se puede señalar que las dificultades políticas y económicas de esta entidad se vieron agravadas por problemas institucionales, derivados de ese consenso que determina el artículo 16 del Tratado de Asunción y artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto. Una serie de dificultades de las que se derivaron situaciones complejas, en las que determinadas actuaciones económicas van a ser bloqueadas por la pauta nacional de un país miembro. Esto se puede observar, por ejemplo, en la falta de plena libertad en la circulación de personas, bienes, capitales y servicios en algunos de los países integrantes de Mercosur, lo que determina una personalidad jurídica imperfecta (Glitz, 2016, pp. 373-376), que todavía en la actualidad debe superar algunas deficiencias que lastran su política económica.

Evidentemente, y a pesar de los problemas destacados y la posición de otros países, Brasil defiende el acuerdo de libre comercio como una forma de conseguir la Inversión Extranjera Directa. De hecho, a través de ese sistema de inversión se pueden conseguir una importante financiación de cuentas externas, que ayude a su crecimiento productivo.

20 Artículos 4 a 6 Protocolo de Brasilia para la solución de controversias 1991.

21 Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (2005).

Sin embargo, tal y como señalan Abeles y Velarde, acudir a la Inversión Extranjera Directa para resolver los problemas de las economías de Brasil y Argentina, solo era una solución a corto plazo (Abeles y Valdecantos, 2016, p. 17), que haría necesario otros mecanismos de impulsión de su desarrollo. También hay que destacar que si un tratado de libre comercio incluyera acuerdos sobre los mecanismos de Inversión Extranjera Directa, como es el caso de los tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, nos encontraríamos con una serie de problemas pues no sólo se reduciría el espacio de política económica sino también la soberanía de los países. No podemos obviar, como nos reconoce Khor, que este tipo de tratados incluyen el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual, las limitaciones a las compras estatales o la creación de empresas nacionales (Khor, 2015).

En el caso de Brasil, como de otros países que firman un acuerdo de libre comercio, están obligados a aceptar un sistema de resolución de conflictos basado en el arbitraje con jurisdicción internacional. Ahondando en las vías de solución, utilizadas por Brasil en la integración iberoamericana, hemos de añadir que el procedimiento arbitral mediante un Tribunal *ad hoc* está compuesto por varios árbitros, formado por juristas de reconocida competencia<sup>22</sup>. También hemos de destacar el sistema ISDS, en inglés *Investor-State Dispute Settlement System*, un procedimiento de resolución de conflictos en el que un Estado inversor puede denunciar a otro Estado si siente que su inversión ha sido perjudicada en algún sentido o ha sufrido cierta discriminación (Olivera y Villani, 2017, p. 123).

Desde una perspectiva más jurídica, el Protocolo de las Leñas (1992) supuso otro avance importante para organizar la asistencia e incentivar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Este protocolo pretendía armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes en base a los principios de respeto a la soberanía nacional y a la igualdad de derechos e intereses recíprocos<sup>23</sup>. La jurisprudencia brasileña matizó que el Protocolo de las Leñas no afecta al requisito de que cualquier sentencia extranjera, en orden ejecutiva en Brasil, deba ser sometida previamente a la aprobación de la Suprema Corte Federal<sup>24</sup>. A todo ello, el Protocolo de Buenos Aires de 1994, que establecía la jurisdicción contenciosa internacional en materia contractual<sup>25</sup>, reconocía la competencia de los Tribunales de los Estados parte para resolver conflictos en materia civil o comercial.

## 6. El proceso de integración de Mercosur y las negociaciones con la Unión Europea

En las relaciones comerciales bilaterales entre Brasil y la Unión Europea podemos encontrar unas estructuras jurídicas, que se proyectan en el Acuerdo Marco de Cooperación Comercial y Económica CEE-Brasil de 1995. Frente a ello hay que destacar la participación de Brasil como país miembro del Mercosur lo que abre un abanico de relaciones de esta entidad con la Unión Europea a través del Acuerdo Marco Interregional

22 Artículos 7 a 24 Protocolo de Brasilia para la solución de controversias 1991.

23 Artículos 1 a 4 del Protocolo de las Leñas 1992.

24 Supremo Tribunal Federal de Brasil (1997). Sentencia CR 7613- AGR.

25 Artículo 4 y ss. del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual.

de Cooperación entre ambas entidades firmado en 1995 y que entró en vigor el 1 de julio de 1999. Además, desde la fundación en 1995 de la Organización Mundial del Comercio, Brasil es miembro<sup>26</sup>, lo que implica un posicionamiento internacional importante. Eso supone que en la décadas de los años noventa, países como Brasil encabezarán la necesidad de motivar la integración regional al objeto de crear un nuevo orden económico.

La Unión Europea y Mercosur iniciaron la negociación de un amplio acuerdo de asociación en el año 1999, basada en tres directrices básicas como son el diálogo político, la cooperación y el comercio entre las partes integrantes. Las negociaciones se suspendieron en 2004 después de varios intentos fundamentalmente por diferencias en el capítulo del comercio. Será unos años después en el 2010, con la presidencia española de la Unión Europea, cuando empiezan a reanudarse las negociaciones. En el año 2015, Brasil tiene un importante impulso, en un momento en el que el Ejecutivo español lidera el intercambio de ofertas de acceso a mercado de bienes, servicios y compras públicas. Se observa como a partir del 2016 territorios como Argentina y Brasil con sus nuevos gobiernos, impulsaron los acuerdos de libre comercio, incentivando las negociaciones (Olivera y Villani, 2017, p. 104). La nueva dirección abrió para la Unión Europea y los países como Brasil una línea de actuación comercial basada en acuerdos puntuales.

La Unión Europea está conformada por economías avanzadas con elevados niveles de desarrollo económico. La crisis económica mundial, a partir del año 2008, provocó la retracción de los niveles de demanda y de participación en el comercio internacional, generando un contexto político de austeridad fiscal que, tal y como señalaron el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo, no parecía efectiva para revertir el estancamiento que experimentaban los países integrantes. Por su parte, una de las características distintivas de Mercosur, respecto a la integración europea, reside en que entre los países del Cono Sur existe una menor complementariedad entre las estructuras productivas, lo que implicaba un bajo nivel de comercio interregional. De hecho, las economías que la integran son muy dispares en cuanto a sus niveles de desarrollo económico y social de productividad (Olivera y Villani, 2017, p.105). Esa disparidad supondrá un obstáculo para ejercer una verdadera integración económica.

A todo ello, se debe añadir que los tratados de libre comercio ponen en confrontación diversas líneas de política económica, en las que se analizan las ventajas comparativas sobre el comercio internacional, todo ello marcado por la especialización de la economía en producciones que utilizan intensamente los factores productivos masivos (Feenstra, 2002). En diciembre de 2017 se celebró en Buenos Aires la Conferencia Ministerial XI, y fue otra oportunidad perdida para anunciar un acuerdo político con la Unión Europea. Una situación que volvió a repetirse en Paraguay en 2018, al inicio de una segunda ronda de negociaciones. La falta de acuerdo provocó ciertas tensiones, así como una suspensión en marzo de 2018 por el inicio de la campaña presidencial en Brasil<sup>27</sup>. No podemos acabar este apartado sin reseñar que en los últimos años Brasil ha tenido controversias por cierta paralización en la exportación de materias primas, y el estancamiento económico que padece. Además, la comunidad internacional está en una situación de tensión por la guerra de Rusia en Ucrania, lo que ha motivado la escalada de precios de la energía,

26 Información obtenida en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 1 de noviembre de 1995. Documento disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:21995A1101\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:21995A1101(01)&from=ES)

27 Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018. *La política comercial de la Unión Europea*, p. 152

así como nuevas alianzas, ante un futuro incierto. Una serie de situaciones que han marcado el proceso electoral de 2022<sup>28</sup>.

## 7. La relación política y comercial de Brasil con Estados Unidos

Al margen de las situaciones referenciadas, Brasil inicia su expansión internacional promoviendo relaciones con grandes potencias como Estados Unidos. Hay que destacar que en 1994 comenzaron las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), con ciertas limitaciones ante las barreras comerciales mantenidas por Washington. El origen de ALCA está en la Cumbre de las Américas celebradas en Miami; esa organización estaba integrada por treinta y cuatro países, y se planteó como una forma de reducir los aranceles y potenciar la inversión entre diversos países de América Latina. Este acuerdo implicaba un importante paso para los Estados Unidos que repercutía en su crecimiento económico, pero no estaba exento de riesgos pues para las naciones latinoamericanas era un factor que perjudicaba a su independencia política y económica (Kostzer, 2012, p. 10), siendo objeto de la intervención estadounidense.

Las dificultades con ALCA llegan en el año 2003, momento en el que Estados Unidos anuncia su disposición para firmar tratados de libre comercio con los países andinos y centroamericanos. Con ello se pretendía quebrar la resistencia a sus propuestas liberalizadoras, ofreciendo a otros países la apertura del mercado norteamericano. La idea de Sudamérica como eje central de cooperación e integración, propuesta inicialmente por Brasil con la alternativa de un *Área de Libre Comercio Suramericana (ALCSA)* en 1993, gana intensidad en el año 2000, cuando Brasil sustenta la necesidad de que los países de la región organicen un sistema que participe en el ámbito internacional con mayor autonomía. Con la irrupción del presidente Lula en 2003, Brasil inicia una expansión de su política exterior por Sudamérica. Además, con la Declaración del Cuzco en 2004 se formaliza políticamente la iniciativa regional, creando la Comunidad Sudamericana de Naciones, que en 2007 pasará a denominarse Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR). Por otro lado, se produce el nacimiento del Banco del Sur con el apoyo de Brasil, Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, que tiene la función de servir a Sudamérica en su desarrollo y expansión internacional (Alcalde, 2010, pp. 240-241).

A todo ello, Brasil forja un liderazgo regional en los acuerdos de libre comercio que resulta instrumental para su ascenso mundial. En lo económico además de la agenda común, hay un especial interés de las empresas industriales brasileñas por el mercado sudamericano (Gialcone, 2006, p. 74). Sin embargo, Brasil precisa un consenso interno y una aceptación de los países de la región. Hay actores que en el contexto brasileño tienen preferencia de mantener la defensa de los mercados nacionales, mientras que otros sectores valoran la necesidad de enfrentarse a la competencia internacional. Además, la aceptación del liderazgo de Brasil en una unión comercial de los países sudamericanos

28 En el año 2018 obtuvo la victoria electoral el líder de ultraderecha Bolsonaro. Sin embargo, en las elecciones de 2022 la victoria por un estrecho margen fue para el candidato izquierdista Lula.

es compleja, pues suscita cierta desconfianza en determinadas áreas (Alcalde, 2010, pp.245-246), que consideran que la actuación brasileña es unilateral y poco cooperativa entre organismos.

La posición de Brasil frente al sistema internacional de comercio tuvo un importante impulso al alinearse a las políticas promovidas por Estados Unidos. Antes de la llegada del presidente Trump, la estrategia comercial brasileña se basaba en la adopción de unas posiciones críticas en diversos foros multilaterales, así como en la Organización Mundial del Comercio (OMC) al objeto de lograr una serie de acuerdos equilibrados que involucraran a las grandes potencias y a los países emergentes (Amorín, 2015 y Drummond, 2016)<sup>29</sup>, ahora por el contrario, explora nuevos caminos y centra su actuación en alianzas y acuerdos de las empresas transnacionales con otros países.

En el plano militar también se establecen negociaciones y acuerdos con Washington que mejoran la posición internacional de Brasil, de hecho, este país invita a Estados Unidos a participar en operaciones en el Amazonas al objeto de fortalecer la respuesta multinacional en el campo de la ayuda humanitaria y la lucha de delitos transnacionales. Estas iniciativas son parte de una serie de acuerdos entre las Fuerzas Armadas de Brasil y de Estados Unidos para impulsar las relaciones entre ambos países (Frenke y Azzi, 2018, pp. 192-193). Unas medidas que sirven para la expansión internacional de Brasil, haciendo un replanteamiento de las alianzas que le son necesarias para su proyección.

En agosto de 2019 el ministro brasileño de Economía reconocía el inicio formal de negociaciones para concluir un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos. El objetivo de estas negociaciones iba más allá de un mero acuerdo de libre comercio, pues buscaba una alianza estratégica con Estados Unidos, que pudiera tener consecuencias directas respecto a la integración, el aumento de las líneas comerciales, la potenciación de las inversiones, la absorción de tecnología o la fusión de empresas. No obstante, en estas primeras negociaciones había efectos no tan positivos, pues se preveía que hubiera sectores que querían proteger sus negocios, frente a otros que cuestionaban la política de subsidios y damnificaciones.

A todo ello se suma que la existencia del acuerdo suscrito por Mercosur con la Unión Europea, tras dos décadas de negociaciones, necesita una conciliación ante la nueva línea de acción establecida con Estados Unidos. Esto significa que Brasil tendrá que evitar acuerdos que puedan comprometer los ya suscritos y sus nuevas negociaciones. Tanto Estados Unidos como la Unión Europea tienen diferencias normativas de importancia en áreas como la automotriz, la industria alimentaria, sanitaria y la química, que pueden suponer la necesidad de una especial precaución por parte de Brasil para no aceptar algo que pueda generar incompatibilidades<sup>30</sup> y conflictos jurídicos con otros países.

El Ejecutivo brasileño ha tenido claro que el acuerdo con Washington es un modelo diferente al de Bruselas, pues cada socio tiene características distintas, pero con un claro carácter aperturista. El objetivo de este acuerdo es fortalecer la política de alineamiento

29 Así lo recogen autores como Amorín, C. *Ramalá, Teerã e Doha: memórias da política externa ativa e ativa*, São Paulo: Benvira, 2015; y Drummond, J. *O Brasil e os tratados plurilaterais: os riscos presentes. Carta Capital on line*, 7 de julio 2016. Documento disponible en: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/gr-ri/o-brasil-e-os-tratados-plurilaterais-os-riscos-presentes/>

30 *Brasil y Estados Unidos inician la negociación para un acuerdo de libre comercio*. En *La Vanguardia*, 01 de agosto de 2019. Documento disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20190801/463804002630/brasil-estados-unidos-negociacion-acuerdo-libre-comercio.html>

de Brasil y Argentina con Estados Unidos, en plena guerra comercial del gigante estadounidense con China, al que se le quieren cerrar espacios de negociación. Un estrategia comercial y mediática por parte de Estados Unidos, que le hace coger mayor peso internacional, y en el que los grandes bloques pretenden ejercer su hegemonía. Por tanto, a través de los acuerdos de libre comercio, Brasil forja un liderazgo regional, que resulta esencial para su ascenso internacional, con alianzas estratégicas con las grandes potencias económicas mundiales.

## 8. Conclusión

En la última década Brasil se ha plegado a la creación de organismos y foros internacionales en los que poder desarrollarse. Su objetivo ha sido conformarse en un actor global, participando en la conformación de nuevos organismos (Sousa, 2015) como la Unión de Naciones Suramericanas<sup>31</sup>, o sumándose a los países emergentes que conforman los BRICS<sup>32</sup>. Además, no podemos ignorar que la crisis del denominado “orden liberal” ha supuesto que países como Brasil tuvieran que profundizar también en otras formas de asociación con otros territorios como China, Rusia, India o los países africanos (Pattey, 2017), lo que le ha servido para consolidarse como una economía relevante en el plano mundial.

A modo de conclusión debemos señalar que la reorientación de la política exterior brasileña se está desarrollando en un momento de gran inestabilidad del mundo, marcado por los cambios políticos, las tensiones sociales, las reagrupaciones geoestratégicas o la reciente crisis sanitaria entre otros factores. En los últimos años se han producido una serie de cambios en la política económica internacional que han cuestionado las bases ideológicas de la globalización liberal (García, 2017). Unos cambios que también implican un reto y desafío para los países emergentes, que buscan su crecimiento exterior.

Autores como Walt reconocen que nos encontramos con una serie de transformaciones internacionales que han abierto el debate sobre la viabilidad del proyecto de orden internacional basado en el liberalismo (Walt, 2016). Fenómenos como la salida del Reino Unido de la Unión Europea o la política desarrollada en Estados Unidos, en la legislatura del presidente Trump<sup>33</sup>, han cambiado el escenario de negociación de países como Brasil, que han tenido que adaptarse a las nuevas circunstancias socioeconómicas y a los cambios que ha implicado la globalización.

31 Este organismo, creado para construir una identidad sudamericana surgió en el año 2008, con la firma de un tratado constitutivo que entró en vigor en 2011. En 2018 países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú deciden suspender su participación en dicho organismo ante la carencia de resultados y políticas comunes. Brasil dejó definitivamente dicho organismo en 2019.

32 En los inicios del año 2000 se utilizó estas siglas para denominar a una serie de países emergentes caracterizados por una economía en crecimiento. Las siglas hacen referencia a Brasil, Rusia, India, China Sudáfrica y Argentina.

33 El presidente Trump actuó de una forma rupturista con la política de Obama, al retirar a Estados Unidos del TTP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) e incluso poner bajo revisión el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido en inglés por las siglas de NAFTA (*North American Free Trade*). Esa situación de alguna manera iba en una línea contraria a las expectativas aperturistas de los gobiernos de América Latina, como era el caso de Brasil, que estaba involucrada en una dinámica expansionista.

Brasil, como propulsor de la integración, busca sobre todo forjar un liderazgo regional en su desarrollo y ascenso mundial. Con ello pretende afianzar su posicionamiento económico y prevenir cualquier intento de incrementar la influencia externa sobre el manejo de los recursos propios. El eje de la estrategia de Brasil es el control de las infraestructuras, y no perder su hegemonía frente a los posibles embates de las empresas extranjeras. Además, hay una renovada vocación por la cooperación e integración regional que refuerce el papel de América Latina, representado principalmente por los países de Mercosur, que buscan expandirse en nuevos mercados internacionales. Por otro lado, Brasil busca su reposición en el plano mundial, comprometida con la integración en Sudamérica y el desarrollo de los acuerdos de libre comercio. Eso implica una expansión de este país, que en lo económico se extiende a un mercado más abierto junto a los demás países sudamericanos, en condiciones que le permiten un acceso comercial basado en esquemas de cooperación e integración. Y todo ello, teniendo en cuenta la necesidad de combinar un sistema de libre mercado con una importante intervención estatal y un régimen democrático, que elimine la desigualdad y consolide las estructuras económicas de este país (Ugarteche, 2008, pp. 14-24).

La firma de acuerdos de libre comercio ha supuesto para Brasil un impacto en su desarrollo económico y político. La globalización ha tenido una incidencia directa en la articulación de los poderes constitucionales brasileños. Como se ha explicado, el Parlamento de Brasil ha desarrollado una intensa labor legislativa en relación con los acuerdos internacionales, que ha servido para reforzar su capacidad empresarial. Por su parte, el Poder Judicial, a través del Supremo Tribunal Federal ha reforzado las instituciones del Estado de Derecho al determinar la constitucionalidad de los acuerdos suscritos. Una serie de medidas enmarcadas en una importante actuación del Estado brasileño, centrado en la consolidación de acuerdos de libre comercio con otros países, al objeto de incrementar su crecimiento exterior.

Asimismo, la nueva concepción de Brasil encuentra en el escenario internacional un ámbito más de oportunidades como lo demuestran los acercamientos a Estados Unidos y la Unión Europea. Los beneficios resultantes de los acuerdos de libre comercio han enfrentado a diversos autores, siendo mayoritarias las posiciones favorables<sup>34</sup> que abogan por los efectos positivos de la externalización en la región, si bien es cierto que es necesario una especialización en las economías de los países. En el caso de Brasil, especialmente a partir del 2016, la clave de su crecimiento es precisamente la aplicación de una acertada política comercial y una instrumentalización jurídica en la que los acuerdos de libre comercio, bien con la Unión Europea o Estados Unidos son determinantes para su proyección internacional. Sin embargo, queda por consolidar de una forma más general el modelo político y económico, que combina el libre mercado con la intervención estatal, dentro de un régimen democrático que lucha por reducir la desigualdad y aumentar el desarrollo. Una serie de cuestiones que Brasil deberá enfrentar en los próximos años para consolidar su posición en la esfera internacional.

34 Sobre la teoría de las ventajas comparativas estáticas se recomienda la obra de Pérez Caldentey, E. y Anesa, A. Las ventajas comparativas como falacia y una regla para la convergencia. *Revista de la Cepal*, 93, Santiago de Chile: CEPAL, 2007, 129-141; Lin, J., y Chang, H. J. Should Industrial Policy in Developing Countries Conform to Comparative Advantage or Defy it? A Debate between Justin Lin and Ha-Joon Chang. *Development Policy Review*, 27(5), Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2009, 483-502.

## Referencias bibliográficas

- Abeles, M. y Valdecantos, S. (2016). Vulnerabilidad externa en América Latina y el Caribe: un análisis estructural. *Estudios y Perspectivas* 49, Buenos Aires: CEPAL.
- Abboud, G. (2015, diciembre). O processo civilizador e os direitos fundamentais. *História e Cultura*, Franca, v.4, núm. 3, pp. 140-155.
- Alcalde Cardoza, J. (2010). El liderazgo sudamericano de Brasil: los difíciles caminos de consenso y la hegemonía. *Agenda Internacional Año*, XVII, núm. 28, pp. 237-248
- Amorín, C. (2015). *Ramalá, Teerã e Doha: memórias da política externa ativa e ativa*, São Paulo: Benvira.
- Bauman, R. et al. (2015). *BRICS: Estudos e documentos*. Brasilia: FUNAG, 2015.
- Barroso, L. R. (2003). *Temas de Derecho Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Renovar.
- Bercovici, G. (2011). La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution. *Buletín Stiintific – Scientific Bulletin*, Romenia, v. 20, pp. 1-33.
- Bravo Lira, B. (1988). La Constitución brasileña de 1988, antecedentes históricos- institucionales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, pp. 213-233.
- Bonavides, P. (2013). *Do estado liberal ao estado social*, 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- Bonavides, P. (2015). *Curso de direito constitucional*, 30<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros Editores.
- Bonelli, R. (1995). *Ensaio sobre Política Económica e Industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: SENAI-DEN/DITEC7DPEA7CIET.
- Camilo Herrera, J. (2016). Las cláusulas de integración en las Constituciones de Sudamérica: 200 años después de la Carta de Jamaica. *Revista Colombia Internacional*, Universidad de los Andes, pp. 165-192.
- Cittadino, G. (2002). *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separación de poderes*. En L. W. Vianna, (org.), *La democracia y los tres poderes en el Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ y Belo Horizonte: UFMG, pp. 17-42.
- Dallari, D. A. (1990). Constitución para un Brasil nuevo. *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 43-44, pp. 49-58.
- Drummond, J. (2016) O Brasil e os tratados plurilaterais: os risco presentes. *Carta Capital on line*, 7 de julio. Documento disponible en: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/gr-ri/o-brasil-e-os-tratados-plurilaterais-os-riscos-presentes/>
- Faoro, R. (2012). *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo: Globo.
- Feenstra, R. C. (2002). *Advanced International Trade: Theory and Evidence*, Nueva Jersey, Princeton University Press.

- Ferreira Santos, G. (2016, diciembre). La constitucionalización de los derechos sociales: puentes entre Brasil y México. *Revista IUS (México)*. Año X, núm. 38., pp. 9-23.
- Figueiredo, M. (2008). La evolución político-constitucional de Brasil. *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 2, Universidad de Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 209-246.
- Figueiredo, M., (2007) Una visión del control de constitucionalidad en Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 11, Madrid, pp. 131-193.
- Frenke, A. y Azzi, D. (2018). Cambio y ajuste: la política exterior de Argentina y Brasil en un mundo de transición (2015-2017). *Colombia Internacional* (96), pp. 177-207.
- Feenstra, R. C. (2002). *Advanced International Trade: Theory and Evidence*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- García E. V. (1997). O pensamento dos militares em política internacional (1961-1989). *Revista Brasileira de Política Internacional* 40 (1), pp. 18-40.
- García Guerrero, J. L. (2019). *Constitucionalizando la globalización*. En J. L. García Guerrero, y M. L. Martínez Alarcón. *Constitucionalizando la globalización*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 71-136.
- García Linera, A. (2017). A globalização morreu. *Opera Mundi. La Paz*, 2 de enero. Documento disponible en: <https://operamundi.uol.com.br/opiniaio/46082/alvaro-garcia-linera-a-globalizacao-morreu>
- Gialcone, R. (2006). La Comunidad Sudamericana de Naciones ¿una alianza entre izquierda y empresarios? *Nueva Sociedad*, vol. 202. pp.74-86.
- Glitz, F. E. Z. (2019). Los 25 años del MERCOSUR y las perspectivas jurídicas del proceso de integración Sudamericana. En J. L. GARCÍA GUERRERO y M. L MARTÍNEZ ALARCÓN, *Constitucionalizando la globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 369-391.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferrerira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Khor, M. (2015). A summary of Public concerns on Investment Treaties and investor State Dispute Settlement. En K. MOHAMADIESW (Ed.). *Investment treaties: View and experiences from developing countries*. Ginebra: South Centre.
- Kostzer, I. (2012). *Integración Económica en América Latina: desafíos en el post-neoliberalismo*. Universidad de Buenos Aires. Documento disponible en: <http://madres.org/documentos/doc20130123135623.pdf>,
- Martínez Elipe, L. (2000). Prerrogativas parlamentarias. *Teoría y realidad constitucional*, vol. 3, núm. 5, La Rioja: UNED, pp. 43-72.
- Lin, J., y Chang, H. J. (2009). ¿Should Industrial Policy in Developing Countries Conform to Comparative Advantage or Defy it? A Debate between Justin Lin and Ha-Joon Chang. *Development Policy Review*, 27(5), Oxford: Blackwell Publishing Ltd, pp. 483-502

- Oliveira Neto, J. P. (2019, julio-diciembre). Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil. *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, pp. 579-604.
- Olivera, M. (2010). *Challenges to Regional Integration in Latin America*. WP, 3/2010. Pavia: University of Pavia.
- Olivera, M. y Villani, D. (2017, enero-junio) Potenciales impactos económicos en Argentina y Brasil del acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y la Unión Europea. *Revista Ensayos de Economía*, núm. 50, pp. 103-126.
- Pattey, L. (2017, enero) China made Mauricio Macri a deal he couldn't refuse. *Foreign Policy*, núm. 24
- Pérez Caldentey, E. y Anesa, A. (2007). Las ventajas comparativas como falacia y una regla para la convergencia. *Revista de la Cepal*, 93, Santiago de Chile: CEPAL, pp. 129-141.
- Porta, F. (2008). La integración sudamericana en perspectiva. Problemas y dilemas. En *Documento de proyecto*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Reynoso, D. (2002). ¿Es tan malo el malapportionment? Sobrerrepresentación distrital, bicameralismo y heterogeneidad. *Republicana Política y Sociedad*, Guadalajara, año 1, núm. 1, pp. 55-64.
- Reynoso, D. (2010). Las variedades del bicameralismo en América Latina. *Revista Miriada* núm. 4, pp. 9-50.
- Ruesga, S. M. y Bichara, J. S. (2013). Globalización económica y relaciones laborales. *Trabajo Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales* núm. 12, pp.19-38.
- Santano A. C. y Salgado, E. D. (2013). El sistema electoral proporcional brasileño y sus distorsiones en la representación de los ciudadanos. *Perspectivas internacionales*, vol. 9, núm. 2, pp. 40-63.
- Santaolalla, F. (1982). *El Parlamento y sus instrumentos de información: preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas.
- Sarlet, I. W. (2015). *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva consitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sousa, S. J. (2013). *Cambios en el poder estructural y países emergentes: el papel de Brasil como actor internacional*, Brasilia: FUNAG.
- Stersi Dos Santos, R. S. (2008). A integracao latinoamericano no Século XIX: antecedentes históricos do Mercosul. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, vol. 29, núm. 57, pp. 177-194.
- Streck, L. L. (2014). *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4ª. ed. São Paulo, Editora dos Tribunais.
- Streck, L. L. y Bolzán de Moraes, J. L. (2014). *Ciencia Política e Teoría do Estado*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Ugarteche, O. (2008). Entre la realidad y el sueño. La construcción de una arquitectura financiera latinoamericana. *Nueva Sociedad*, vol. 217, pp.14-24.

Walt, S. M. (2016). The Collapse of the Liberal World Order. *Foreign Policy*. Documento disponible en: <https://foreignpolicy.com/2016/06/26/the-collapse-of-the-liberal-world-order-european-union-brexit-donald-trump/>

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)





## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Francisco O'REILLY  
El honor como corona de la virtud



Francisco O'Reilly  
Universidad de Montevideo (Uruguay)  
foreilly@um.edu.uy  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6539-9321>

Recibido: 10/11/2023 - Aceptado: 24/11/2023

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**  
O'Reilly, F. (2023). El honor como corona de la virtud. *Revista de Derecho*, 22(44), 163-168. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.7>

## El honor como corona de la virtud\*

Honor as the crown of virtue

A honra como coroa da virtude

\* *Laudatio* pronunciada en la investidura de D. Rafael Alvira Domínguez como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Montevideo el 24 de octubre de 2023.

*Para cada carácter hay bellezas y agrados peculiares  
y segurametne en lo que más se distingue el hombre bueno  
es en ver la verdad en todas las cosas, siendo, por así decirlo,  
el canon y la medida de ellas.  
Aristóteles, Ética a Nicómaco.*

## 1. Introducción

Señor Rector, miembros del claustro de la Universidad. Para mí es un honor el pronunciar la *laudatio* de D. Rafael Alvira Domínguez que buscar retratar y revelar el mérito sobrado que encontramos para otorgarle el doctorado Honoris Causa que nuestra Universidad otorga por segunda vez en su historia.

Antes de justificar este acto de homenaje a Rafael, me gustaría reflexionar brevemente sobre el sentido de un acto así, que muchas veces nos queda invisibilizado. Por eso les propongo responder a la pregunta: ¿Por qué otorgar una mención honorífica en pleno siglo XXI?

## 2. Sobre el honor en el siglo XXI

Pareciera que reconocer el honor de una persona ha perdido espacio, de hecho, en las clases de nuestra universidad, muchas veces, cuando leemos algunos textos clásicos, los alumnos tienden a considerar que el honor es algo que ya no cuenta. Sin embargo, al pensar en los *likes*, *seguidores* o el *impacto* de algo, están reconociendo una forma del honor en su sentido más básico que es el ser reconocido por algo (la fama, que la gente hable de uno...). Una profecía acerca del destino de la fama que se le adjudica al artista plástico Andy Warhol parece haberse cumplido: “en el futuro todos seremos famosos por quince minutos”<sup>1</sup>.

Así, los quince minutos de fama detrás de los cuales muchos corren en las redes, ha generado en parte una descreencia del valor que tiene el honor. Y es que el honor reducido a la fama sumado a una sociedad que todo lo “monetariza” genera que lo más íntimo que tenemos se subordina al pueblo: las personas someten su carácter a esa búsqueda de la fama inmediata. De alguna manera, el honor ha quedado reducido en el uso coloquial al de la fama. No es raro entonces que nos resulte incómoda, extraña y hasta grosera la cuestión del honor. Y es que esta forma de comprensión de la fama termina en que la persona se someta a quienes lo siguen, la pseudo felicidad del *influencer* está subordinada al reconocimiento del otro, lo cual deriva en una infelicidad profunda propia de la ansiedad de quien corre detrás del qué diran.

Lejos de ese tipo de actividad, el honor en su sentido más propio, y bajo el que nos reunimos hoy en este acto académico, exige cambiar la mirada. Por supuesto que el

1 La cita aparece por primera vez en el material textual de una exposición organizada en el Moderna Museet de Suecia en 1968: Cfr. Granath, Olle, “With Andy Warhol 1968”, <https://www.modernamuseet.se/stockholm/en/exhibitions/andy-warhol-other-voices-other-rooms/with-andy-warhol-1968-text-ol/> (Recuperado 24/10/2023).

honor es algo que se recibe, es algo que una comunidad otorga a un sujeto. La alabanza viene de fuera, pero las manifestaciones de honor se dan hacia aquellas personas que reconocemos como dignas de homenaje, por tener un carácter bueno, y una participación activa en la transformación positiva y buena de la comunidad. Como plantea con claridad Aristóteles “el honor es el premio de la virtud” (Aristóteles, 1123b).

Identificamos en aquellas personas que deseamos honrar un carácter estable y grande, que ha alcanzado un valor superior y las reconocemos como ejemplos de vida. Es por ello que, como comunidad, es relevante que podamos ir identificando a lo largo de los años a los referentes de la vida académica, a aquellos que no son meros científicos de impacto, sino aquellos en los que reconocemos el diálogo y la apertura, en los que reconocemos a un *maestro*. Y es por ello que considero esencial en la vida universitaria generar un diálogo con esos maestros para que, a fin de cuentas, puedan resultar los ejemplos a seguir de las futuras generaciones.

Como comunidad reconocemos en D. Rafael a un maestro que acompañó el desarrollo de la Universidad desde el principio, compartiendo y asesorando en distintos momentos de su génesis, tanto en las cuestiones de gobierno como de docencia. Muchos de los primeros alumnos lo tuvieron como profesor. Pero también aportó mucho a la comunidad en cuanto a su desarrollo como un filósofo práctico con una reflexión activa sobre los desafíos del intelectual hoy. Me gustaría destacar que es un académico comprometido con los temas que importan, y no necesariamente con las modas, los rankings o las temáticas que pueden obtener fondos concursables. Desde su formación clásica supo navegar por los autores de la cultura griega, romana y medieval hasta los autores contemporáneos, y a la vez, advertir la presencia de esas ideas en las letras de la música popular, siendo el tango una de sus debilidades. Así mismo, siendo catedrático de metafísica, participó en la fundación del Instituto Empresa y Humanismo de la Universidad de Navarra, donde fue director durante más de una década. Publicó incansablemente sobre distintos temas, siempre con elegancia, claridad, pero sin complejos. Por todo esto, no es casualidad que D. Rafael sea un referente académico en gran parte de las universidades del mundo de habla hispana, desde México hasta nuestras latitudes.

Durante mis primeros años de doctorado pude conocer sus textos y asistir por primera vez a sus clases. Aún recuerdo un artículo en la prensa española -de los primeros que leí- que abordaba el problema de la belleza y la basura en la ciudad. Desde el comienzo de mi doctorado entré en contacto con su filosofía práctica, filosofía que a veces se reduce a la teoría política, pero en el caso de Alvira tiene mucho que enseñarnos. En sus textos encontramos referencias a temas que marcan su conexión con la tradición clásica, su filosofía práctica tiene en su núcleo una filosofía de la familia<sup>2</sup>. Quizás su obra más paradigmática es *La razón de ser hombre*<sup>3</sup>, innumerables artículos sobre la vida empresarial, el espíritu emprendedor en conexión con la filosofía<sup>4</sup> y muchas de estas ideas están revisitadas en sus charlas, entrevistas y cursos. Me gustaría brevemente rescatar hoy algunas ideas de lo que podemos denominar, siguiendo sus propias palabras, una filosofía de la vida cotidiana.

2 Vale la pena mencionar su libro *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, Pamplona, EUNSA, 2000.

3 R. Alvira, *La Razón de ser Hombre. Ensayo acerca de la justificación del ser humano*. Madrid, Rialp, 1998.

4 Quizás uno de los más interesantes es R. Alvira, “Antropología y ética de la iniciativa emprendedora” en AA.VV. *Iniciativa emprendedora y Empresa Familiar*, Pamplona, EUNSA, 1999.

### 3. ¿Por qué es relevante pensar la vida cotidiana?<sup>5</sup>

¿Por qué es relevante pensar la vida cotidiana?, ¿por qué no hablar de teorías más “fuertes”? Para Alvira no hay nada más relevante que la vida que tenemos cada día, no es lo extraordinario, sino lo ordinario. Somos lo que hacemos cotidianamente sin sonrojarnos.

Si no prestamos atención a esa cotidianeidad, terminamos perdiendo el sentido y el foco, y todo se desvanece poco a poco. Es la cotidianeidad la que nos afecta y nos permite o impide llevar a cabo una vida plena, y, a fin de cuentas, estamos aquí para ser felices. Pero esa felicidad es una cierta estabilidad, que viene dada del amor a nuestro habitar. No hay felicidad para quien no ama y desea lo que tiene dado, lo que cada uno es y donde habita. Este término, *habitar*, es el que nos muestra como primera clave. *Habitar*, nos recuerda D. Rafael (2005, 15) viene de un cierto poseer, de un estar allí. En la dimensión humana, la comunidad familiar o laboral tiene un desafío de convertir estas paredes en un edificio que tenga verdadera interioridad, una interioridad basada en el amor transformador que permite que aquí y ahora se dé un verdadero encuentro. En parte si hemos logrado llegar hasta aquí en la historia de la UM, es porque parte de este habitar se ha logrado, y no cabe duda de que D. Rafael ha colaborado en ello.

Ese amar no es un sueño *hippie* o romántico; amar lo que hacemos, y estar comprometidos en ese fin común que nos constituye en comunidad es algo serio y comprometido. Solo en el convencimiento de esa tarea común es que la familia o la comunidad puede tener una interioridad sana, hay un objetivo común que poseemos, y por ello lo habitamos. Rafael nos habla de la importancia de “habitar” (tener-estar) en nuestra vida. Una vez que se tiene y se posee ello podemos pensar en un quehacer, pero toda acción, toda tarea, sale y viene de un ser. Es que la labor que realizamos, la actividad que nos mueve, es la manifestación de lo que somos.

Alvira (2005) nos dice que “trabajar es caminar hacia lo que hemos de dar a luz, y por eso se nos representa como un vivir hacia el futuro”. Por eso en el trabajo que surge de un habitar, la tarea no es nunca pesada, porque emana desde nuestra convicción y nuestro amor, nuestra cotidianeidad. Nuestra rutina es un lugar donde deseamos estar, donde habitamos.

Así, en la Universidad de Montevideo desde el comienzo hubo un habitar la universidad que dio lugar a una vida intensa y un sentido, y desde ahí llegamos a este quehacer que nos reúne hoy, un quehacer que nos llena. La tarea que asumimos aquí, si la hacemos con sentido es una tarea épica que implica la conquista del futuro. Esta forma implica no solo que hay un ir hacia adelante, sino que también hay un vínculo con nuestro pasado, que no es algo ya acabado, sino que es algo vivo que nos habla y nos carga de sentido, y a la vez nos enriquece nuestro habitar día a día. Esa fue la inspiración que permite a una institución como la Universidad de Montevideo identificar a Don Rafael Alvira como un profesor que nos enseña a comprender y profundizar en nuestra visión y misión.

¿Qué es el trabajo bien hecho, sino esto que nos explica, el quehacer orientado a concretar una visión y una misión, la cual creemos porque es la misión en la que habitamos?

5 Su gran libro sobre este tema es *Filosofía de la vida cotidiana* (3ra edición) Madrid, Rialp, 2005.

Esta actitud implica un contraste, nos enseña los riesgos que debemos evitar: no es lo mismo trabajar que “hacer cosas”. Solo un quehacer ordenado a la misión es el que nos mueve cada día a realizar la labor. En un mundo de la procrastinación y el “multitasking” el papel de la atención ha quedado de lado, y el de la acción ordenada por un habitar, por un ser, es lo de menos: lo importante es estar ocupado.

Sobre esto nos advierte Don Rafael: “bajo la apariencia de una civilización del trabajo y la actividad vivimos, en realidad en una sociedad bastante dominada por el activismo y la pereza. O simplemente, por la pereza, pues el activismo es una forma de ella” (2005, 18-19).

¿Cómo es que la actividad permanente es pereza?! Estar ocupados nos lleva a mantenernos activos para no ser molestados por la misión, pero esa actividad implica la pereza de no trabajar para aquello que da sentido, para aquello que nos permite habitar. Porque el quehacer que compromete nuestra identidad nos exige trabajar con grandeza.

Esta idea me hizo acordar la anécdota que cuenta Luciano de Samósata (1990, p 374-75) sobre el filósofo Diógenes el cínico, quien proponía una vida desapegada de todo. De alguna manera profesaba el desapego y la despreocupación por las cosas como ideal de felicidad, ni amar ni habitar en la comunidad. Sin embargo, en un momento que la ciudad estaba sitiada por el rey Filipo, vio que todos los ciudadanos estaban yendo y viniendo para prepararse para la batalla. Diógenes entonces, tomó su barril -él vivía en uno en la plaza- y comenzó a correr empujándolo de aquí para allá. En algún momento una persona le preguntó “¿qué haces moviéndote con el barril de aquí para allá?”, y él contestó: “para que no parezca que soy el único vago entre tantos trabajadores”. Esta anécdota explicita esa idea importante para nuestra vida cotidiana de la Universidad, ese activismo que a veces nos distrae del verdadero quehacer que debe buscar la universidad. ¿Cuál es ese quehacer? La Universidad invita al diálogo, al encuentro entre una cultura que debe estar viva, y los jóvenes que vienen al encuentro. No puede ser que quien viene al diálogo nos encuentre ocupados en otras cosas.

La universidad es esencialmente humana, porque conlleva ese encuentro vivo, no hay posibilidad de automatizar o tercerizar lo humano. El aprendizaje es una actividad que nos conmueve, que nos hace ver la vida del otro. Es por eso que los grandes maestros se los reconoce por estar presentes allí donde están, y su esencialidad, su enseñanza, está en el diálogo.

## 4. Conclusión

Con Don Rafael hemos tenido muchas posibilidades de tener ese encuentro, en la historia de nuestra Universidad, y en mi historia personal he tenido la posibilidad de encontrarme con alguien que habita la vida, la tiene en posesión, no se le escurre ni va corriendo detrás de algo que lo quita del centro. Por eso entiendo que, más allá de los méritos académicos, que son muchos, lo que le hace más digno de reconocimiento es que Don Rafael es alguien que está en lo que hay que estar, reflexionando sobre lo que aporta genuinamente a la vida del hombre, en una reflexión que renueva y hace crecer. Y eso lo hace digno de nuestra admiración, nuestro reconocimiento como maestro. Por este acto

otorgamos nuestra humilde corona a quien vivió virtuosamente el ideal universitario. Es un honor para la Facultad de Humanidades y Educación, y para la Universidad, tenerlo entre nuestros primeros Doctores Honoris Causa. Que la vida y el trabajo de Don Rafael sean ejemplo e inspiración para nuestros directivos, profesores, empleados y alumnos.

Considerados y expuestos estos hechos solicito al claustro y a la autoridad del señor Rector que otorgue y confiera al Dr. D. Rafael Alvira Domínguez el alto grado de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Montevideo

## Referencias bibliográficas

Alvira, R. (1998). *La Razón de ser Hombre. Ensayo acerca de la justificación del ser humano*. Madrid, Rialp.

Alvira, R. (1999). "Antropología y ética de la iniciativa emprendedora" en AA.VV. *Iniciativa emprendedora y Empresa Familiar*, Pamplona, EUNSA.

Alvira, R. (2000). *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, Pamplona, EUNSA.

Alvira, R. (2005). *Filosofía de la vida cotidiana*, (3ra edición) Madrid, Rialp, 2005.

Aristóteles (2002). *Ética a Nicómaco* (trad. María Araujo y Julian Marías). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Granath, O. "With Andy Warhol 1968" en *Moderna Museet*, disponible en <https://www.modernamuseet.se/stockholm/en/exhibitions/andy-warhol-other-voices-other-rooms/with-andy-warhol-1968-text-ol/> (recuperado 24/10/2023).

Luciano (1990). *Obras*. Tomo III, Madrid, Gredos.







## JURISPRUDENCIA COMENTADA

Lucía TECHERA TEALDI y Mariana SANTO

Responsabilidad estatal por daños generados en sede de medidas cautelares y cómputo de la caducidad



Lucía Techera Tealdi  
Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)  
ltechera@guyer.com.uy  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1220-9311>

Mariana Santo  
Universidad de la República (Uruguay)  
msanto@guyer.com.uy  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7878-7850>

Recibido: 20/11/2023 - Aceptado: 30/11/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Santo, M. y Techera Tealdi, L. (2023). Responsabilidad estatal por daños generados en sede de medidas cautelares y cómputo de la caducidad. *Revista de Derecho*, 22(44), 173-183. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.8>

## Responsabilidad estatal por daños generados en sede de medidas cautelares y cómputo de la caducidad

173

**Resumen:** Consideraciones sobre un reciente fallo en materia de daños generados por medidas cautelares solicitadas por una entidad estatal, y el inicio del cómputo para la aplicación del plazo de caducidad del artículo 39 de la Ley N° 11.925, el cual debe computarse a partir de la sentencia definitiva firme recaída en el proceso principal.

**Palabras clave:** Medidas cautelares. Plazos. Caducidad de las reclamaciones contra el Estado. Tutela jurisdiccional efectiva.

## Expiration of state liability for damages caused in matters of precautionary measures

**Abstract:** Due to a recent ruling issued in our country, where it was understood that in cases of damages caused by precautionary measures requested by the State, the expiration period to claim damages against the State under Article 39 of Law N° 11.925 must be calculated starting from the date when the final, favorable judgment is issued for individuals subject to such measures.

**Keywords:** Precautionary measures. Deadlines. Expiration of claims against the State. Effective judicial protection.

174

## Responsabilidade do Estado por danos no âmbito de medidas cautelares e cálculo do prazo de prescrição

**Resumo:** Considerações sobre recente decisão acerca de danos gerados por medidas cautelares requeridas por ente estatal, e o início do cômputo para aplicação do prazo prescricional do artigo 39 da Lei nº 11.925, que deve ser computado a partir do trânsito em julgado da sentença no processo principal.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares. Prazos. Caducidade das pretensões contra o Estado. Tutela jurisdicional efetiva.

## 1. El caso y el fallo

La Sentencia N°243/2023 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno de fecha 10 de octubre de 2023 (la “Sentencia”) resulta relevante por cuanto en ella, se trata por primera vez el punto de partida del plazo de caducidad cuatrienal establecido en el artículo 39 de la Ley N°11.925, en los casos en que se reclaman daños ocasionados por la adopción de medidas cautelares a solicitud de una entidad estatal.

Su importancia radica como se adelantó, en que trata la problemática de la aplicación de la caducidad cuatrienal en sede de medidas cautelares, siendo así el primer pronunciamiento que hemos relevado en el tema en nuestro país.

### 1.1 Contexto del fallo

En el año 2002 con motivo de la crisis bancaria, el Banco Central del Uruguay solicitó una serie de medidas cautelares contra una multiplicidad de demandados, por las maniobras que causaron la inestabilidad financiera del Banco de Montevideo y Caja Obrera, promoviendo luego un juicio por responsabilidad por los daños y perjuicios causados, contra los mismos.

Luego de 14 años de juicio, la demanda por responsabilidad fue desestimada con relación a algunos demandados mediante el dictado de la Sentencia N°45/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° Turno, confirmada luego por la Sentencia N°111/2016 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno.

Dichos pronunciamientos resolvieron que ciertos demandados que habían sido objeto de medidas cautelares - además de ser sometidos a un juicio por responsabilidad - no tuvieron participación y por tanto no fueron responsables en las maniobras vinculadas a las instituciones bancarias referidas. En definitiva, existieron personas físicas y jurídicas que estuvieron sujetas a medidas cautelares durante más de 14 años, medidas que abarcaron embargos genéricos y además medidas sobre bienes, ingresos y ganancias vinculadas a la explotación de sus actividades, entre otras.

En este contexto, algunos de los demandados que fueron absueltos de responsabilidad iniciaron una demanda por daños y perjuicios contra la entidad estatal en el año 2020, esto es, dentro de los 4 años en que quedó firme la sentencia sobre el fondo del asunto que determinó su no participación en los hechos por los cuales se los responsabilizaba.

La entidad estatal interpuso excepción previa de caducidad de la acción, en tanto el cómputo de los 4 años establecidos por la Ley N°11.925 habría iniciado a su juicio con la adopción de las medidas cautelares en los años 2002/2003. Subsidiariamente, interpuso la excepción de caducidad del crédito.

Conforme surge del texto del artículo 39 de la Ley N°11.925: “Todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles...”.

Por lo tanto, la cuestión a resolver en este caso radica en cuándo la reclamación o crédito se pudo hacer exigible, considerando que existió una etapa preliminar de adopción de medidas cautelares y luego se presentó la demanda dentro de los treinta días.

Como es sabido, las medidas cautelares tienden a garantizar el resultado del proceso principal o a evitar la frustración del mismo; acceden a él. En este contexto, la reclamación no hubiese sido exigible antes porque el daño se vuelve ilegítimo y por tanto reclamable, una vez que existió cosa juzgada con relación a la falta de responsabilidad de las personas que habían sido sujetos de las medidas cautelares solicitadas y efectivizadas. Antes, no se podía reclamar daños por medidas cautelares dictadas en el marco de un proceso cuyo resultado no era firme.

Más adelante, al analizar los fundamentos de la Sentencia, volveremos sobre estos aspectos.

La Sentencia Interlocutoria N°443/2023 de 22 de marzo de 2023 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 2° Turno, acogió la excepción de caducidad entendiendo en lo medular que:

En el caso, se estima que la caducidad debe computarse desde que efectivamente se produjo el hecho que fundamenta la acción dinamizada y que hace exigible el crédito alegado. De manera que no puede quedar librada a la voluntad del interesado la posibilidad de accionar desconociendo el alcance de lo previsto por el art. 39 de la ley 11.925.

Ante la apelación interpuesta, se dictó la Sentencia por la cual se revocó el fallo de primera instancia desestimándose la excepción previa de caducidad de la acción, debiéndose continuar con el proceso.

176

## 2. Análisis de la Sentencia

La Sentencia muy bien fundada, recurre a los desarrollos existentes respecto del plazo cuatrienal de caducidad de las reclamaciones y créditos contra el Estado, pero sin perder de vista que los daños que se reclaman en el caso son derivados de medidas cautelares, por lo que se vuelve imperioso armonizar el plazo establecido en el artículo 39 de la Ley N°11.925 con el funcionamiento del sistema cautelar en nuestro Derecho.

En primer lugar, con relación al alcance del artículo 39 de la Ley N°11.925, señala la Sentencia:

El Tribunal ha reiterado en diversas instancias que el art. 39 de la Ley 11.925 consigna que todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, es decir comprendiendo pretensiones con amplio abanico de fundamentos (contractuales, extracontractuales) caducarán a los cuatro años contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles; debiéndose destacar que la expresión “créditos” alude a los derechos ciertos respecto de los cuales el vocablo “exigible” puede y debe ser tomado en un significado literal, y que la palabra “reclamaciones” alude a un derecho eventual que puede esgrimirse contra el Estado, pero que no tendrá la certeza que supone la exigibilidad mientras no se decida en vía administrativa o jurisdiccional....

En segundo lugar, respecto al inicio del cómputo la Sentencia se afilia a la postura de que la conducta dañosa a la que refiere la disposición legal citada es un ilícito instantáneo con efectos permanentes y que:

En efecto, la noción de exigibilidad de la norma fue utilizada en un sentido natural o común, no jurídico, referente al momento en que el acreedor se encuentra en condiciones de requerir la protección del derecho que invoca. El plazo se sitúa en el momento en que el damnificado conoció el acto, hecho u omisión que lesionan su supuesto derecho y se consideró afectado por ello....

En este caso implica que se estaba “en condiciones de requerir la protección del derecho que se invoca” recién cuando existió una sentencia definitiva firme que deslinó a los ahora actores, de cualquier responsabilidad. Exigirles la promoción de un proceso de daños y perjuicios antes de ello, cuando lo que se reclama son daños derivados de medidas cautelares, atenta contra la propia noción de “exigibilidad” contenida en la norma, por cuanto sin un pronunciamiento definitivo sobre su falta de responsabilidad, no podrían haber reclamado en función de las medidas cautelares trabadas.

En este mismo sentido se pronunció la Sentencia, indicando que:

En el caso, el A Quo indicó que correspondía el amparo de la excepción de caducidad por considerar que corresponde computar el plazo de la misma desde que se produjo el hecho en que se funda la acción, es decir desde la promoción de las medidas cautelares por parte del BCU... El Tribunal comparte con el recurrente en cuanto a que el plazo de caducidad para promover el accionamiento contra el BCU, comenzó a correr a partir del momento en que quedó firme la sentencia Definitiva dictada en el proceso principal, que desestimó la demanda oportunamente incoada por el Banco Central. Es recién allí que los daños y perjuicios sufridos e invocados en la demanda promovida (...) como consecuencia de las medidas cautelares que fueron promovidas oportunamente por la demandada BCU, son exigibles. En efecto, si la demanda promovida por el BCU era amparada, nada podría ser reclamado al organismo demandado.

La caducidad que aquí se analiza no puede ser considerada de forma aislada al funcionamiento del sistema de medidas cautelares, ya que son medidas instrumentales cuyos resultados dependerán de lo que en definitiva se juzgue en el juicio principal. Los hoy actores necesitaban del dictado de una sentencia definitiva firme para poder sustentar cualquier demanda relativa al daño injustificado que las medidas cautelares le habían provocado y le continuaron provocando.

Una conjunción equilibrada de la previsión contenida en el artículo 39 de la Ley N°11.925, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales existentes con el sistema de medidas cautelares del Código General del Proceso implica comprender que la entidad estatal, tenía en su pretensión cautelar una apariencia de buen derecho, y la remoción o destrucción de esa apariencia solo ocurrió cuando la sentencia de segunda instancia confirmó la inexistencia de responsabilidad de las hoy actoras. Desde ese momento es que puede tenerse certeza sobre la ilegitimidad del daño.

Véase que la afectación al patrimonio de quien es sujeto a la medida es “temporalmente legítima” y esa afectación deja de ser tolerada una vez que existe cosa juzgada en el

proceso principal al que acceden las medidas, cuyo objeto es sólo el de asegurar que en caso de que existan responsables, pueda ser efectiva la sentencia de condena. Allí recién puede nacer la obligación de reparar el daño.

En tercer lugar, pero vinculado a lo que viene de decirse sobre el funcionamiento del sistema cautelar uruguayo, debe tenerse presente que en el caso, la situación es más extrema aún (comparada con el régimen general de medidas cautelares) ya que el BCU, al amparo de la artículo 24 del Decreto Ley N°15.322 puede solicitar las medidas cautelares sólo presentando una resolución fundada, por lo que el control del cumplimiento de los requisitos es aún menor, sin quererirse además contracautela.

Este aspecto fue especialmente considerado por la Sentencia, ya que expresamente sostuvo:

(...) para la adopción de una medida cautelar se requiere el “humo del buen derecho” y el cumplimiento de demás requisitos exigidos por la ley. Cuando se adopta una medida cautelar por parte de la sede judicial (en este caso a solicitud del BCU y conforme lo establecido en el art. 24 del DL 15.322), la afectación al patrimonio de la contraria en principio es legítima, por lo que no es pertinente exigir una reparación del daño eventualmente causado en dicha instancia y oportunidad procesal. El daño que se considera ilegítimo por aquel quien se vio perjudicado por la adopción de la medida cautelar adoptada, recién se hace ostensible cuando mediante el dictado de Sentencia definitiva firme, se resuelve que esa apariencia del buen derecho que en principio se había acreditado ya no era tal, es decir cuando en definitiva se resuelve la pérdida del juicio por parte del accionante y promotor de las cautelas. Es recién a partir de ese momento que puede concluirse que el daño es ilegítimo y que el perjudicado está en condiciones de exigir la indemnización que entiende le corresponde.

En cuarto lugar, si a lo que viene de decirse sumamos la forma en que nuestro ordenamiento ha regulado la contracautela, se confirma que no es viable computar el plazo de caducidad desde que se efectivizaron las medidas, en casos como el presente.

Si bien no hay una solución legislativa respecto hasta cuándo debe mantenerse la contracautela, parte de la doctrina procesalista ha entendido que debe mantenerse hasta el dictado de sentencia definitiva si consideramos su finalidad o naturaleza - que es la de proteger los eventuales daños que los sujetos de las medidas pueden sufrir - parece implícito que el legislador consideró que es recién cuando se concluye el juicio principal, que puede tenerse certeza de que esos daños no existen, o de existir fueron lícitos (porque el resultado del juicio fue favorable al solicitante de la medida) o en caso contrario, que los perjuicios generados fueron ilegítimos, y por ende, el afectado se encuentra habilitado a iniciar el correspondiente reclamo.

Este aspecto también fue considerado en la Sentencia al entender que:

(...) lo expuesto ut supra respecto a cuándo debiera ser exigible el crédito por el daño reclamado como consecuencia de una medida cautelar adoptada, se advierte fácilmente cuando se analiza y examina el instituto de la Contracautela... Una interesante cuestión, no resuelta expresamente en nuestra legislación procesal, consiste en determinar cuándo debe levantarse la caución o contracautela constituida por el peticionante de la medida... Así como la doctrina señala que la contracautela debe mantenerse

con posterioridad al dictado de Sentencia Definitiva del proceso principal, porque recién en ese momento es exigible la reparación de los daños ocasionados por parte del perjudicado por la medida, en el caso corresponde aplicar una lógica análoga, y entender razonablemente que la reparación del perjuicio ocasionado por una medida cautelar recién es exigible con posterioridad al dictado de sentencia firme dictada en el proceso principal que desestime la demanda del promotor de la cautela. Se comparte con el recurrente en cuanto a que es recién luego de esta sentencia definitiva que el afectado puede postular que existe un daño eventualmente ilegítimo causado por la medida cautelar, y que recién en ese momento el reclamo se hace exigible.

Cabe mencionar que nuestra jurisprudencia en otros casos donde se discutió el cómputo de este plazo de caducidad (no vinculados a medidas cautelares), correctamente se advirtió:

En conceptos de Cassinelli Muñoz el art. 39 Ley No. 11.925 no dice que sean exigibles, dice que puedan ser exigibles, expresión que gramaticalmente es criticable, pero que tiene la virtud de que por su misma criticabilidad, flexibiliza su interpretación y permite señalar que esa posibilidad de ser exigible puede comprender tanto aspectos de derecho como de hecho; subraya que debe existir posibilidad práctica del ejercicio de la acción y que no se computará el plazo mientras no lleguen a conocimiento del interesado los elementos mínimos para que se pueda tomar una decisión racional acerca de si ejercer o no la acción de reparación. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia (Suprema Corte en LJU 131.028 y 15.719 entre otras). Ahora bien en el caso, el crédito reclamado no se puede dudar que pudo ser exigible a partir del día 30/VII/13, una vez que la sentencia absolutoria en juicio aduanero adquirió calidad de cosa juzgada. Porque a esa fecha ya estaban dadas las condiciones para ejercerse libremente y sin impedimento de tipo alguno la acción (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. Sentencia N° 24/2019).

179

A nivel de jurisprudencia comparada y donde sí existen fallos en sede de medidas cautelares, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en un caso por estafa sostuvo sobre el cómputo del plazo lo siguiente:

... lo cierto es que las medidas cautelares, que constituyeron el origen del daño, se decretaron en ese procedimiento en el que los supuestos damnificados fueron procesados por existir semiplena prueba de la comisión del delito. En tales circunstancias, para reclamar daños y perjuicios por aquellas medidas era necesario que, previamente, surgiese de una resolución judicial la inocencia de quienes habían sido procesados además de otros requisitos que en esta oportunidad no viene al caso analizar... corresponde estar al criterio sentado – en forma unánime- por esta Corte en fallos: 318:1990, considerando 4) con arreglo al cual la acción únicamente habría quedado expedita a partir de la absolución del procesado. Con tal alcance le asiste razón al recurrente en cuanto a que el plazo de prescripción en el sublite empezó a correr desde que quedó firme, la sentencia que sobreseyó provisionalmente a los ahora actores, es decir, el 14 de diciembre de 194, fecha en que la cámara confirmó el fallo de primera instancia (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia N° M. 342 XXXII/1999).

Este mismo razonamiento fue aplicado en el caso de la Ley N 26.944 que regula la responsabilidad del Estado de Argentina por los daños que su actividad o inactividad produzcan a los bienes y derechos de las personas. Esta norma prevé en su artículo 7 un plazo de 3 años para demandar al Estado por daños derivados de responsabilidad extracontractual y expresamente prevé que dicho plazo computará “a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.

La doctrina ha expresado que “la acción esté expedita” significa que debe haber nacido la acción para hacerla valer, ello por cuanto es inseparable la responsabilidad de la acción, esto es: que el plazo puede computarse cuando el derecho puede ser ejercitado. Así, se han utilizado los casos de responsabilidad penal para ejemplificar de forma muy clara cómo debe funcionar este plazo.

En este sentido, han dicho que cuando se impugnan resoluciones o actos procesales anteriores al dictado de la sentencia definitiva y ésta no es de condena sino que concluye absolviendo al procesado (en casos de responsabilidad penal), el plazo “comienza a correr a partir del dictado de la absolución, pues hasta ese momento no se ha removido la apariencia de la licitud del hecho dañoso y por lo tanto la acción civil no ha nacido” (Perrino, 2015, p. 204).

En la misma línea, Gallegos (2007) resalta que debe tenerse en cuenta que se trata de decisiones instrumentales, destinadas a asegurar preventivamente “los eventuales resultados que recién cobrarán consistencia cuando se juzgue sobre el mérito respecto de la pretensión principal” (p. 205).

180

### 3. Tutela jurisdiccional efectiva

Adicionalmente a lo expresado sobre la Sentencia, cabe manifestar que la interpretación y en definitiva el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno recoge la aplicación del principio de tutela jurisdiccional efectiva. No debe perderse de vista que cualquier interpretación o norma limitativa de derechos, como el de acceso a la justicia en este caso, debe hacerse de forma restrictiva.

En este sentido, uno de los principios en materia de derechos fundamentales es el principio pro homine o pro persona, que tiene una doble faceta; por un lado, está la directriz de preferencia de normas, que implica que frente a diversas regulaciones se debe optar por aquella que sea más favorable para el derecho, por la que lo proteja con más intensidad y por otro lado, la directriz de preferencia de interpretaciones, que implica que entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, debe escogerse la más protectora para la persona y para el derecho fundamental en juego.

A juicio Sagüés este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones; por un lado, el principio pro libertatis que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego; y por otro, el principio de protección a la víctima (o pro victima) (Sagüés, 1998, pp. 6 y ss).

Asimismo, en el caso de reclamaciones por los daños causados por actos administrativos, el artículo 312 de la Constitución establece la opción entre solicitar la anulación de un

acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) o ir por la reparación del daño ante el Poder Judicial y textualmente en caso de haberse optado por iniciar primero una acción de nulidad se establece: "... si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente ... Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación".

En esos casos - y así además ha sido recogido por la doctrina y jurisprudencia - se podrá reclamar la reparación de los daños con posterioridad al dictado de la sentencia por parte del TCA, siempre que en ésta se determine la anulación del acto en cuestión o se reserve la acción reparatoria; y el plazo de caducidad de 4 años para acudir a la acción reparatoria patrimonial se suspende mientras dura el proceso ante el TCA y se dicta sentencia al respecto.

Así lo ha sostenido la doctrina:

Ahora bien, respecto de los actos administrativos susceptibles de la acción de nulidad que causan un perjuicio corresponde una precisión. Desde el momento en que el artículo 312 de la Constitución en la redacción dada por la reforma de 1997 confiere la opción al lesionado de acudir directamente a la acción reparatoria o primero a la anulatoria para luego plantear el contencioso de reparación, cabe concluir que en el caso hay dos momentos de comienzo del cómputo:... b) si se interpone la acción de nulidad este plazo se interrumpe y comienza de nuevo a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo..." (Durán Martínez, 2007, p. 375)

La jurisprudencia en la misma línea ha sostenido:

...En opinión de quienes, en mayoría, suscriben el presente fallo, la conclusión de la Sala que viene de referirse no es compatible y resulta ajena al planteo del propio actor en su demanda, vulnerando así el principio de congruencia. Tampoco es aceptable lo afirmado por el Tribunal *ad quem* en cuanto a que los procesos promovidos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por los cuales se obtuvo la anulación de los actos administrativos dictados por el Banco de Seguros del Estado constituyen, meramente, "...medios probatorios complementarios de la persecución que invoca...". Surge claramente del texto de la Carta que si quien se siente damnificado por la actuación administrativa y opta por recorrer el camino de la anulación del acto "podrá luego" demandar la reparación correspondiente, por lo que a partir de la obtención de la sentencia anulatoria se le abre la posibilidad de promover la demanda reparatoria respectiva sin que pueda afectarle el tiempo transcurrido ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Resulta compatible lo expresado en autos por el Sr. Fiscal de Corte, cuando dice: "Interpretada la demanda como lo realiza la Sede, de forma que los recursos interpuestos ante el TCA carezcan de relevancia alguna, contravendría la realidad, pero, además, -en el mayor de los escenarios- supone optar por la intelección más desfavorable para el administrado, que, en la especie, ha agotado la vía administrativa en forma correcta, siendo improcedente que su comparencia ante la justicia contenciosa le represente una pérdida de su derecho, de tal modo que el tiempo de que la misma dispuso para la resolución de la nulidad corrió en contra del interponente, todo lo cual no es de recibo" (fs. 892 y vto.). ...Siendo como viene de reseñarse, debe concluirse que la acción reparatoria fue promovida antes del

vencimiento del plazo establecido en el artículo 39 de la Ley No. 11.925, por lo que aún no había operado caducidad alguna (Suprema Corte de Justicia. Sentencia N° 371/2012).

En esta misma línea - y en un caso donde se debatió el tema de la caducidad vinculado a la anulación en sede administrativa - el Tribunal de Apelaciones en lo Civil 2° Turno, entendió que el plazo debía computarse desde la revocación del acto en sede administrativa, lo cual es asimilable en cuanto a sus efectos, a una anulación jurisdiccional:

En el caso, la falta de servicio invocada -por mal funcionamiento- es la destitución del actor ocurrida el 24/XI/11...El acto administrativo por el que se dispone el reintegro del actor jamás puede ser lesivo ni comprensivo de falta de servicio, puesto que recompone o encarrilla una sucesión de hechos o actos que venían desajustados. Precisamente, este acto de reintegro es correcto y así es admitido en la demanda. Ahora bien..., el Tribunal conceptúa, en un todo de acuerdo con el “a quo”, que a partir de la resolución administrativa -del año 2013- revocatoria de la destitución es cuando el agente se encuentra en posibilidad seria y razonable de ejercer la acción judicial con todos los elementos para evaluar su éxito o fracaso y por ende, la confirmatoria del rechazo de la caducidad se impone (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno. Sentencia N°109/2018).

Esta lógica recogida por nuestra Constitución se confirma incluso, cuando se adopta en sede jurisdiccional anulatoria por el TCA el incidente de suspensión de los efectos del acto administrativo (más allá de la discusión sobre la naturaleza provisional o cautelar de dicha suspensión).

Véase que en todos estos casos se encuentra implícito el fundamento de que se requiere una sentencia definitiva referente a la ilegitimidad del acto para luego poder iniciar un proceso reparatorio patrimonial por los daños que ese acto causó (y esto incluso con los efectos que una acción anulatoria tiene sobre el acto administrativo).

En el caso objeto de Sentencia, las medidas cautelares fueron mantenidas durante 14 años, no fueron levantadas luego de la sentencia de primera instancia, aun cuando las deslindaba de responsabilidad. Por ende, menos aún se justifica una posición restrictiva ya que nunca hubo una eliminación de la medida y por ende, del daño.

No es razonable de acuerdo a nuestro sistema constitucional que se compute este plazo de caducidad separado de la posibilidad de su exigencia, ello llevaría a la incongruencia de que prescriben o caduquen créditos antes de ser titular de la acción para hacerlos valer.

Como decía Hauriou: “Que la Administración haga, pero que indemnice” (esto es, que indemnice si luego de haber actuado se declara por el juez que esa actuación previa ha sido ilegal); por ello mismo el propio Hauriou afirmaba con énfasis que las dos principales teorías del Derecho Administrativo eran las del contencioso-administrativo y la de la responsabilidad de la Administración, los dos únicos medios de contrarrestar eficazmente, en términos de justicia, el formidable privilegio de la Administración en la decisión y la ejecución previas (García de Enterría y Ramón Fernández, 2017, p. 576).

## Referencias bibliográficas

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia N° M. 342 XXXII/1999

Durán Martínez, A. (2007). *Contencioso Administrativo*. FCU. Montevideo.

Gallegos, P. (2007). *Control Judicial Administración. Medidas Cautelares. Cuestiones del Contencioso Administrativo*. Cassagne. J.C (Dir.). Ed. Abeledo Perrot, Bs. As

García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1. 18 Ed. Thomson Reuters. España.

Perrino, P. (2015). *La responsabilidad del Estado y los funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*. Ed. La Ley. Argentina.

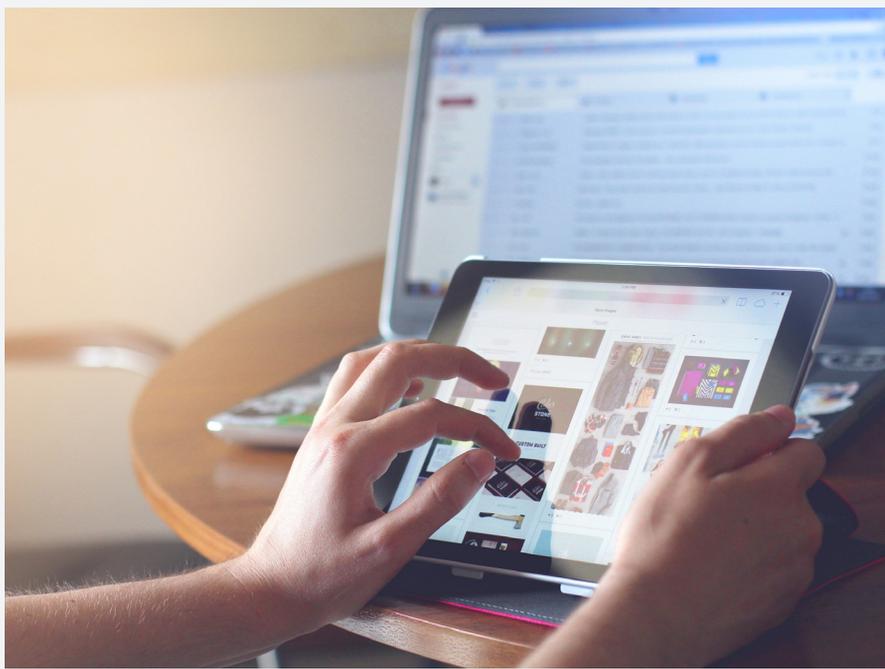
Sagüés, N. P. (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLII, Buenos Aires.

Suprema Corte de Justicia Uruguaya. Sentencia N° 371/2012

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno. Sentencia N°109/2018

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno. Sentencia N° 24/2019





## INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados



### “La pasantía cambió totalmente mi forma de ver el derecho”

*La alumna de FDER, Delfina Bisio, habló sobre su experiencia como pasante en la Corte Interamericana de DD.HH.*



Crédito de fotografía: cuenta de twitter de Ricardo Pérez Manrique

La alumna de tercer año de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Delfina Bisio, se encuentra en su último mes como pasante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; pasantía que comenzó oficialmente en febrero de este año.

“Poder participar de la pasantía para mí fue una experiencia inolvidable y por la cual estoy muy agradecida con la Universidad”, manifestó Delfina. Durante esta práctica profesional interactuó con estudiantes de Derecho de varias universidades, logró conocer de primera mano cómo funciona el Sistema Interamericano de DD.HH. y le permitió trabajar directamente con el presidente de la Corte Interamericana, el uruguayo Ricardo C. Pérez Manrique, que tiene su oficina en el edificio Mercosur. “Pude ver cómo en cada sesión él verdaderamente escucha y toma en cuenta nuestras reflexiones y opiniones”, afirmó la alumna.

En estos meses los pasantes analizaron sentencias de la Corte Interamericana, presenciaron audiencias del tribunal y trabajaron en la preparación de un amicus curiae relativo a una opinión consultiva que publicará la Corte sobre el derecho al cuidado. “Puedo decir que me cambió totalmente mi forma de ver el derecho. Pude ver el impacto concreto que tiene en la vida de las personas. También me aportó muchísimo en cuanto a cultura general, porque al ser una corte regional, hay que investigar y conocer de primera mano la realidad de los países vecinos para entender los casos”, concluyó Delfina.

### Trayectoria UM en la Corte IDH

Desde 2021, distintos alumnos de la Universidad de Montevideo han participado de esta práctica profesional ofrecida a estudiantes de las diferentes facultades de Derecho de

Uruguay. En 2022, los alumnos Florencia Gamboa y Santiago Nazur fueron seleccionados para participar de esta experiencia; durante 2021, fueron Josefina Gómez y María Eugenia García; en julio de este año la alumna de tercer año de FDER-UM, Agustina Camps, tendrá la oportunidad de formar parte del equipo de pasantes.



La alumna de FDER, Delfina Bisio, realizó una pasantía en la Corte Interamericana de DD.HH.



El presidente de la Corte Interamericana de DD.HH., Ricardo C. Pérez Manrique

21/06/2023

## Jornada de actualización en Contratación Administrativa

*El Observatorio de Contratación Pública de la UM organizó la jornada con motivo del lanzamiento del Cuaderno de Contratación Pública 7*

El Observatorio de Contratación Pública de la Universidad de Montevideo organizó un Jornada de actualización en Contratación Administrativa en el marco del lanzamiento del Cuaderno de Contratación Pública 7. Formaron parte del panel la coordinadora general del Observatorio, Prof. Dra. Natalia Veloso; el profesor adjunto de Contratación administrativa del Máster en Derecho Administrativo Económico de la UM, Dr. Gabriel Delpiazzo Antón; y la doctora en Derecho y Ciencias Sociales (por UdelaR) y cursante del Postgrado en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo, Josefina Sanguinetti. El director del Observatorio de Contratación Pública, Dr. Carlos

Delpiazzo, actuó como moderador de la jornada y presentador del nuevo número de la colección de Cuadernos de Contratación Pública en continuación con la anterior edición de varios libros sobre Comentarios en materia de contratación administrativa.



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM se encuentra a cargo del Observatorio de Contratación Pública, que fue creado en el año 2021 como un espacio de encuentro e intercambio referido a todo lo relativo a la contratación administrativa. De esta forma, su objetivo es contribuir al conocimiento de las tendencias y utilizarlo como herramienta para ayudar al cumplimiento eficaz de políticas públicas, sensibilizar y proporcionar información lo más actualizada posible. A su vez, es una red internacional integrada por universidades de la región, de Europa y de la Red Iberoamericana de Contratación Pública.

En esta ocasión, los oradores se pronunciaron en distintos temas, incluidos en el Cuaderno de Contratación Pública mencionado. En primer lugar, Veloso conversó sobre una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia referida al tema del mantenimiento de la ecuación económico-financiera de los contratos. Por su parte, Gabriel Delpiazzo habló sobre de la contratación innovadora, tema que el Derecho Positivo ha recogido recientemente a nivel reglamentario. Finalmente, Josefina Sanguinetti expuso sobre contratación mediante Sistemas Dinámicos de Adquisición, norma en la que fue partícipe durante su etapa de preparación cuando tenía estado parlamentario un artículo incluido en la última Ley de Rendición de Cuentas, y que hoy es legislación vigente.

## Natalia Veloso

La primera oradora de la noche trajo a colación un caso que hacía referencia a la distribución de supergás. Se trató de un vínculo contractual entre un distribuidor de supergás relacionado con ANCAP y el Estado, a través de un entramado contractual, de contratos coligados, que establecía un margen de ganancia para la empresa.

El contrato en cuestión se había firmado en función a una foto de los costos de ese momento (2007). Habiendo transcurrido casi diez años de ejecución del contrato, hubo un hecho que cambió las reglas del juego. Esto fue la adopción de una medida del sindicato del supergás por el cual se decidió, de un día para el otro, que la distribución en los camiones pasaría de cuatro a tres filas de envases. Como consecuencia, se generó una pérdida de un 25% de la capacidad de transporte y de toda la red de distribución

de supergás del país, lo cual repercutió en los costos de la empresa. Seguidamente, la experta destacó una precisión ética, en atención a su participación profesional en el caso.

De igual manera, expresó, sobre la sentencia de la SCJ, que “el fallo jurisprudencial es realmente novedoso. Si nosotros utilizásemos los términos que se utilizan en otros países diríamos que es verdaderamente el living case, el primer caso que tiene Uruguay de la Suprema Corte de Justicia reconociendo el derecho al co-contratante del Estado a la recomposición de la ecuación económico-financiera del contrato y condenando a la administración, en este caso a ANCAP, a recomponer la ecuación económica financiera del contrato” y esbozó los cinco puntos más relevantes de la sentencia.

“Decimos que es un fallo de mucha relevancia porque no había una sentencia en lo que llamamos el derecho vivo. No había una recepción verdadera de esa doctrina”, explicó Veloso. “Sí había un antecedente en el cual la Corte, con una integración un poco distinta, reconocía la supuesta existencia de un principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera, pero eso no se había cristalizado en una condena, porque se entendía que en ese caso no había verdaderamente un desequilibrio contractual que ameritara una condena”, concluyó Veloso.

## Gabriel Delpiazzo Antón

A continuación, el docente Delpiazzo Antón expuso sobre la Compra Pública Innovadora, regulada en julio de 2019. Se trata de un procedimiento de compra pública a través del cual la administración adquiere una solución que aún no está disponible en el mercado, pero que se podría desarrollar. Es decir, se parte de una necesidad cuya solución aún no existe y se lanza al mercado como reto a ser solucionado. “Ya no se trata de ver cuál es el impacto de los avances tecnológicos en las compras públicas, sino de ver el impacto que pueden tener las compras públicas en el avance tecnológico”, postuló Gabriel Delpiazzo.

Con esto en mente, resaltó la diferencia de la innovación desde la demanda con aquella que parte de la oferta. Estos últimos pueden ser los programas que otorgan subsidios a privados o que financian proyectos. En estos casos, es el propio innovador que va a buscar el subsidio o financiación para sus proyectos. De esta forma, destacó a la innovación desde la demanda como una “herramienta de promoción de la innovación mucho más fuerte”, ya que no solo ofrece la oportunidad de innovar, sino que también asegura la compra de la solución innovadora.

Asimismo, el abogado detalló cómo es el procedimiento de compra desde 2019, previendo dos fases y modalidades. En cuanto a las fases, se refirió a la pre comercial y comercial. Sobre las modalidades, explicó que el decreto las denomina de la siguiente manera: por un lado, la compra pública innovadora pre comercial, que se limita solamente a esa fase pre comercial y, por otro lado, la compra pública innovadora integrada, que comprende las dos fases. “Como en todo procedimiento la etapa de preparación es elemental ya que permite confirmar que el problema efectivamente existe y que no hay una solución en el mercado”, manifestó el experto. Es por esto por lo que se previó la creación de una Comisión Asesora de Compras Innovadoras, integrada por el organismo contratante, la ANII y también otros organismos que puedan ser idóneos en función del objeto de la compra. Finalmente, prosiguió a enumerar los beneficios que trae el procedimiento y los desafíos que hay por delante.

## Josefina Sanguinetti

Por su parte, la abogada Sanguinetti explicó la nueva modalidad de Contratación Administrativa, conocida como régimen de Sistemas Dinámicos de Adquisición. Se dispuso a analizar los elementos principales que caracterizan a esta nueva figura y su alcance haciendo énfasis en cómo se enmarca en el ordenamiento jurídico vigente, considerando los procedimientos competitivos de contratación que ya existen en el ordenamiento de Uruguay. Asimismo, explicó en qué consiste el nuevo instituto, su alcance, su procedencia y su comparación con otros procedimientos que ya están previstos en el TOCAF en específico el convenio marco.

Una novedad en el marco de esta nueva modalidad es que “el Poder Ejecutivo podrá establecer la obligatoriedad de utilización por parte de las administraciones públicas estatales de adquirir determinados bienes utilizando estos sistemas dinámicos de adquisición que estén disponibles”, afirmó la abogada.

Considerando lo expuesto anteriormente, con la creación de los Sistemas Dinámicos de Adquisición se crea un nuevo procedimiento competitivo para la contratación, totalmente electrónico y que parece tener la intención de centralizar las contrataciones. No obstante, Sanguinetti expuso la incertidumbre sobre si efectivamente va a cumplir con ese objetivo, en la medida que ya existen otros procedimientos similares. Un beneficio a destacar es que genera mayor amplitud en tanto que se puede seguir agregando oferentes y se logra una mayor competencia.

12/06/2023

## Graduado de FDER-UM obtuvo beca Hauser Global de NYU

*El abogado Mauricio Mourglia es el primer uruguayo en ganar la beca del 100% para estudiar LL.M., Máster en Derecho, en New York University*



Mauricio Mourglia, graduado de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, obtuvo la Hauser Global Scholarship de New York University (NYU) y viajará a los Estados Unidos para estudiar un Máster en Derecho LL.M.. Mourglia es el primer uruguayo en ganar esta beca que cubre toda la matrícula y costos de vida en Nueva York por la duración del programa, y que se concede a tan solo diez personas de cuatrocientos postulantes a nivel mundial.

Hace más de veinticinco años que la Universidad de Nueva York brinda este programa y otorga a futuros líderes mundiales en el campo legal este premio basado en el mérito. La institución tiene a consideración las capacidades intelectual y de liderazgo de los candidatos, al igual que sus capacidades para contribuir productivamente en una comunidad global de académicos y profesionales.

Luego de un proceso largo y arduo de exploración de universidades en distintas partes del mundo y la preparación de exámenes y ensayos, el alumni de FDER obtuvo admisiones en varias universidades prestigiosas, además de NYU. La lista incluyó a la London School of Economics de Inglaterra, Columbia Law School, University of Chicago Law School y University of Pennsylvania Carey Law School, ubicadas en los Estados Unidos. “Varias de las universidades que me admitieron me ofrecieron ayuda financiera, en la forma de becas parciales o préstamos, pero ninguna me ofreció una beca total como NYU”, expresó Mourglia. El abogado contó que su inclinación por esta universidad también se debía al hecho de que es de las más prestigiosas del país norteamericano y suele estar en los primeros lugares de los rankings mundiales de las áreas que le interesan, como Derecho y Arbitraje Internacional.

## Sus días como alumno

Asimismo, mencionó el rol que jugó la UM en su futuro profesional, destacando la “cantidad de puertas que te abre para desarrollar una carrera fuera de fronteras”. Él, al igual que muchos otros aspirantes a la profesión, crecen con un prejuicio de que estudiar abogacía significa atarse a un solo país. Sin embargo, la UM le demostró lo contrario: “Historias de personas que egresaron de la UM y trabajaron en Nueva York, Londres o París fueron las que me motivaron a aplicar a FDER-UM”.

Como alumno de la Universidad de Montevideo, realizó un intercambio en la Universidad de Hertfordshire en Inglaterra y formó parte de varias competencias internacionales que fueron “cruciales para convertirme en el abogado que soy hoy”, expresó. Durante su estadía por el país europeo estudió por primera vez Derecho Internacional Privado y confesó sentirse fascinado por “poder entender cómo se resuelve en una disputa internacional qué ley de qué país debe aplicarse o qué jueces son competentes”. Así, luego de recibir su título, solicitó unirse a la cátedra y ha formado parte de ella por cinco años.

Por su parte, las competencias le permitieron desarrollar sus “habilidades blandas, de pensamiento estratégico y defensa oral”, para utilizarlo como una herramienta para resolver problemas. A su vez, “pude crear una red de colegas de otras partes del mundo con los que mantengo contacto hasta hoy”, concluyó.

## Ir a más con el Derecho Internacional

Tras conseguir la Hauser Global Scholarship, Mourglia seguirá estudiando y formándose en lo que lo apasiona: Arbitraje de Inversiones y Derecho Internacional Público y Privado. No obstante, ya está pensando en los pasos a seguir luego de culminar el LLM. En primer lugar, desea prepararse para dar el “bar exam” de Nueva York y trabajar en el equipo de arbitraje de una firma de esa ciudad. En el futuro, no descarta trabajar algún día en una “organización internacional o en diplomacia para ser protagonista de la creación del Derecho Internacional”, manifestó.

## Sobre Mauricio Mourglia

Mauricio Mourglia es Senior Associate en el estudio Ferrere Abogados, donde representa clientes en arbitrajes comerciales internacionales y domésticos al igual que en arbitrajes bajo tratados de protección de inversiones. Ha intervenido en reclamos vinculados a una amplia gama de industrias, incluyendo las de construcción, minería, petróleo y gas, agronegocios, aviación, transporte marítimo y logística. Igualmente, trabaja en litigios concursales y asesora frecuentemente en materia de ley aplicable y jurisdicción competente.

A su vez, es profesor adjunto de Derecho Internacional Privado en la UM. Como estudiante, hizo un intercambio en la Universidad de Hertfordshire y participó en distintas competencias de arbitraje comercial internacional: la VIII Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por las Universidades de Buenos Aires y Nuestra Señora del Rosario de Bogotá y realizada en Santiago de Chile en 2015 (donde su equipo ganó el premio a mejor Memorial de Contestación); las XXIII y XXV ediciones de la Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, realizadas en Viena en 2016 y 2018; y en Pre-Moots relacionadas a esta última, que tomaron lugar en Estocolmo, Suecia, y en Heidelberg, Alemania.

04/07/2023

## Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo 2023

*La Facultad de Derecho celebró las segundas Jornadas Prof. Dr. Mariano R. Brito*

193



La Facultad de Derecho de la UM llevó a cabo las segundas Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo, que tuvieron su origen en el año 2022. Durante los días 28 y 29 de junio, distintos profesores y autoridades de FDER desarrollaron sus exposiciones sobre la Reforma del Régimen Provisional a propósito de la Ley N° 20.130.

### Exposiciones del 28 de junio

En la noche del miércoles 28 de junio, el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Miguel Casanova, abrió el evento hablando sobre la figura del Dr. Mariano Brito, docente y rector de la UM cuando Casanova era alumno de FDER. Destacó la pasión de Brito por la búsqueda de excelencia en el quehacer universitario, su gran conocimiento y aporte

al Derecho Administrativo en Uruguay y la región, el tema de la dignidad humana y la centralidad en la persona. Expresó: “Esperamos que estas jornadas se inspiren en ese cariño que Mariano le ponía a sus clases y con ese espíritu de servicio que tenía”, manifestó el decano, quien prosiguió dando la palabra al primer expositor de la jornada.

El Dr. Miguel Pezzutti, profesor en Derecho Administrativo Económico y de la Maestría en Legislación y Técnica Tributaria de la UM, expuso sobre el desarrollo de la LUC N° 19.889 y el proceso seguido hasta la Ley N° 20.130.

A continuación, el coordinador del área de Derecho Público de la UM, Dr. Carlos E. Delpiazzo se refirió a los principios del Sistema Previsional.

Luego, el director del Máster y Postgrado en Derecho Administrativo Económico de la UM, Dr. Felipe Rotondo, habló sobre el ámbito de aplicación de la Ley N° 20.130.

Tras un breve corte, la jornada retornó con la exposición de la Dra. Natalia Veloso, profesora adjunta de Derecho Administrativo en la UM y coordinadora general del Observatorio de Contratación Pública de la UM. Veloso habló sobre la estructura orgánica del nuevo sistema previsional.

Por su parte, el Dr. Federico Fischer, docente en el grado de la Facultad de Derecho de la UM, explicó las modificaciones que se efectuaron al régimen del BPS, mientras que el gerente de la Asesoría Jurídica del Banco Central del Uruguay, Dr. Daniel Artecona, culminó la jornada desarrollando el tema del régimen de las Administradoras de Ahorro Previsional (AFAP) en la nueva ley.

## Exposiciones del 29 de junio

El segundo día de las Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo se celebraron el jueves 29 de junio. La Dra. Natalia Veloso actuó como moderadora, quien le otorgó la palabra al primer orador de la noche: el Dr. Juvenal Javier, magistrado judicial y profesor de postgrado en la UM, quien expuso sobre los servicios centralizados de seguridad social.

Seguidamente, la también profesora de postgrado de la UM, Dra. Viviana Pérez Benech, se refirió a los cambios operados respecto al régimen de las personas públicas no estatales de seguridad social.

El tercer orador fue el profesor adjunto de Contratación administrativa del Máster en Derecho Administrativo Económico de la UM, Dr. Gabriel Delpiazzo Antón, quien desarrolló el tema de diversidad de regímenes impugnativos.

Luego del receso, la Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de la República, docente de diversos cursos de postgrado y maestría de la Universidad de Montevideo e integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y el Instituto Internacional de Derecho Administrativo, Dra. Cristina Vázquez, se expresó sobre la regulación y control del Régimen Previsional.

Igualmente, el profesor de postgrado de la UM, Dr. Javier Paolino, se dispuso a hablar sobre la Agencia Reguladora de la Seguridad Social.

Prosiguió exponiendo el Dr. Gustavo Fischer, también docente de posgrado en esta Casa, quien expuso sobre los pilares del sistema previsional.

Finalmente, se dio paso al acto de clausura en la que la Dra. Silvana Nessar, profesora en el Máster de Derecho Administrativo Económico de la UM, llevó a cabo la presentación de un libro biográfico del Prof. Dr. Mariano Brito, escrito por Fernando Díaz Gallinal. Nessar culminó las segundas Jornadas Montevideanas narrando algunas anécdotas escritas en la obra sobre la personalidad del Dr. Brito y finalizó describiéndolo como lo hizo el autor: “Mariano era un hombre bueno. Mariano se inclinaba al bien, era un hombre de profunda fe”.

05/07/2023

## Presentación de la Fundación Pro Bono Uruguay

*FDER fue sede en la presentación de la Fundación Pro Bono Uruguay con la participación de referentes regionales*



195

La Facultad de Derecho (FDER) de la UM llevó a cabo la presentación de la Fundación Pro Bono Uruguay el jueves 29 de junio en el edificio Ponce. En la charla, expusieron integrantes de la Comisión Pro Bono Argentina, su presidenta, Fernanda Mierez y la directora ejecutiva, Delfina Balestra, quienes contaron su experiencia en la promoción de la cultura del trabajo pro bono en la región. Además, abogados de los estudios jurídicos que fundaron la Fundación Pro Bono Uruguay hablaron sobre los trabajos realizados junto con alumnos de FDER-UM en el último tiempo y cuáles son los proyectos a futuro.

Entre el público presente estuvieron abogados de estudios jurídicos uruguayos, representantes del Colegio de Abogados y miembros de la academia, estudiantes y directores de ONGs.

La Fundación Pro Bono Uruguay es la primera clearinghouse de trabajo pro bono en Uruguay. Nació en setiembre de 2019 por iniciativa de los estudios jurídicos Dentons Jiménez de Aréchaga, Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes y Posadas, con el fin de dar asesoramiento legal gratuito a personas y entidades que no pueden costearlo. “El pro bono te da la oportunidad de conectarte con esa persona y poder darles la posibilidad a otros”, manifestó Fernanda Mierez. A su vez, la presidenta narró las dificultades que se enfrentaban en los inicios. Fue difícil abrir las puertas al trabajo gratis entre las organizaciones que hoy son aliadas. En ese contexto, debieron explicar que el trabajo de la Fundación era asesorar a quien nadie le iba a dar un asesoramiento.

En marzo de 2020 la Fundación Pro Bono Uruguay firmó un acuerdo de colaboración con la Universidad de Montevideo, propiciando la participación de la Academia y estudiantes de Derecho en los casos y proyectos que recibe. A su vez, cuenta con el apoyo del Vance Center y la Red Pro Bono de las Américas.

Según explicaron los expertos en la presentación, existe cada vez mayor sensibilidad social y demanda de dedicar tiempo a actividades sin fines de lucro y en beneficio del desarrollo social, tanto por parte de las organizaciones como de los profesionales. La Fundación nace ante la necesidad de unificar esfuerzos entre los profesionales independientes del derecho, estudios jurídicos y las universidades, para potenciar el desarrollo del trabajo Pro Bono en Uruguay, siguiendo tendencias europeas y de otros países de Latinoamérica. Según explicó la Dra. Sofía Maruri, profesora de Derechos Humanos y co-organizadora de la actividad, su objetivo es promover, organizar, intermediar y difundir la práctica del voluntariado profesional y el trabajo pro bono entre estudiantes y profesionales del Derecho. Busca prestar asesoría jurídica de calidad a organizaciones sin fines de lucro, microempresas y también a personas, entidades, sectores o grupos en situación de vulnerabilidad.

“El diferencial que tiene es la no competencia, la colaboración, el tomar casos juntos. Genera una cercanía con otras firmas que deriva en un intercambio distinto en la posteridad”, explicó Delfina Balestra. Por su parte, Fernanda Mierez agregó: “Nunca vi algo tan colaborativo. La clave son los socios involucrados es darles el espacio, que vengan con ideas y que piensen estratégicamente”.

Por más información sobre la Fundación Pro Bono Uruguay:

<https://fundacionprobonouy.org/>.





Presentación de la Fundación Pro Bono Uruguay

## FDER celebró la segunda edición de las Jornadas de M&A 2023

*Expusieron expertos en fusiones y adquisiciones de empresas*



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo brindó la segunda edición de las Jornadas M&A: Fusiones y Adquisiciones de empresas, que tuvieron lugar los días martes 29 y miércoles 30 de agosto. El evento fue coordinado por el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Miguel Casanova, el docente de postgrado en cursos sobre Convenio de Accionistas, Bienes Raíces y Digitalización de Sociedades de la UM, Luis Lapique, y el docente de la Universidad, Guzmán Rodríguez. Asistieron más de 150 profesionales, algunos presentes en la sala y otros en modalidad virtual.

Las jornadas comenzaron el martes 29 de agosto con las palabras de apertura a cargo del decano de FDER, quien explicó el especial foco que la Universidad de Montevideo hace en el Derecho de la Empresa, como ámbito de colaboración social y de servicio a la sociedad. A su vez, detalló el plan de las Jornadas de M&A y dio paso a los conferencistas.

La noche se dividió en dos módulos con un breve receso intermedio. Por un lado, los docentes de la Universidad de Montevideo Sebastián Ramos y Javier Berdaguer desarrollaron el tema de contratos preliminares en las operaciones de M&A, su estructuración y cuestiones jurídicas que se encuentran en debate. En el segundo panel, tomaron la palabra los profesores Luis Lapique y Manuel Lecuona, ambos expertos en procesos de adquisición y fusión de empresas y conflictos societarios, para exponer sobre el proceso del "Due Diligence" y aspectos prácticos en el análisis de las empresas en venta.

La jornada terminó con la participación de Pablo Rosselli y Priscilla Pelusso, socios en la empresa de inversiones EXANTE, quienes expusieron acerca del rol del asesor financiero en las transacciones de M&A.

Por su parte, la jornada del 30 de agosto inició con un panel conformado por los profesores Guzmán Rodríguez, Fernando Jiménez de Arechaga y Federico Stanham, expertos en transacciones de M&A y finanzas. Los oradores se centraron en la negociación y definición del precio en la venta de las empresas. Seguidamente, los docentes de Derecho

Civil, Aparicio Howard y Elías Mantero Mauri, se refirieron sobre las declaraciones y garantías en el SPA, su alcance y discusiones jurídicas de actualidad.

La noche culminó con una entrevista a Martín Guerra, director de la compañía de inversión privada Incapital, a cargo de Florencia Castagnola, socia de la firma Guyer & Regules, sobre la visión del cliente/empresario en el proceso de M&A.



26/10/2023

## “Abogado por un día” tuvo récord de participantes

*Estudiantes del Liceo Francés “Jules Supervielle” obtuvieron el primer puesto*

199



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM fue sede de la final de Abogado por un día, que consistió en las rondas orales de argumentación. Participaron más de 100 estudiantes de 4°, 5° y 6° de liceo, provenientes de más de 30 liceos de todo el país.

Previamente los equipos habían cumplido con la etapa escrita de la competencia, en la que debían presentar escritos de apelación contra una sentencia en una acción de amparo, asumiendo el rol de actores o demandados. Luego acudieron a una reunión preparatoria, y el sábado 21 de octubre expusieron de forma oral sus alegatos ante dos

“tribunales de apelaciones”. De los 31 grupos semifinalistas, 6 llegaron a la instancia final para defender sus casos.

Durante las rondas orales de la mañana, formaron parte del panel de jueces el Dr. Santiago Peluffo, la Dra. Agustina Silva, la Dra. Agustina Riguetti, la Dra. Milena Amor; el Dr. Federico Fischer; la Dra. Eugenia Garcia; el Dr. Esc. Juan María Mailhos y la Dra. Sofía Maruri. Muchos de ellos son Alumni y participaron en las primeras ediciones de la competencia, hace más de 20 años.

En cuanto a la final, los panelistas fueron el decano de FDER, Dr. Miguel Casanova, y las profesoras Ana María Guzmán y Belén Robles. El equipo ganador estaba integrado por tres alumnas de 4° año del Liceo Francés “Jules Supervielle”: Camila Falero, Julieta Giménez y Ana Inés Chamyan.

### Finalistas:

- 1er puesto – Equipo 2452, Liceo Francés “Jules Supervielle” (Camila Falero, Julieta Giménez y Ana Inés Chamyan).
- 2do puesto – Equipo 4865, Saint Brendans (Catalina Uriarte Vecchiet, Julieta Gorlero Benausse y Martina Couture Cabrera).
- 3er puesto – Equipo 3968, Colegio y Liceo Divina Pastora (Milagros Liscano Vidarte y Natalie Vals Varela).
- 4to puesto – Equipo 2106, Liceo 7 Paysandú (María Clara Torres Hernández, Celeste Nicole Delgado Cerrudo y Agustín Contrera Fraschini).
- 5to puesto – Equipo 7518, Saint Brendan’s / Colegio y Liceo La Mennais (Agustina Viar, Chiara Palazzi y Catalina Pérez).
- 6to puesto – Equipo 3047, Liceo N°1 Élidea Heinzen (Fiorella Bandera, Paulina Coghlan).



Finalistas del certamen “Abogado por un día” 2023.



Jurados de la final: Dra. Belén Robles, decano de FDER Dr. Miguel Casanova y Dra. Ana María Guzmán.



Instancia final del certamen "Abogado por un día" 2023.

## El caso Silvina Luna: un análisis jurídico

*El Dr. Pedro Montano expuso sobre la responsabilidad médica en el caso de la actriz, modelo y presentadora de tv argentina*



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo realizó una charla a cargo del docente titular de Derecho Penal y co-fundador de la UM, Dr. Pedro Montano, el lunes 23 de octubre. La actividad, llevada a cabo a pedido de dos alumnas de FDER, se enfocó en la responsabilidad médica y la delimitación de la “judicialización” en este ámbito.

El Dr. Montano hizo una breve introducción sobre esta figura pública para luego hablar de quien efectuó la cirugía en Silvina Luna, el Dr. Aníbal Lotocki. Este médico fue implicado en otros casos de lesiones graves a otros pacientes, por los que fue juzgado y encarcelado.

Luego, Montano se enfocó en el desarrollo histórico del amparo de los pacientes respecto a la responsabilidad médica en Uruguay y explicó en qué casos los ciudadanos pueden acudir a la justicia cuando se enfrentan a un problema en el tratamiento médico propio o de seres queridos. En este contexto, se refirió a los conceptos de “mala praxis” y “demanda de tratamientos costosos”.

El experto culminó su exposición con ejemplos de los avances tecnológicos que repercuten en la medicina, desde la prótesis y la robótica —habló de la ginoide Sophia, a la que se le otorgó la ciudadanía en Arabia Saudita—, hasta los cyborgs —dispositivos diseñados para tratar enfermedades crónicas o discapacidades, como el marcapasos—. Sobre estos últimos, presentó el caso de Neil Harbisson, un hombre que solo podía apreciar los colores blanco y negro debido a una condición visual denominada acromatopsia y quien hoy en día puede percibir los colores a través de la escucha a causa de un dispositivo implantado en su cráneo.

## Sobre el orador

Pedro Montano es doctor *Europaëus* en Derecho Penal por la Universidad de Navarra y el Instituto Max-Planck de Derecho Penal (Friburgo de Brisgovia, Alemania), miembro numerario de la Academia Uruguaya de Derecho, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y profesor titular de Derecho Penal en la UM y UdelaR.





## TESINAS DE MASTERS

**VERÓNICA MORELLI FERREIRA**

Vicios en adjudicaciones de compras estatales y su anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estudio de casos prácticos.



Verónica MORELLI FERREIRA

Investigadora independiente (Uruguay)

morelliveronica@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9520-5709>

Recibido: 24/08/2023 - Aceptado: 06/09/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Morelli Ferreira, V. (2023). Vicios en adjudicaciones de compras estatales y su anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estudio de casos prácticos. *Revista de Derecho*, 22(44), 207-236. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.9>

## Vicios en adjudicaciones de compras estatales y su anulación por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Estudio de casos prácticos\*

207

**Resumen:** La adjudicación es el acto administrativo por el que la Administración selecciona discrecionalmente la oferta más conveniente, poniendo fin a un procedimiento de compras. Como todo acto administrativo, está sujeta a control jurisdiccional.

Este trabajo busca determinar, a través de un análisis teórico y empírico, cuáles son los vicios que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo considera trascendentes para justificar la anulación de una adjudicación de compra pública. Para ello, luego de caracterizar el acto de adjudicación, se estudiarán las cuatro hipótesis más frecuentes de anulación. La primera, es aquella en que la Administración no elige el tipo de procedimiento indicado por Ley. La segunda, el apartamiento de las disposiciones esenciales del pliego particular de condiciones que rige el llamado. La tercera, la violación al principio de igualdad entre oferentes, y la cuarta, la ausencia o vicios en los motivos y/o motivación.

Considerándose la anulación una grave medida, no todo vicio invalidará una adjudicación. Por ello entendemos que un análisis de la casuística por la cual el Tribunal ha anulado actos de adjudicación, nos permitirá comparar entre el marco teórico de la validez de la adjudicación y lo que luego el Tribunal considera un vicio suficiente como para anularla.

**Palabras clave:** Licitación; adjudicación; anulación; Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

\* Trabajo final de carrera para acceder al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

## Defects in government procurement awards and their annulment by the High Court of Administrative Matters - Case studies

**Abstract:** The award is the administrative act by which the Administration selects the most convenient offer at its discretion, putting an end to a procurement procedure. As any administrative act, it is subject to jurisdictional control.

This paper seeks to determine, through a theoretical and empirical analysis, which are the defects that the High Court of Administrative Matters considers transcendent to justify the annulment of a public procurement award. For this purpose, after characterizing the awarding act, the four most frequent annulment hypotheses will be studied: Firstly, when the Administration uses a procurement procedure other than the one indicated by law; secondly, the deviation from the essential provisions regarding the particular bidding specifications governing the call for bids; thirdly, the violation of the principle of equality among bidders; and finally, the absence of or defects in motives and/or description of reasons for the award.

Considering that annulment is a severe measure, not every defect invalidates an award. Therefore, the study of cases whereby the Court has annulled the awarding decisions, will allow us to compare the theoretical frame of the validity of the awarding with what the Court deems to be a sufficient defect in order to proceed with such annulment.

**Keywords:** Call for bids; award; annulment; High Court of Administrative Matters.

208

## Vícios em adjudicações de compras estatais e sua anulação pelo Tribunal do Contencioso Administrativo. Estudo de casos práticos

**Resumo:** A adjudicação é o ato administrativo pelo qual a Administração seleciona discricionariamente a oferta mais conveniente, encerrando um procedimento de compras. Como todo ato administrativo, está sujeito a controle jurisdicional.

Este trabalho busca determinar, por meio de uma análise teórica e empírica, quais são os vícios que o Tribunal do Contencioso Administrativo considera relevantes para justificar a anulação de uma adjudicação de compra pública. Para isso, após caracterizar o ato de adjudicação, serão estudadas as quatro hipóteses mais frequentes de anulação. A primeira é aquela em que a Administração não escolhe o tipo de procedimento indicado por lei. A segunda é o desvio das disposições essenciais do edital específico que rege o chamado. A terceira é a violação ao princípio de igualdade entre os ofertantes, e a quarta é a ausência ou vícios nos fundamentos e/ou fundamentação.

Considerando a anulação uma medida grave, nem todo vício invalidará uma adjudicação. Portanto, entendemos que uma análise da casuística pela qual o Tribunal anulou atos de adjudicação nos permitirá comparar o quadro teórico da validade da adjudicação com o que o Tribunal considera posteriormente como um vício suficiente para anulá-la.

**Palavras-chave:** Licitação; adjudicação; anulação; Tribunal do Contencioso Administrativo.

## 1. Introducción

La adjudicación es el acto administrativo que materializa la voluntad de contratar de la Administración. Es la etapa final del procedimiento competitivo utilizado por la Administración para seleccionar a su cocontratante. Para ello, ésta cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, por cuanto está facultada para elegir “la oferta más conveniente”<sup>1</sup>, la que no necesariamente será la oferta más económica<sup>2</sup>. Existen otros factores que pueden fundamentar la elección de una oferta más costosa en términos económicos, como ventajas en plazos de entrega, calidad, antecedentes, entre otros. No existe un criterio uniforme y preciso que permita determinar la oferta más ventajosa en forma única, aplicable a todos los casos. Los criterios de conveniencia variarán de Administración en Administración, así como de acuerdo al momento específico, o dependiendo del producto o servicio que se esté contratando. Por eso se dice que “la oferta más conveniente” entra en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>3</sup>.

La carencia de criterios uniformes no significa que la Administración tenga las manos absolutamente libres para contratar como le parezca. Para empezar, deberá seguir los mecanismos de compras establecidos en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), cuyo artículo 33 establece en su acápite: “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente”, para luego establecer un número de excepciones de carácter cualitativo y cuantitativo. Esto significa que, de principio, las contrataciones estatales se deben hacer de forma competitiva, salvo que se configure alguna de las excepciones establecidas a texto expreso en el artículo 33, literales A a D.

Más adelante, en la etapa de valoración de las ofertas, la Administración estará sujeta a los criterios de evaluación y factores de ponderación prefijados en el pliego de condiciones particulares que rige el llamado<sup>4</sup>. Estos criterios podrán ser modificados hasta el momento de presentación de las ofertas, siempre y cuando se dé publicidad a estas modificaciones. Una vez realizada la apertura, las reglas de juego quedarán fijas, tanto para la Administración como para el cocontratante; pliego y oferta formarán así parte de la relación contractual.

Posteriormente, al adjudicar, la Administración deberá fundamentar su elección por una oferta determinada, realizando una motivación suficiente, congruente y exacta. Si la Administración se apartara del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones, la ley<sup>5</sup> exige que se deje “expresa constancia de los fundamentos” de tal apartamiento.

1 Artículo 68 del TOCAF, inciso 2: “El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones”.

2 Artículo 68 del TOCAF, inciso final, permite que se adjudique exclusivamente en base al factor precio, cuando los pliegos fijen el cumplimiento de “requisitos mínimos exigibles referidos, entre otros, a aspectos técnicos, económicos, financieros o comerciales y los oferentes cumplan con los mismos”.

3 Los conceptos jurídicos indeterminados evolucionan con el tiempo y las costumbres. Su indeterminación no permite cualquier interpretación, sino que obliga a buscar una solución justa, en la que se aprecien las diferentes alternativas posibles.

4 Artículo 48 del TOCAF, al enumerar los elementos esenciales del pliego de condiciones particulares, en el literal C establece: “los criterios objetivos de evaluación, en un balance acorde al interés de la Administración de elegir la oferta más conveniente y la garantía en el tratamiento igualitario de los oferentes...”

5 Artículo 68 TOCAF, inciso 2 in fine.

La motivación servirá como elemento fundamental a la hora de realizar el control de legitimidad a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA). Este control jurisdiccional es propio del Estado de Derecho; lo caracteriza. Sin control de la actividad estatal, no se puede decir que exista Estado de Derecho.

La adjudicación podrá ser objeto de la acción de nulidad prevista en el artículo 309 de la Constitución, por tratarse de un acto administrativo definitivo que podría ser contrario a una regla de derecho o dictado con desviación de poder. Esta acción deberá ser ejercida por el titular de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo.

El Tribunal ha insistido en que el oferente no tiene un derecho a la adjudicación sino apenas un interés legítimo, el que resulta protegido al exigirse el cumplimiento de las reglas establecidas. Cuando la Administración considera que una oferta es la más conveniente, los demás oferentes no pueden invocar la vulneración de un derecho subjetivo.

Como ha reiterado el Tribunal en sostenida jurisprudencia, la adjudicación es un acto esencialmente discrecional del jerarca, que consiste en seleccionar de entre varias soluciones posibles, la que a su juicio mejor contemple los intereses confiados a su custodia. El Tribunal no puede sustituir a la Administración en esta valoración de factores ponderables; se limitará a controlar el respeto a las formas requeridos, que los motivos de la decisión se ajusten a los hechos y que sus móviles no sean espurios.

El Tribunal ha sido constante en afirmar que la nulidad del acto de adjudicación es siempre una grave medida que no debe tener lugar sino cuando se comprueba una seria y trascendente trasgresión a los principios propios del procedimiento licitatorio.

## 2. Acto de adjudicación.

Conviene comenzar compartiendo algunas valiosas definiciones doctrinarias:

Enrique Sayagués Laso (1940): “acto de voluntad de la Administración determinando cuál de las propuestas presentadas es la más ventajosa, aceptándola a la vez, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado” (p. 139).

Alberto Ramón Real (1977): “acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa. Con esto se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y en su caso la documentación del contrato por escrito” (p. 1236).

Carlos Delpiazzo (2019): “acto típico administrativo, precontractual y separable cuyo contenido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración” (p. 254).

Roberto Dromi (2001, como se citó en Echeverría Petit, 2002): “acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual” (p. 112).

Miguel Marienhoff (1983, como se citó en Mantero, 2003): “acto de la Administración Pública en el que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular” (p. 136).

En definitiva, el acto de adjudicación constituye la expresión de voluntad de la Administración, por la que ésta, en ejercicio de función administrativa y a través de su órgano competente, selecciona a quien será su cocontratante para la adquisición de bienes o servicios. Se trata de un acto administrativo, esencialmente discrecional, que pone fin a la etapa esencial del procedimiento competitivo de compras.

## 2.1 Acto de adjudicación como acto administrativo

El Artículo 120 del Decreto 500/1991 define al acto administrativo como toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Estos efectos jurídicos consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

En lo que hace a la adjudicación, los efectos jurídicos consisten principalmente en generar un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, con el correlativo deber jurídico para la Administración de contratar con éste y no con otro.

Podemos categorizar al acto de adjudicación como un acto administrativo en sentido estricto, productor de efectos particulares -en cuanto determina a los sujetos a los que alcanza- y concretos -por agotarse su aplicación a la situación de hecho sobre la que dispone-, por oposición al reglamento que crea normas generales y abstractas.

La adjudicación, en tanto expresión de voluntad de la Administración, implica una decisión sobre el fondo del asunto; se clasifica como un acto principal. Se distingue así de sus actos preparatorios, como los informes de las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones, los que, por su propia naturaleza, son preliminares y no producen efectos jurídicos; no tienen carácter vinculante y no generan derechos en favor del oferente recomendado.

Constituye un presupuesto del acto administrativo el haber sido dictado por órgano competente, como expresión del principio de especialidad que rige el Derecho Administrativo; las personas públicas pueden -y deben- actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación, aptitud de obrar que debe provenir de una norma de derecho positivo.

El sujeto emisor de todo acto administrativo es la Administración, es decir, una autoridad estatal actuando en ejercicio de función administrativa. Las adjudicaciones, en tanto actos administrativos por los que se contraen compromisos, deben ser resueltas por el ordenador de gasto<sup>6</sup> competente.

## 2.2 Acto de adjudicación como instancia final del procedimiento de compra

Con la adjudicación se culmina la etapa esencial del procedimiento de contratación, que había comenzado con la publicación del llamado. Abiertas las ofertas y realizados los estudios de admisibilidad (correspondencia de la oferta con las exigencias del pliego) y de conveniencia (evaluación de las diferentes ofertas en términos comparativos), el órgano decisor procederá a adjudicar el llamado a la que considere ser la oferta más

6 El artículo 26 del TOCAF define a los ordenadores de gasto primarios como los jefes máximos de cada Administración, quienes podrán disponer de gastos hasta el límite de la asignación presupuestal. Por su parte, el artículo 28 define a los ordenadores secundarios como aquellos a quienes una norma objetiva de Derecho asigna competencia para disponer gastos. Estos ordenadores secundarios son, entonces, órganos subordinados y desconcentrados.

conveniente. Delpiazzo (2019) recalca la importancia del deber de la buena administración y la moralidad en la gestión pública, para lograr que “la adjudicación sea no sólo acertada sino moralmente inobjetable” (p.181).

La notificación de la adjudicación al oferente seleccionado, previa intervención del gasto por el Tribunal de Cuentas, configura el perfeccionamiento del contrato, salvo que en el pliego o en la adjudicación se imponga la forma escrita o algún otro requisito solemne<sup>7</sup>. Antes de la sanción de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, esta solución era una posición doctrinaria, no unánime, construida en base a la disposición del Código Civil que regula la formación progresiva del consentimiento de los contratos, aplicable a los contratos administrativos por ser estos no más que una especie dentro de la categoría general “contrato”.

Dispone el Artículo 1265 del Código Civil:

El contrato ajustado por mensajero o correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente.

Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a no ser que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación y a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada la oferta o hasta que hubiere transcurrido un plazo determinado.

El que acepta el negocio, tendrá la misma libertad que el proponente, conforme al inciso anterior.

212

Tanto la oferta que presenta el particular en el procedimiento licitatorio, como la aceptación de la administración (a través de la resolución de adjudicación) son declaraciones unilaterales de voluntad. Estas declaraciones tienen calidad de recepticias, ya que mientras la propuesta no llega a conocimiento del destinatario, y la aceptación de este no llega al proponente, no existe el contrato y las partes pueden retractarse. Enseña Gamarra (1993) que por recepción debe entenderse: “el momento a partir del cual el destinatario está en condiciones de poder conocer, vale decir, cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste” (pp. 137-138).

El artículo 37 de la Ley N° 18.834 incorporó al TOCAF el actual artículo 69 que recoge el sistema de la recepción, en consonancia con el Código Civil, dando por zanjada la discusión doctrinaria, de la que pueden resaltarse las posiciones de Sayagués Laso, Carbajal Victorica, y Delpiazzo.

En su Tratado de Derecho Administrativo, Sayagués Laso (2015) expone su posición en cuanto a que la adjudicación tiene dos contenidos: por un lado, determina cuál es la oferta más ventajosa para la Administración, y por otro acepta esa propuesta. Continúa diciendo que: “luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado” (p. 563).

7 Art. 69 TOCAF.

Para Carbajal Victorica (1958, como se citó en Mantero, 2003), el acto de adjudicación designa el candidato mejor a contratante y en ningún caso puede entenderse como consentimiento de contrato. La licitación es un procedimiento previo y distinto al contrato, y por tanto ambos son conceptos separables. Niega que la adjudicación pueda ser considerada como una aceptación de propuesta, puesto que, al ser un acto unilateral, no puede dársele a la vez un carácter bilateral. Según su posición, a partir de la adjudicación, el adjudicatario tiene derecho a exigir la contratación, dado que la adjudicación es promesa formal de contratación y la Administración está obligada a contratar con el adjudicatario.

Por su parte, Delpiazzo (2019) caracteriza a la adjudicación como precontractual, ya que ocurre en la fase esencial del procedimiento licitatorio, cerrándola. El contrato se perfeccionará en la etapa siguiente, la fase integrativa. Es un acto separable, en cuanto puede ser disociado o desvinculado del contrato en sí. La formalización del contrato ocurre posteriormente, en la fase integrativa del procedimiento licitatorio, en la forma que disponga el ordenamiento jurídico. Destaca la separación conceptual de la adjudicación y del contrato realizada por Carbajal Victorica, por ser la primera un acto administrativo unilateral de la Administración por el que ésta forma su voluntad, mientras que el contrato es un acto bilateral en el que se conjuntan dos voluntades, la de la Administración y la del proponente elegido. Adjudicación y contrato son, además, separables en cuanto al tiempo, aunque pueden ser inmediatamente sucesivos, ya que la resolución de adjudicación luego de emitida debe ser notificada al adjudicatario (pp. 275 y siguientes).

### 2.3 Acto de adjudicación como acto discrecional

La actividad de la Administración puede ser tipificada como mayormente reglada o mayormente discrecional. En la actividad reglada, dada una determinada situación de hecho, la norma establece una única posibilidad de acción, limitándose el intérprete a constatar el presupuesto de hecho y aplicar la solución que indica la norma. En cambio, en la actividad discrecional, dada una situación de hecho, el administrador tiene un margen de acción; existe más de una solución justa posible de entre las que se puede elegir.

Claro está, que es la propia norma la que permite la discrecionalidad. Existe libertad de actuación, porque hay una norma jurídica que así lo habilita.

Para el argentino Boulin Victoria (2014), las diferentes opciones de actuación pueden diferir entre sí en cuanto al grado de eficiencia para conseguir el fin, la rapidez para lograr el objetivo, la medida en que se afectan los derechos de terceros y el grado de seguridad con que se alcanzará la finalidad buscada. La elección de una de estas medidas tiene un impacto en el mundo jurídico, por no ser todas igual de convenientes. Por eso, si bien existen múltiples alternativas que a primera vista podrían aparentar ser razonables, el órgano decisor deberá estudiarlas para elegir de entre ellas aquella solución que resulte más justa y más conveniente a los intereses de la Administración (pp. 52 y siguientes).

Enseña Cajarville Peluffo (2007) que la elección de la alternativa más adecuada a los motivos y más idónea al fin debido se realiza en base a criterios técnicos, éticos, políticos, además de jurídicos (p. 52). Según Cassagne (2008), la elección de la solución más conveniente, por más que repose en elementos extrajurídicos -técnicos o políticos,

por ejemplo-, no deja de ser una elección jurídica, en cuanto no se puede ser irrazonable o arbitrario en la elección (p.19).

De acuerdo a Ernst Forsthoff (1958, como se citó en Sentencia TCA N° 70/2019), el derecho a ejercitar la potestad discrecional no libera a la Administración de un comportamiento adecuado ni de la observancia del derecho: “también el ejercicio de la potestad discrecional se mueve dentro del marco del orden jurídico”.

Por su parte, el jurista español Meilán Gil (2011) caracteriza a la discrecionalidad como “un silencio consciente para que la Administración elija, en una decisión, lo que es lo justo y apropiado en un caso al interés general que debe servir”, y considera que la discrecionalidad es diferente para un particular y para la Administración, en cuanto supone para el particular la libertad de elegir la actuación que estime conveniente, sin más limitación que lo que esté prohibido, mientras que para la administración “su límite no es lo no prohibido, sino lo permitido, más aún lo ordenado, -vinculación de la potestad a su fin- aunque esto no esté expresamente determinado en la norma” (p. 327).

Numerosas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo reiteran que “la adjudicación es un acto esencialmente discrecional de la Administración que consiste en seleccionar la propuesta que mejor contemple el interés público, siempre procurando obtener las mejores condiciones posibles de contratación. No obstante, dicha discrecionalidad encuentra sus límites en la regularidad del procedimiento, respeto de la igualdad de los oferentes y la motivación adecuada y suficiente del acto de adjudicación”<sup>8</sup>.

Delpiazzo (2019) señala que

el obrar discrecional de la Administración... no lo habilita a proceder arbitrariamente, ya que la elección de la oferta más conveniente requiere razonablemente y de buena fe que: se hayan comparado las ofertas; se haya justificado la opción desde el punto de vista económico; se haya demostrado su ventaja; se hayan respetado los límites establecidos en los pliegos; y, haya habido ajuste a los dictámenes previamente emitidos o, en caso de verificarse apartamiento de los mismos, la motivación suficiente para justificar ese apartamiento (pp. 155-156)<sup>9</sup>.

Marienfoff (1993) distingue discrecionalidad de arbitrariedad en los siguientes términos

La primera está rodeada de juridicidad, la segunda de antijuridicidad... El acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, o sea, en definitiva, los intereses públicos. El acto arbitrario, aun aparentando a veces legitimidad, se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder... la diferencia entre acto discrecional y acto arbitrario es evidentemente teleológica (pp. 430 y 431).

Para Boulin Victoria (2014), la discrecionalidad no es en sí misma algo negativo, sino que tiene valoración neutra: “puede dar lugar a abusos, pero también puede permitir un desenvolvimiento eficiente de la Administración” (pp. 47 y 48).

8 Sentencia 128/2018, entre muchísimas otras.

9 Texto que citan frecuentemente las sentencias al resolver solicitudes de nulidad de adjudicaciones.

Las autoridades administrativas deben ejercer sus potestades, siempre, con el fin de perseguir el interés del servicio. En este sentido, el interés general cumple una función teleológica, de definir el objetivo o fin de la actividad estatal. En el caso de las compras públicas, el interés superior público consiste en procurar condiciones óptimas, o por lo menos, las que mejor posibiliten el negocio de que se trate.

El interés general establece los límites del poder. Perseguir el interés general se traduce en una obligación negativa para la Administración, de no perseguir un fin distinto a aquel para los que se le asignaron poderes. Cuando el interés de la Administración, al dictar un acto administrativo, difiere del interés general, se estará ante una hipótesis de ilegitimidad por desviación de poder.

Enseña Durán Martínez (1999b) que la desviación de poder se configura cuando no se persigue el bien común (fin genérico de la Administración) y también cuando el fin buscado difiere del fin específico establecido por ley a cada órgano del Estado (p. 252).

El Tribunal exige prueba seria y contundente de la desviación de poder, repitiendo en varias sentencias que “la desviación de poder no se presume, debe ser demostrada y la carga probatoria recae sobre la pretensora. No satisfacer adecuada y razonablemente esa exigencia redundaría en el fracaso de la pretensión anulatoria”<sup>10</sup>.

Se entiende correcta esta interpretación, por las dificultades que plantea este vicio, por el hecho de que su control “exige adentrarse en la mente del agente que dictó el acto”, a decir de Durán Martínez (2009b), quien agrega que el TCA sólo considerará esta causal de nulidad cuando no existe ninguna otra (p. 252).

### 3. Control jurisdiccional del acto de adjudicación

Los actos administrativos pueden ser revisados en vía administrativa<sup>11</sup> y jurisdiccional. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el órgano competente, en forma exclusiva, para entender sobre las acciones de nulidad de los actos administrativos previstas en el Artículo 309 de la Constitución. A otros efectos, mantiene competencia el Poder Judicial, quien siempre podrá analizar la regularidad jurídica de los actos administrativos, por ejemplo, al decidir sobre la responsabilidad civil del Estado (Veloso Giribaldi, 2018).

Para solicitar la anulación será necesario, como condición de admisibilidad, que previamente se haya agotado la vía administrativa, es decir, que el acto tenga carácter de definitivo, por la denegatoria ficta o expresa por parte de la Administración de todos los recursos que correspondan, interpuestos en tiempo y forma. La demanda deberá ser interpuesta dentro del plazo de caducidad de sesenta días corridos siguientes a la notificación del acto expreso que puso fin a la vía administrativa, o de la configuración de la última denegatoria ficta, por quien tuviera legitimación activa.

Los actos que pueden ser objeto de la acción de nulidad están enumerados en el artículo 23 del Decreto-Ley 15.524, que en su literal a) incluye a los “actos administrativos

10 Por ejemplo, Sentencia N° 12/2020 que, a su vez, remite a Sentencia N° 63/2017.

11 Los actos administrativos anulables por razones de legitimidad en vía administrativa son aquellos dictados por los Directorios de Servicios Descentralizados, en cuyo caso el Poder Ejecutivo resolverá sobre su anulación en forma subsidiaria, una vez rechazados expresa o tácitamente los recursos de revocación (y jerárquico si correspondiere).

unilaterales, convencionales o de cualquier otra naturaleza, dictados con desviación, abuso o exceso de poder o con violación de una regla de derecho”, para a continuación definir positivamente regla de derecho como “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. Por su parte, de acuerdo al literal b) del artículo 23, también procederá la acción de nulidad contra los actos que sean separables de los contratos administrativos, categoría en la que cabe la adjudicación.

Que la adjudicación sea un acto separable del contrato significa que puede ser impugnada por terceros participantes en el procedimiento. Se plantea entonces la cuestión (Delpiazzo, 2019) de si la anulación de la adjudicación acarrea la anulación del contrato, como acto subsiguiente de la adjudicación. Hay quienes afirman que al ser el acto anulado la base del contrato, no puede subsistir éste al invalidarse el primero. Manuel María Diez expone la posición contraria, al opinar que, si el acto era separable, no tiene sentido decir que luego se incorpora al contrato, por lo que concluye que la anulación del acto separable no anula forzosamente el acto celebrado. Delpiazzo destaca el perfil práctico de la opinión de Dromi, según la cual, si el contrato ya se ejecutó o está en vías de ejecución, la solución inevitable consiste en la indemnización de daños y perjuicios causados al oferente que logró la anulación, por haber quedado el contrato en una “zona inalcanzable” (pp. 343 y 344).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo actúa como juez de Derecho, y el control de regularidad que realiza refiere a cuestiones de legitimidad y no de mérito. Cajarville Peluffo (1995) caracteriza el mérito como un concepto residual y negativo que comprende aspectos de la actividad sobre los que no existe una norma de derecho aplicable y por tanto no pueden valorarse jurídicamente (p. 100). Para ejemplificar con un caso real, podemos citar la sentencia del TCAN° 525/2015 de 21 de julio de 2015, que al confirmar el acto de adjudicación, expresa: “La resolución de adjudicación resistida se basó en los diversos informes técnicos que entendieron que la oferta de Romis S.A., empresa que resultó adjudicataria, era la más conveniente, no correspondiendo que el Cuerpo ingrese al análisis de las razones de dicha conveniencia, por tratarse de cuestiones de mérito, cuyo examen no corresponde efectuar a la Corporación”. Más adelante, para distinguir el mérito del acto del fondo de la cuestión, cita a Cassinelli Muñoz (2010), en los siguientes términos: “La legitimidad del acto es el ajuste a las reglas de Derecho, mientras que el mérito es el ajuste a las reglas de la buena administración o a las máximas de orientación política no cristalizadas en reglas de Derecho. La diferencia entre los aspectos de legitimidad y los de mérito no deriva de la materia de que se trate, sino de la circunstancia -variable en el tiempo y de una parcela a la otra del ordenamiento administrativo- de que tal o cual aspecto se encuentre regulado por normas jurídicas o librado a la discrecionalidad del administrador”.

En la misma línea, en Sentencia N° 539/2016 de 6 de octubre de 2016, el Tribunal cita a Giorgi (1974), al desestimar una demanda de nulidad, de esta forma: “El mérito del acto atañe a su oportunidad o conveniencia, esto es, a sus elementos extra-jurídicos. La validez, al conjunto de reglas jurídicas: de competencia, de forma y de fondo, que condicionan su emisión. En principio, toda violación por el acto, de una prescripción legal, produce el efecto de su invalidez, sin requerirse que la nulidad se prevea en cada caso, expresamente. El mérito o demérito califican el buen o mal uso del poder discrecional. Es, por tanto, un juzgamiento en base a criterios subjetivos, determinar si existe o no

vicio en el mérito del acto. En síntesis, es una forma de fiscalización propia del orden administrativo, pues excluye la emisión de un juicio en el sentido técnico-jurídico de la expresión”, para finalizar recordando que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo actúa como juez de Derecho, “su poder de cognición se limita a la juridicidad del acto, excediendo su competencia el control sobre el mérito u oportunidad”.

La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede tener dos contenidos posibles: o bien rechaza la pretensión del actor, confirmando el acto impugnado, o lo anula. En ningún caso puede reformar el contenido de un acto. Procederá a anular cuando el acto es ilegítimo. El literal a) del Artículo 23 del Decreto Ley N° 15.524 explicita las causales por las que se podrá anular el acto administrativo: cuando son dictados con desviación, abuso o exceso de poder o con violación de una regla de derecho.

El Tribunal recurre a la anulación de actos de adjudicación en forma muy excepcional, cuando el vicio tiene relevancia suficiente, en el entendido que la adjudicación es una manifestación de la discrecionalidad con que cuenta la Administración para su actuar. Por ejemplo, en Sentencia N° 202/2011 de 15 de marzo de 2011, el Tribunal expresa “la anulación de la adjudicación no procede sino excepcionalmente cuando se comprueban desviación de poder o móviles espurios, o apartamientos serios de las reglas de procedimiento que afecten el resultado de la licitación o la igualdad de oferentes...” (Considerando VII, párrafo 6).

### 3.1 Legitimación activa

La acción de nulidad no es una acción popular; la ley confiere legitimación activa al titular de un derecho subjetivo o un interés personal, directo y legítimo.

En Sentencia N° 47/2017 de 9 de febrero de 2017, la Administración planteó como defensa ante la acción de nulidad el hecho de que la actora -al igual que las empresas que resultaron adjudicatarias- no cumplía con los requisitos del pliego y, por tanto, carecía de un interés legítimo en la anulación. El Tribunal desestimó este argumento, recordando que, como enseñara Sayagués Laso, “el licitante no tiene un derecho a la adjudicación, sino tan sólo un interés legítimo, indirectamente protegido, en que se cumplan regularmente las formalidades establecidas en el procedimiento licitatorio. Naturalmente, con tal entendimiento una eventual anulación del acto procesado no significa (implícitamente) que la adjudicación hubiera debido hacerse a favor del actor triunfante, sino que deben cumplirse en forma debida con las normas protectoras del interés público, de las que podría llegar a verse beneficiado ulteriormente el accionante”.

En este mismo caso, la Administración esgrimió también la defensa de que, por no haber accionado contra la decisión que habilitó un proceso de negociación entre empresas precalificadas, y tampoco contra aquella que aprobó las negociaciones, la empresa accionante carecía de legitimación activa para solicitar luego la nulidad de la adjudicación. A este argumento, el Tribunal respondió que las decisiones referidas constituían actos preparatorios que, como tales, no lesionan el interés directo, personal y legítimo del actor. El acto de adjudicación es el que expresa la última voluntad de la Administración, y es el capaz de producir efectos jurídicos como crear, modificar o extinguir una situación jurídica, pudiendo lesionar un derecho o un interés directo, personal y legítimo.

En Sentencia N° 213/2013 de 11 de abril de 2013, se planteó la cuestión de legitimación activa de la actora, cuya oferta presentada en un procedimiento de licitación promovido por ANTEL, había sido descartada por no cumplir con las exigencias técnicas del pliego. El Tribunal estimó que se aceptaba la legitimación para reclamar, en virtud que la descalificación de la oferta y la adjudicación de la licitación a otra firma tuvieron lugar en el mismo acto. En caso contrario, si el rechazo de la oferta hubiera ocurrido en una instancia previa, resultaría clara la falta de legitimación para reclamar la nulidad de la adjudicación posterior.

Esa situación es precisamente la que se registró en Sentencia N° 596/2011 de 16 de agosto de 2011, ya que la oferta de la actora había sido descartada en forma previa al dictado de la adjudicación, resultando excluida de la licitación y perdiendo desde ese momento el vínculo que la unía con la causa.

## 4. Legitimidad del acto de adjudicación

En aplicación del principio de legalidad, base de todo Estado de Derecho, la Administración está obligada a actuar en todo momento en cumplimiento de las reglas jurídicas. Las reglas de Derecho a las que deben adecuarse los actos administrativos son los que explicita el Artículo 23 del Decreto-Ley 15.524: todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual. El actuar contrario a estas reglas de derecho configura un accionar ilegítimo de la Administración.

218

### 4.1 Cumplimiento del procedimiento de compra establecido por Ley

El sistema de compras estatales vigente en nuestro país se caracteriza por ser de restricción: la Administración no puede elegir directa y discrecionalmente a su cocontratante, sino que debe seguir procedimientos y reglas de selección establecidos en forma previa. Este sistema de restricción permite asegurar que los fondos públicos se utilicen atendiendo los principios de concurrencia, igualdad y objetividad.

En nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al Artículo 33<sup>12</sup> del TOCAF, “las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y a lo previsto en la normativa vigente”. Acto seguido, el artículo referido establece algunas excepciones de carácter cuantitativo y cualitativo. Quiere decir que en nuestro país la regla general es el procedimiento competitivo y permitiéndose la compra directa en determinadas situaciones puntuales<sup>13</sup>.

12 Acápite vigente desde la adopción del tercer TOCAF, aprobado por Decreto N° 150/2012, que incorporó la modificación introducida por Ley N° 18.834.

13 En la versión del TOCAF actualmente vigente (actualizado a la Ley 20.075 de Rendición de Cuentas Ejercicio 2021) se permite la compra directa, el concurso de precios y la licitación abreviada por razones de cuantía, así como 37 excepciones de carácter cualitativo en las que la Administración puede contratar en forma directa. Si bien a partir de la vigencia de la LUC (Ley N° 19.889) se reorganizaron las causales habilitantes de la compra directa por excepción, suprimiendo algunos supuestos y reorganizando otros, continúan siendo tantas las excepciones, que diferentes autores plantean si, en la práctica, las compras directas por excepción no se han convertido prácticamente en la regla. Así lo expresan, por ejemplo, Echevarría Petit, en *Guía de mejores prácticas en la contratación de obras* (p.21) y Veloso Giribaldi en *Contratación Administrativa. Modificaciones introducidas por la LUC N° 19.889 de 9 de julio de 2020* (p.92).

De acuerdo al monto, podrá acudir a la compra directa en adquisiciones de escasa cuantía. En caso de montos mayores, corresponderá recurrir a otros procedimientos competitivos, como el concurso de precios, la licitación abreviada o la licitación pública.

Cuando se configura alguna de las hipótesis previstas en las excepciones establecidas en los 37 numerales del literal D del Artículo 33 del TOCAF, y por razones de buena administración, se podrá contratar “directamente o por el procedimiento que el ordenador determine”. Estas excepciones, establecidas expresamente por la ley, deben interpretarse estrictamente, no admitiéndose excepciones por analogía.

En estos casos en que la ley habilita la contratación directa, sea por razón de cuantía o por aplicación de algunas de las excepciones cualitativas, la Administración podrá seleccionar libremente su cocontratante. Pero esto no significa que nuestro sistema de formación de contratos sea de libre elección; al decir de Delpiazzo (2020), esta contratación directa es también una manifestación del sistema de restricción, ya que esta discrecionalidad sólo se permite en las hipótesis previstas expresamente en la ley. En caso contrario, rige la regla general del procedimiento competitivo (p. 77).

En caso de contratar directamente, en contravención del Artículo 33 del TOCAF, se está privando a otros proveedores de la chance de competir y resultar adjudicatarios, lo que no sólo perjudica a estos, sino también a la Administración, quien pierde la oportunidad de obtener mejores precios y condiciones al prescindir de la concurrencia.

Durán Martínez (1999a) analiza la hipótesis de omisión de licitación -cuando la ley impone dicho procedimiento- no como un caso de ausencia de un presupuesto o elemento constitutivo del acto, sino como un vicio de procedimiento. El procedimiento existe, pero es erróneo. Por ende, el acto existe, pero es ilegítimo. El vicio de falta de procedimiento es causal de nulidad, la que podrá ser dispuesta en vía jurisdiccional por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (pp. 63-65).

## 4.2 Cumplimiento del pliego de condiciones

Delpiazzo (2019) caracteriza al pliego de condiciones como el “conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración con el triple fin de especificar el suministro, obra o servicio a licitar (objeto), establecer las condiciones del contrato a celebrarse (relación jurídica) y determinar aspectos del trámite a seguir (procedimiento)”. Continúa su desarrollo explicitando la doble función del pliego, antes y después del perfeccionamiento del contrato. En un primer momento, indica a los oferentes qué es lo que se solicita y cómo se deberá presentar la oferta, mientras que una vez adjudicada la compra y perfeccionado el contrato, “el pliego se convierte en la parte sustancial del contenido contractual, incorporándose al mismo y constituyéndose, al decir de la doctrina, en ley del contrato” (pp. 164-165).

El Pliego es la ley del contrato, en virtud de que “establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, obligatorias para todos, inclusive la propia Administración... Si el oferente debe cumplir las exigencias del pliego, lo propio debe hacer la Administración, absteniéndose de imponer requisitos que no estaban previstos en dicho documento” (Dromi, 1999, citado frecuentemente por el TCA en sus fallos).

Sundfeld (como se cita en Cajarville Peluffo, 2007) señala, como triple objetivo de la necesaria adecuación al pliego de condiciones, que, por un lado, vincula la Administración al Derecho, al sujetarla al respeto de sus propios actos; por otro, impide la elección después de iniciado el procedimiento de criterios que privilegien a determinados licitantes; y por último permite a los oferentes formular sus propuestas, con pleno conocimiento de las intenciones del licitador (p. 311).

El principio de cumplimiento del pliego no figura a texto expreso en la enumeración de principios generales de actuación y contralor del Artículo 149 del TOCAF, pero deriva necesariamente de la aplicación del principio de legalidad que rige no solo la contratación pública sino la actividad administrativa en general.

Cajarville Peluffo (1999) sostiene que el principio de respeto a los pliegos surge del texto del actual artículo 63 del TOCAF, que dispone que las ofertas deberán presentarse “en las condiciones que se establezcan en los pliegos respectivos... sin omitir ninguna de las exigencias esenciales requeridas...” (p. 15). Asimismo, el artículo 65 dispone que en el acto de apertura no se podrá rechazar la presentación de ninguna propuesta, pero que esta admisión inicial “no será obstáculo a su rechazo si se constataren luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego”. Para este autor, el hecho de que el apego a los pliegos refiera a las exigencias esenciales y a los requisitos sustanciales, no significa que se descarte el principio de cumplimiento estricto del pliego, sino que se delimita su alcance (p. 15).

Debe tenerse cuidado al utilizar la expresión “estricto cumplimiento de los pliegos”, ya que en la práctica su aplicación se matiza al armonizarse con otros principios, como el de materialidad frente al formalismo. En esta línea, el TCA ha dicho que la valoración del pliego “no puede ser ajena a los principios de flexibilidad y materialidad contenidos en el TOCAF (Art. 149 en la redacción dada por el art. 52 de la Ley 18.834) que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse”<sup>14</sup>.

Por su parte, Risso Ferrand (2011) prefiere hablar de respeto “razonable” del pliego, en lugar de “estricto” como se solía hacer, por haber sido afectado “irremediable y sabiamente” por los principios de informalismo, primacía de lo sustantivo sobre lo accesorio, etc. (p. 385).

Echeverría Petit (2021) recomienda como mejor práctica, para evitar conflictos en la contratación por parte del Estado, limitar la exclusión de ofertas al caso de incumplimiento de requisitos verdaderamente esenciales y no a aspectos puramente formales (pp. 25-26). Al respecto comenta Delpiazzo que “el adjudicatario debe ser el que presente la oferta admisible más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades de la Administración y no necesariamente el más prolijo (aunque la prolijidad es una virtud del buen oferente)” (Echeverría Petit, 2021, p. 100).

### 4.3 Igualdad entre oferentes

La necesaria igualdad entre oferentes, recogida como principio en el literal B del artículo 149 del TOCAF, resulta de la aplicación específica, en materia de contratación administrativa, del principio de igualdad plasmado en el Artículo 8 de la Constitución.

14 Sentencia TCA N° 70/2019 de 19/02/2019

La igualdad ante la Ley se traduce en la igualdad ante la Administración. Todos quienes quieran contratar con el Estado deben estar en un plano de igualdad, lo que no significa que deban ser iguales o ser tratados de igual forma. Esto último, a decir de Delpiazzo (2005), sería absurdo, antijurídico e inconveniente a los intereses de la Administración contratante, porque conduciría a dejar fuera al oferente con mejores antecedentes, convirtiéndose los méritos en deméritos (p. 1124). Como bien dice Cajarville Peluffo (2007), “los procedimientos competitivos son posibles porque todos los participantes no son iguales, y en cuanto no lo son, es legítimo que reciban tratamientos desiguales” (p. 305). Para definir cuáles serán los factores de desigualdad que se podrán tomar en cuenta legítimamente, se deberá apelar al principio de razonabilidad.

Decíamos que todos los oferentes deben estar en una misma situación durante todo el procedimiento de selección del contratista, tanto en la etapa preparatoria del llamado -principalmente en la redacción de los pliegos- como en la etapa de evaluación de ofertas y selección de la adjudicataria, de forma de asegurarse que todos tengan las mismas posibilidades.

Risso Ferrand (2011) enumera tres situaciones en las que él entiende se viola el principio de igualdad en la etapa posterior a la presentación de ofertas:

1. Cuando se otorgan beneficios a un oferente que son negados a otro;
2. Cuando se permite a un oferente modificar la oferta luego de la apertura, en lo referido al precio u otros aspectos esenciales;
3. Cuando se toman criterios diferentes para evaluar las distintas ofertas (p. 388).

221

Profundizando en el delicado problema de la ponderación entre la intangibilidad de las ofertas, la igualdad y la flexibilidad, Risso Ferrand (2011) señala:

Como en toda tarea de armonización, siempre compleja, el intérprete deberá procurar determinar el alcance de cada uno. Es evidente que ninguno podrá aniquilar a los otros o a uno de ellos. Sería absurdo pretender que en aras del principio de igualdad no se permita a un oferente presentar luego de la apertura un certificado que omitió en su presentación (con lo que la administración podría perder una oferta muy importante y quizás la más conveniente por una mera formalidad). Y de la misma forma sería absurdo que en aras de las mejores condiciones de contratación se permita a un oferente modificar su oferta en el precio o en un elemento esencial de la misma (salvo en el procedimiento formal de mejora de ofertas). Tampoco puede llevar el principio de concurrencia a tolerar insuficiencias manifiestas en una oferta o entender que todo es formal y todo subsanable (p. 385).

Luego, Risso Ferrand resalta la trascendencia del principio de concurrencia en cuanto beneficia a la Administración el contar con la mayor cantidad posible de ofertas (p. 384). Por esto, el principio resulta de aplicación no sólo a la hora de recibir las ofertas, sino durante todo el procedimiento competitivo, debiéndose ser cauto a la hora de rechazar ofertas para no terminar eliminando opciones de contratación que podrían ser las mejores. La descalificación de una oferta no beneficia a la Administración sino a los demás oferentes que tendrán menos competencia.

La idea de intangibilidad de las ofertas, en el plano temporal, implica que, una vez vencido el plazo para presentar la propuesta, ésta no podrá ser modificada ni alterada en forma alguna. Establece el artículo 65 del TOCAF que “abierto el acto no podrá introducirse modificación alguna en las propuestas”.

Esta imposibilidad de alterar las ofertas refiere a aquellas modificaciones que alteran su esencia, pero no las aclaraciones o aspectos meramente formales. La Administración podrá dar un plazo máximo de dos días hábiles para salvar “defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia”, salvo cuando a juicio de la Administración brindar ese plazo “altere materialmente la igualdad de los oferentes”.

Por su parte, el artículo 66 permite que las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones soliciten aclaraciones pertinentes a cualquier oferente, siempre y cuando no se modifique el contenido de la oferta.

Entonces, al conceder el plazo de dos días para corregir carencias o errores en la propuesta, o al recibir la Comisión Asesora aclaraciones de los oferentes, la Administración deberá evaluar si al hacerlo se comprometen aspectos esenciales de la oferta. Estos serían los requisitos sustanciales del pliego, aquellos que, de acuerdo al Artículo 63 del TOCAF, no pueden ser omitidos y, si así fuera, daría lugar al rechazo de la oferta.

Gordillo (2000, como cita Risso Ferrand, 2011) alerta sobre el riesgo de que un excesivo formalismo termine vulnerando el principio de concurrencia: “la administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado”. De esta forma, Gordillo justifica que se le deba brindar al oferente la posibilidad de sanear vicios de forma o presentar piezas complementarias con posterioridad a la presentación de la oferta, siempre que con ello no se altere el principio de igualdad:

Las exigencias de igualdad cabe sí aplicarlas al objeto o finalidad de la propuesta y de la licitación, o sea debe considerarse que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, a la prestación propuesta (cantidad y calidad, precio, condiciones, etc.). No cabe pues referirlas, o no en la misma medida, a las condiciones meramente formales (garantías, poderes, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.), que debe cumplimentar el oferente con la presentación, las que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas (pp. 381 y 382).

#### 4.4 Motivos y motivación

Los motivos son las circunstancias de hecho y de Derecho, anteriores al dictado del acto, que constituyen su razón de ser objetiva. Acaecida una situación de hecho determinada, la Administración la valora jurídicamente, y en caso de coincidir con el supuesto prevista en la norma, deberá proceder a dictar el acto correspondiente.

No existe discrecionalidad en la apreciación de los motivos; los hechos existen o no, debiendo la Administración actuar en consecuencia, en base a hechos debidamente acreditados.

En caso de que los hechos no existan o que no sean como la Administración expresa, habrá un vicio de nulidad por inexistencia o falta de motivo; en cambio si los hechos

existen, pero no caben en el supuesto previsto por la norma, el acto estará viciado de nulidad por motivos ilegítimos o erróneos. También existirá vicio en los motivos si la Administración aplica el Derecho en forma errónea.

La administración tiene el deber de motivar sus actos, es decir, explicitar las razones de su actuación. A través de la motivación es que se puede controlar la decisión de la Administración y revisar jurisdiccionalmente la legitimidad y razonabilidad de cualquier acto administrativo. El iusfilósofo español Igartúa Salaverría (1998, como cita Coviello, 2016) expresa: “Para mí, pues, la motivación (suficiente) -en cuanto justificatoria de una decisión- es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad. Nada menos” (p. 130).

Este deber de motivación, que integra las garantías del debido proceso, tiene su fundamento positivo en el Artículo 123 del Decreto 500/1991<sup>15</sup>, pero tiene además una raíz constitucional, ya que una motivación adecuada, que garantice al individuo la verdad material y la posibilidad de defensa, es considerada un derecho fundamental alcanzado por el artículo 72 de la Constitución, por ser inherente a la personalidad humana y derivado de la forma republicana de gobierno. Es a través de la motivación que se logra una garantía contra la arbitrariedad de la Administración. La ausencia de motivación deja en evidencia el actuar irrazonable de la Administración.

La ausencia de motivación traerá como consecuencia la nulidad del acto administrativo. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia constante, ha manifestado que la motivación debe ser más exhaustiva en los actos discrecionales que en los reglados. También se ha mostrado más exigente para juzgar la motivación cuando lo resuelto se aparta de los antecedentes, por ejemplo, cuando se realiza una adjudicación en apartamiento de lo aconsejado por la Comisión Asesora de Adjudicaciones<sup>16</sup>.

La motivación debe ser suficiente, congruente y exacta. La *suficiencia* refiere a que no sea una fundamentación escueta o genérica; la sola lectura debe permitir apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto. La *congruencia* implica que debe existir una coherencia entre la parte dispositiva y los motivos invocados y el fin perseguido. La *exactitud* implica que las circunstancias de hecho relacionadas sean verdaderas y que el derecho se aplique en forma correcta.

El Tribunal se ha mostrado flexible en cuanto a admitir que la motivación surja de los antecedentes a los que se invoque, es decir, que no se exige que los motivos estén expresados en el propio acto. Lo que sí resulta inadmisibles es que los fundamentos de la voluntad administrativa se expresen en un momento posterior a su dictado. No se puede corregir omisiones en la explicitación de motivos durante la etapa de impugnación del acto. Al tratarse de un presupuesto, nunca podrá ser posterior al acto. Al respecto Cajarville (1992) es claro: “Todo acto administrativo se dicta en virtud de ciertos presupuestos de hecho y de derecho, que son sus motivos y condicionan su

15 Decreto 500/991 Artículo 123: “Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”.

16 En este caso, al deber general de motivar los actos administrativos del Artículo 123 del Decreto 500/991, se suma lo dispuesto en el inciso 2 del Artículo 68 del TOCAF: “El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones. En caso de apartarse del mismo, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente”.

validez. Esos motivos deben explicitarse al dictar el acto, constituyendo su motivación o fundamentación” (p. 199).

Si bien motivos y motivación son institutos conceptualmente diferentes, es común que se planteen como vicios en forma conjunta, o que se identifiquen en forma equivocada los vicios en uno u otro, lo que, según explica Vázquez (2021), se explica porque “normalmente los vicios en el motivo del acto contaminan la expresión o exteriorización del mismo”.

## 5. Algunos casos prácticos de anulación de adjudicaciones

### 5.1 Anulación por vicios en el procedimiento de compra

Por Sentencia N° 427/2018 de 11 de octubre de 2018, el TCA anuló la Resolución N° 25414/2014 del Ministerio del Interior que autorizaba, a través de una compra directa por excepción, la suscripción de un convenio con la Intendencia de Tacuarembó y una cooperativa de trabajo, al amparo de la excepción establecida en el numeral 15<sup>17</sup>, literal C, artículo 33 del TOCAF. El Tribunal consideró que no fue correcto ampararse en dicha causal que habilitaba la compra directa de víveres frescos existentes en mercados, ferias o directamente a los productores, siendo que lo que se estaba adquiriendo no eran víveres frescos sino secos (harinas). De acuerdo al Tribunal, “la Administración incurre en un evidente error intencionado de encuadre jurídico, con el propósito de sortear la regla de principio de la contratación administrativa mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo, y así poder recurrir al más expeditivo procedimiento de excepción de la compra directa”, violentando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que rigen el procedimiento competitivo<sup>18</sup>. Tanto el Procurador del Estado como el Tribunal expresan que si bien consideran loable la intención de brindar apoyo estatal a cooperativas de trabajo formadas por ex trabajadores de empresas que cerraron, no se cumple con la situación prevista en la excepción, en contradicción con los principios de libre competencia y transparencia, y configurando una situación de abuso de derecho, por no adecuarse al fin debido.

También configura un caso de vicio en el procedimiento el resuelto por Sentencia N° 90/2012, que anuló la Resolución dictada en fecha 10/09/2009 por el Decano de la Facultad de Psicología que adjudicó obras de refacción del local de la Facultad. En el proceso de licitación abreviada se llamó a las empresas a mejorar ofertas, a pesar de que no se daba el supuesto de hecho para este instituto de ofertas similares (diferencia

17 A partir de la aprobación de la Ley N° 19.889 (LUC), la redacción de esta exoneración fue modificada y ahora se encuentra en el numeral 16, literal D del Artículo 33: “La adquisición de alimentos de producción nacional y de víveres frescos por parte del Poder Ejecutivo y los organismos comprendidos en el artículo 220 de la Constitución de la República y los Gobiernos Departamentales, existentes en mercados y ferias y ofrecidos directamente por los productores, considerados individualmente u organizados en cooperativas y con la finalidad de abastecer a sus dependencias.

Cuando la producción o el suministro esté a cargo de cooperativas de productores locales, la provisión se realizará mediante convenios en los que participen los Gobiernos Departamentales.

En cualquier caso, los precios a pagar no podrán superar los precios publicados por la Agencia Reguladora de Compras Estatales para ese producto”.

Esto significa que, con esta redacción, no se hubiera planteado el vicio de nulidad por el que se acabó anulando la adjudicación, ya que agrega a los víveres frescos los “alimentos de producción nacional”.

18 En la misma línea, las sentencias: 428/2018, 437/2018 y 666/2018 que refieren a otros convenios celebrados por el Ministerio del Interior, Intendencias Municipales y Cooperativas para la adquisición de alimentos que no eran frescos.

menor a 5% del precio de la menor). Concluye la sentencia que, no verificándose el criterio cuantitativo para considerar que las ofertas eran similares, y sí la existencia de precios manifiestamente inconvenientes, las herramientas con las que contaba la Administración consistían en rechazar todas las ofertas y luego contratar directamente, o utilizar el instituto de la negociación para alcanzar mejores condiciones con los oferentes precalificados, pero no la mejora de ofertas que es un instituto diferente, con supuestos de aplicación diferentes.

## 5.2 Anulación por apartamiento del pliego

Por Sentencia N° 78/2010 de 25 de febrero de 2010, el Tribunal anuló la Resolución N° 2950/2005 del Ministerio de Turismo y Deporte, que adjudicó una licitación abreviada para la adquisición de un servicio de mantenimiento y funcionamiento de las plazas de deportes de Canelones, por registrarse sustanciales apartamientos del pliego. En la especie, la empresa que resultó adjudicataria no cotizó en la forma que establecía el Pliego -distinguiendo rubros y cotizando cada plaza de deporte en forma individual-, sino que precisó un precio por uno de los ítems y un segundo precio que comprendía todos los demás ítems restantes. Según entendió el Tribunal, esto no permitió a la Administración la imprescindible evaluación del costo presupuestado ítem por ítem y plaza por plaza, lo que resultaba trascendente desde el momento en que el Pliego permitía adjudicar cada ítem por separado.

Por Sentencia N° 29/2020 de 3 de febrero de 2020, el Tribunal anuló la Resolución N° 47/2017 de 16 de junio de 2017 de la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas, que adjudicó un servicio de vigilancia de la Zona Franca de Nueva Palmira, por no observar estrictamente el pliego de condiciones particulares que regía el llamado, vulnerando así el principio de igualdad. La empresa que resultó adjudicataria no presentó el certificado de estado vigente de RENAEMSE, uno de los documentos obligatorios a presentar con la oferta, de acuerdo a las disposiciones del pliego de condiciones particulares. Ante la omisión de la empresa, tanto en el momento de la apertura como en las dos ocasiones posteriores en que se le reclamó al respecto, la Comisión resolvió sustituir la presentación del certificado por averiguaciones y consultas realizadas por la propia Comisión. Se expresa en la sentencia: “al no obtenerse respuesta de la empresa en cuestión a lo solicitado, la Administración varió de posición en forma ilegítima al extralimitarse en una interpretación excesivamente laxa y amplia de un requerimiento concreto y esencial previsto en el pliego licitatorio”.

Por Sentencia N° 648/2011 de 23 de agosto de 2011, el Tribunal por mayoría confirmó la resolución N° 499/2008 de la Gerencia de Suministros de OSE de 28 de noviembre de 2008, dictada en ejercicio de atribuciones delegadas, que adjudicó una licitación. La mayoría del Tribunal entendió que la actora había incumplido un requisito esencial en la presentación de su oferta, lo que inhabilitaba la consideración de la misma, resultando legítima entonces la adjudicación realizada por el ente. El Pliego exigía que las oferentes estuvieran inscriptas en el Registro de Proveedores propio de OSE, de reciente implantación, pero la actora, que había sido proveedora del organismo, estaba inscripta en el registro anterior. En su discordia, la Dra. Sasson consideró que se debió anular la adjudicación, en aplicación del principio de buena administración, en cuanto era más conveniente al interés de la Administración disponer de más oferentes en la

licitación para tener más opciones para realizar un mejor servicio. Entiende que OSE debió haberle dado mayor difusión al cambio de sistema, comunicando a las empresas registradas que debían realizar el nuevo registro. Esta falta de comunicación llevó a que la actora en su buena fe entendiera que continuaba estando registrada.

Por Sentencia N° 128/2018 de 8 de mayo de 2018, el Tribunal anuló, con respecto a uno de los adjudicatarios, la Resolución N° 659/2013 dictada por el Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Industria, Energía y Minería el 23 de octubre de 2013, por la que se adjudicó un servicio de radiodifusión de televisión digital terrestre en el área metropolitana, por constatarse violación a los principios de respeto a los pliegos y de igualdad de trato a los oferentes. La anulación se basó en el incumplimiento por parte de una de las adjudicatarias del requisito consistente en presentar las fuentes de financiamiento en forma conjunta con la propuesta, debiendo incluir información y documentación al respecto. Si bien informes de la URSEC, una Comisión Honoraria Asesora Independiente (CHAI) que se había integrado para estudiar las ofertas y DINATEL habían evaluado negativamente la capacidad económico financiera de la oferente, el informe jurídico del MIEM entendió que la información aportada por la empresa al evacuar la vista aclaraba las dudas que habían surgido, y la empresa fue incluida dentro del grupo de cinco empresas adjudicatarias. El Tribunal consideró que existieron serias omisiones en la propuesta en aspectos sumamente relevantes, como los referidos a la capacidad económica financiera de la propuesta y su viabilidad económica, y que pretender salvarlas en una instancia posterior, ya presentadas y abiertas las propuestas de todos los oferentes, resultó claramente contrario a las normas y principios que rigen los procedimientos licitatorios.

La Sentencia N° 12/2020 de 3 de febrero de 2020, confirmatoria de la Resolución N° 367/3828 de la Administración Nacional de Puertos de 6 de julio de 2016 que adjudicó un servicio integral de limpieza del área terrestre de los recintos portuarios, trata la cuestión de si la falta de alguna de las firmas necesarias invalida la oferta. El Tribunal, apoyándose en las expresiones de Delpiazzo en cuanto “no todo apartamiento de lo requerido por los documentos de la licitación aparejan la inadmisibilidad de las ofertas, sino solamente el apartamiento de aquellas exigencias consideradas sustanciales”, resolvió que la falta de firma ocurrida constituye una “omisión formal, fácilmente subsanable, que no constituye un apartamiento sustancial o esencial descalificante de la oferta presentada, al no alterar materialmente la igualdad de los oferentes de conformidad a lo estipulado en el artículo 65 del TOCAF...”, por lo que resolvió no anular y confirmar el acto impugnado.

En Sentencia N° 525/2015 de 21 de julio de 2015, el Tribunal confirmó la Resolución N° 365 de 28 de junio de 2012 por la que la Cámara de Representantes del Poder Legislativo adjudicó una compra de impresoras digitales, por considerar que el apartamiento de las disposiciones del pliego en que incurrió la adjudicataria, no comprometía requisitos esenciales del llamado. Si bien el pliego no calificaba a los requisitos como sustanciales o no sustanciales, el Tribunal valoró la exigencia omitida en el contexto de la descripción de lo buscado por la Administración. El pliego enumeraba una serie de exigencias técnicas -mínimos exigibles- que la adjudicataria cumplió y que fueron calificadas como sustanciales por el Tribunal. El mismo artículo también exigía “documentar el año de primera presentación del modelo en el mercado internacional, exigiéndose equipos cuyos

modelos hayan sido lanzados al mercado con posterioridad al 01/01/2009”, extremo no cumplido por la adjudicataria. El Tribunal cita a Cajarville (2008) al expresar que:

La consecución del objeto del llamado es el que proporciona el criterio para valorar la esencialidad o sustancialidad de los requisitos o exigencias del pliego y de los apartamientos del mismo, así como la razonabilidad del ajuste de las ofertas a la descripción del objeto por el pliego (Considerando XIII párrafo 6).

La omisión incurrida por la adjudicataria no fue considerada un apartamiento de entidad, capaz de viciar de nulidad el acto de adjudicación.

Este criterio de consecución del objeto del llamado, que sirva para distinguir cuándo un requisito es sustancial o esencial y cuándo se trata de una mera formalidad, fue invocado por el Tribunal en Sentencia N° 216/2018 de 26 de julio de 2018, al anular la Resolución N° 76/14/VIII/2014 de 14 de agosto de 2014 que adjudicó una licitación abreviada para la adquisición de pollos congelados para la Armada Nacional. La Administración había concedido un plazo de 48 horas para que la empresa que resultó adjudicataria subsanara una omisión en la presentación de un Certificado de Habilidad y Registro de Establecimiento, ante lo cual el Tribunal expresa:

La consecución del objeto del llamado tomado como criterio valorativo del requisito omitido, no hace otra cosa que abonar en la dirección señalada; esto es, se trataba de una licitación abreviada para adquirir pollos congelados, por tanto, va de suyo que la especificación de dónde se congelan las aves, no constituye una mera cuestión formal, de forma tal que, cabe concluir que si el ofertante no justificase este extremo requerido por el pliego, es palmario que no hubiera sido el adjudicatario. En el caso, se trata de un requisito cuyo cumplimiento o ausencia decide el llamado (Considerando II, párrafo 23).

El cumplimiento de los requisitos sustanciales debe verificarse al momento de producirse la apertura de las propuestas presentadas. Por esta razón el TCA anuló por Sentencia N° 7/2011 de 3 de febrero de 2011, la resolución del Centro Departamental de Salud Pública de Salto de 17 de octubre de 2006 que adjudicó una compra directa por excepción de un servicio de seguridad y vigilancia, al comprobar que la empresa adjudicataria no cumplía con un requisito de admisibilidad exigido en el pliego. La adjudicataria, a la fecha de apertura, carecía de habilitación vigente expedida por el Ministerio del Interior para prestar servicios de vigilancia.

### 5.3 Anulación por violación al principio de igualdad

Por Sentencia N° 47/2017 de 9 de febrero de 2017, el Tribunal anuló la Resolución N° 4366 de 30 de noviembre de 2012 del Directorio de ASSE, que adjudicaba un servicio de manejo de residuos sanitarios peligrosos a tres empresas, dejando fuera a la actora por no contar con las habilitaciones necesarias. Resultaba de los antecedentes administrativos, según recuenta la sentencia, que ninguna de las empresas, ni la actora ni las adjudicatarias, se ajustaban a las exigencias del pliego. Esto fue observado por la Comisión Asesora de Adjudicaciones, la que recomendó la anulación total de las actuaciones y dejar sin efecto el procedimiento, así como por el Tribunal de Cuentas, el que manifestó que “ninguna

de las firmas cumple con lo establecido en los puntos 7 y 8 del artículo 7 del Pliego de Condiciones Particulares, por lo cual se debió descalificar a la totalidad de las empresas”.

En definitiva, ante una situación sustancialmente igual, la Administración decidió de forma distinta. Consideró criterios disímiles para excluir a una sola de las empresas que no cumplía con el requisito esencial, actuando en forma arbitraria y discriminatoria, en clara violación al principio de igualdad.

En apoyo a esta solución, el Tribunal cita a Marienhoff (1996) cuando expresa que este principio de igualdad está ínsito en la propia esencia del proceso licitatorio y exige que:

desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Todo comportamiento o toda decisión de la Administración Pública efectuado o dispuesto en beneficio de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuado o realizado en beneficio de los otros licitadores u oferentes, quiebra la igualdad que debe regir en la licitación (Considerando IV, párrafo 2 y 3).

#### 5.4 Anulación por vicios en motivos y/o motivación

Si bien por Sentencia N° 483/2015 de 16 de junio de 2015 el Tribunal confirmó por mayoría la Resolución N° 106/2010 dictada por la Unidad Centralizada de Adquisiciones del Ministerio de Economía y Finanzas el 26 de julio de 2010 que adjudicó una adquisición de medicamentos, en voto discordante el Ministro Echeveste consideró que correspondía anular, por existir motivo inexacto, falso o erróneo. Basó su voto en que la adjudicación fue resulta, de acuerdo a la resolución impugnada, en base a los criterios precio y decisión del INCA (Instituto Nacional del Cáncer), pero sin embargo del procedimiento no surge en absoluto que ese informe hubiera existido. Al contrario del resto de la Corporación, consideró que este error resultó trascendente para definir la adjudicación.

El Ministro discordante recuerda a Alberto Ramón Real, para quien:

la fundamentación del acto debe ser exacta, las razones de Derecho deben corresponder a los textos invocados y los hechos deben ser verdaderos. No basta que existan los hechos, sino que se les aprecie correctamente. La Administración debe ser veraz no solo en cuanto a la existencia de los motivos sino también en cuanto a la calificación jurídica y a la subsunción de las situaciones de hecho en el tipo de los conceptos jurídicos indeterminados (párrafo 37 de la discordia).

En la misma línea escribe Cajarville Peluffo (2008), también citado en la referida discordia:

En todo caso, el acontecer de los hechos es una circunstancia exterior, cuya existencia se impone a la Administración objetivamente, desde fuera, de la cual el ejercicio del poder de dictar el acto aparecerá como una consecuencia jurídica. Por lo tanto, en cuanto a la apreciación de la existencia o inexistencia en sí misma de los hechos y su valoración jurídica (legitimidad o ilegitimidad), la Administración no goza de ninguna discrecionalidad. Si los hechos operantes como supuesto normativo, o motivo del acto

administrativo, no existen o no son como la Administración pretende, el acto estará viciado por inexistencia de los motivos. Si los hechos son como la Administración pretende, pero no caben en el supuesto (determinado o indeterminado) de la norma atributiva del poder de dictar el acto, éste estará viciado por ilegitimidad de los motivos (párrafos 39 a 42 de la discordia).

Por último, el Ministro discordante cita a Durán Martínez (2013) con los siguientes términos: “La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido.”

Por Sentencia N° 249/2018 de 9 de agosto de 2018, el TCA anuló la Resolución del Director General de Secretaría del Ministerio del Interior de 22 de abril de 2015, que adjudicó la contratación de un servicio de control de funcionamiento y mantenimiento del sistema de pozos de bombeo, por considerar insuficiente la motivación del acto impugnado. Tanto el informe de la Comisión Asesora de Adjudicaciones como la propia resolución de adjudicación, descartaba la oferta de la actora de forma vaga y genérica, al expresar que ésta “no cumple en su totalidad con lo solicitado en los recaudos del llamado y de la visita de obra”. Es un claro caso de motivación insuficiente: de la lectura de la motivación no surgían las razones determinantes del acto, lo que vuelve imposible su control jurídico.

En ese caso, la Administración pretendió salvar a posteriori el vicio, solicitando informe de la Comisión Asesora de Adjudicaciones luego que la actora recurriera el acto. El Tribunal rechazó esta solución, expresando que es inidónea para sanear el vicio de nulidad:

En este sentido, la Corporación ha sentenciado reiteradamente que la fundamentación del acto puede y debe surgir del acto mismo o de sus antecedentes, no siendo admisible la motivación sucesiva o a posteriori, por cuanto la misma traslada el problema del saneamiento del acto administrativo una vez dictado el mismo; esto es, el vicio de falta de fundamentación del acto, no puede ser saneado posteriormente (Considerando VII, párrafo 11).

Más adelante, el Tribunal recuerda enseñanzas de Marienhoff (1993), en cuanto:

La motivación del acto administrativo consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto; es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. Tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión (Considerando VIII, párrafo 3).

En Sentencia N° 450/2016 de 26 de julio de 2016, el TCA anuló la Resolución N° 101/2013 dictada por el Director del Servicio de Abastecimiento de la Fuerza Aérea el 12 de agosto de 2013, que adjudicó la adquisición de lubricantes y grasas aeronáuticas para la Fuerza Aérea a una oferta notoriamente menos conveniente a los intereses de la

Administración. Al llamado a licitación abreviada se habían presentado dos empresas, una de las cuales, la que resultó a la postre adjudicataria, tenía antecedentes como proveedora de servicios ante el organismo licitante. Resultó de los antecedentes administrativos, que la oferta que tenía mejores precios y plazos de entrega no fue seriamente considerada, sin siquiera efectuarse un examen comparativo de las dos ofertas, por considerar la Administración que existirían problemas de seguridad y de costos al cambiar de marca de aceites. De acuerdo al Tribunal, “no existe ni someramente un cuestionamiento a la aptitud o calidad de los productos ofertados por la actora, además de que los factores precio y plazo de entrega no fueron siquiera ponderados (en ningún porcentaje)”. Se tomó como factor definitorio el de los antecedentes, que de acuerdo al pliego debía ponderarse en un 10%. En su voto el Ministro Gómez Tedeschi expresa:

La referencia al eventual problema, tanto de mantenimiento de las aeronaves o de abastecimiento de los nuevos productos, resulta -por escueta y vaga- insuficiente para definir la adjudicación. Además, no se sostiene en dato de la realidad o técnico, que pueda ser apreciable ni siquiera por prueba pericial; mientras que, la prueba testimonial rendida en autos, decididamente apunta a lo contrario... (Considerando XI, párrafo 2)

De estas palabras resulta claro que la motivación fue insuficiente, en vista de la vaguedad del informe técnico en que se fundó la adjudicación, pero que, además, existió error en los motivos, por no resultar probados los hechos en que se fundó la decisión. La administración tiene el deber de expresar los motivos, y, además, estos deben ser los reales. En definitiva, la Administración se apartó de la oferta más conveniente, y al hacerlo actuó de manera arbitraria, ya que no lo hizo en forma razonable y debidamente fundada, lo que configura una hipótesis de ilegitimidad.

230

## 6. Análisis de los datos relevados

En el periodo comprendido entre enero de 2010 y julio de 2023, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó 11.315 sentencias, suma en la que se incluyen sentencias que resuelven incidencias del proceso. De estas 11.315 sentencias, 148 resolvieron sobre solicitudes de acciones de nulidad de adjudicaciones de compras administrativas, 111 confirmando el acto y las restantes 37 anulándolo. Como podemos ver en la Figura 1, una alta mayoría de las demandas presentadas al Tribunal, un 75%, son desestimadas, mientras que sólo un 25% son amparadas. La Tabla 1 nos muestra la cantidad de confirmaciones y anulaciones por año, dentro del período considerado.

Figura 1. *Porcentaje de confirmaciones y anulaciones de adjudicaciones - período 2010 a 2023.*

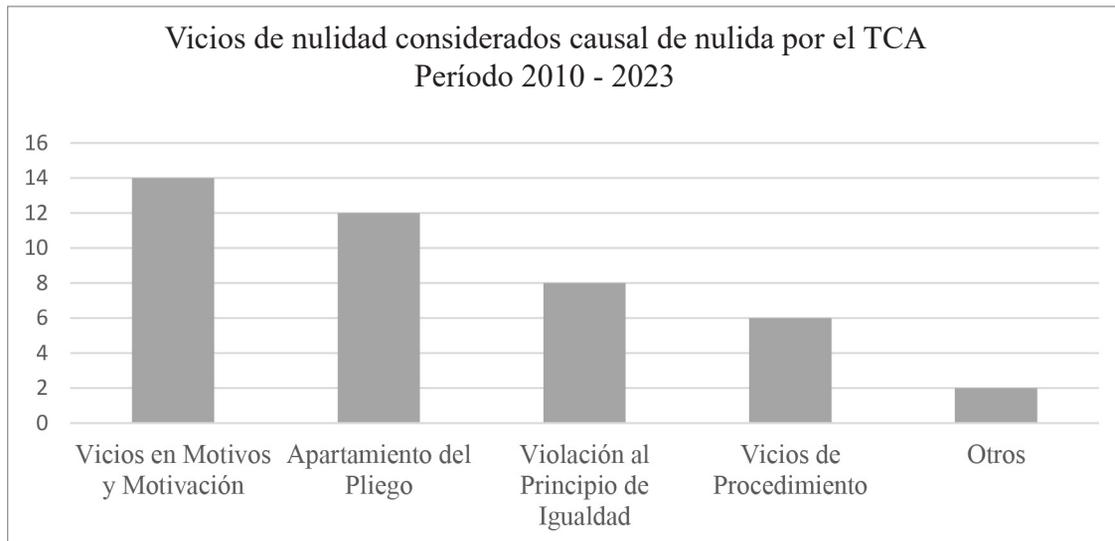


Tabla 1. *Cantidad de sentencias confirmatorias y anulatorias por año.*

Año	TCA confirma	TCA anula
2010	8	2
2011	8	1
2012	8	4
2013	13	1
2014	4	1
2015	9	2
2016	7	2
2017	14	5
2018	4	10
2019	9	4
2020	10	2
2021	2	2
2022	8	1
2023	7	0

Analizados los fundamentos que brinda el Tribunal al anular una adjudicación, se elaboró la Figura 2, que recoge los vicios más comunes. Estos son, en su orden: 1) Vicios en los motivos y/o motivación (14 casos); 2) Apartamiento del Pliego (12 casos); 3) Violación al principio de igualdad (8 casos); 4) Vicios de procedimiento (6 casos); 5) Otros (2 casos de violación al principio de informalismo en favor del administrado). El total de agravios aceptados por el Tribunal y reflejados en la Figura 2 (42) supera la cantidad de sentencias anulatorias del período (37), porque varias de ellas acogen más de un agravio.

Figura 2. *Discriminación de agravios aceptados por el TCA para la anulación de adjudicaciones.*



Algunas circunstancias fácticas que, según el criterio del Tribunal, ameritaron acoger la demanda, fueron:

1. *Vicios en motivos y motivación:*

- Error en la interpretación de la oferta.
- No especificar razones de los puntajes otorgados a la oferta.
- Utilizar fórmulas vagas para descartar ofertas.
- No motivar apartamiento del dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones.

2. *Apartamiento del pliego:*

- Adjudicataria omitió requisitos esenciales como certificados habilitantes.
- Adjudicataria modificó condiciones esenciales como el plazo de contrato en la oferta.
- Administración exigió cumplimiento de requisitos no especificados en el Pliego.
- Adjudicataria cotizó de forma diferente a la requerida en el Pliego.
- Adjudicataria no obtuvo el puntaje mínimo requerido en el Pliego.
- Adjudicataria presentó antecedentes de otra empresa.

3. *Violación al principio de igualdad:*

- Aplicar diferentes criterios de valoración de ofertas.
- Permitir modificar la oferta técnica en etapa de mejora de ofertas económicas.
- Permitir agregar información sustancial luego de la apertura de ofertas.

4. *Vicios de procedimiento:*

- Realizar compra directa por excepción cuando correspondía procedimiento competitivo.
- Llamar a mejora de ofertas sin que se diera el supuesto de ofertas similares.

## 7. Conclusiones

La adjudicación es el acto que dicta la Administración, en la figura del ordenador de gasto competente y en ejercicio de función administrativa, por el cual selecciona la que considera ser la oferta más conveniente, poniendo fin al procedimiento competitivo de compras. Genera un derecho subjetivo a favor del adjudicatario y el correlativo deber jurídico de la Administración de contratar con éste y no con otro proveedor.

Es un acto típicamente discrecional, lo que no significa arbitrario, por cuanto la Administración debe actuar razonablemente y de buena fe, encontrando límites en la regularidad del procedimiento, respeto de igualdad de los oferentes y la motivación adecuada y suficiente del acto de adjudicación.

Agotada la vía administrativa, la adjudicación estará sujeta a la revisión jurisdiccional por el TCA, órgano competente según el Artículo 309 de la Constitución para resolver acciones de nulidad contra actos administrativos dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o violando una regla de derecho. El control de regularidad que realiza el Tribunal refiere a cuestiones de legitimidad -ajuste a las reglas de derecho- y no de mérito -oportunidad o conveniencia-. La acción de nulidad está reservada al titular de un derecho subjetivo o de un interés personal, directo y legítimo. El Tribunal confirma o anula el acto de adjudicación; nunca puede reformarlo. El licitante frustrado que logra una anulación en vía jurisdiccional no es puesto en el lugar del adjudicatario. La sentencia anulatoria no implica que la adjudicación debió hacerse a su favor, sino que se debieron cumplir las formalidades del procedimiento licitatorio en forma regular.

En nuestro sistema de compras estatales de restricción, la Administración debe seguir los procedimientos y reglas de selección de cocontratantes establecidos en el TOCAF, cuyo Artículo 33 indica que como regla general se deberá contratar mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, con algunas excepciones de carácter cualitativo y cuantitativo. Contratar directamente cuando la ley exige el cumplimiento de un procedimiento competitivo, priva a los otros proveedores de la posibilidad de competir y resultar adjudicatarios, mientras que la Administración pierde la oportunidad de obtener mejores precios y condiciones.

La anulación de adjudicaciones por parte del TCA se da en situaciones muy excepcionales, de vicios suficientemente relevantes, en el entendido que la adjudicación es una expresión de la discrecionalidad de acción de la Administración y que la anulación es una consecuencia severa. En los últimos años trece años, el Tribunal anuló apenas un 25% de las adjudicaciones impugnadas. Los agravios acogidos fueron principalmente, y en su orden, vicios en los motivos y/o motivación, apartamiento del pliego, violación al principio de igualdad y vicios de procedimiento.

Una clara y razonable redacción de pliegos resulta fundamental a la hora de determinar el éxito del procedimiento. Así se logra la presentación de un buen número de ofertas -principio de concurrencia-, de entre las cuales la Administración puede elegir la más conveniente, respetando el cumplimiento del pliego y la igualdad entre oferentes.

Se deberá cuidar especialmente: no otorgar plazo para subsanar requisitos considerados esenciales en el pliego; no exigir requisitos no previstos en el pliego; no dar beneficios a un oferente en detrimento de los demás; motivar suficientemente la adjudicación sin utilizar fórmulas vagas y explicando los puntajes otorgados.

## Referencias bibliográficas

- Boulin Victoria, I.A. (2014). *Decisiones Razonables*. Buenos Aires: Editorial Marcial Pons.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1995). *Dos estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo: Editorial Universidad Ltda.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1992). *Procedimiento administrativo*. Montevideo: Ediciones Idea.
- Cajarville Peluffo, J.P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo. Tomo II*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J.P. (1999). Sobre procedimientos de contratación de la Administración. En *Anuario de Derecho Administrativo Tomo VII*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassagne, J.C. (2008). *La discrecionalidad administrativa*. [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_discrecionalidad\\_administrativa.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf)
- Coviello, P.J.J. (2016). *La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-coviello-motivacion.pdf>
- Delpiazzo, C.E. (2019). *Contratación administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E., Delpiazzo Antón G. y Veloso Giribaldi, N. (2020). *Contratación Administrativa. Modificaciones introducidas por la LUC N° 19.889 de 9 de julio de 2020*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. (2005). Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa. En *Anuario de Derecho Administrativo Tomo XIII* recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 1109 y sig.)
- Durán Martínez, A. (1999a). *Casos de Derecho Administrativo. Volumen I*. Montevideo: Editorial jurídica del Uruguay Eduardo Esteva.
- Durán Martínez, A. (1999b). Desviación, abuso y exceso de poder. En *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*, recopilado en *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 251 y sig.)
- Echevarría Petit, J.L. (2002). Acerca de la adjudicación en la licitación pública. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo Año I N° 1* (pp 107 a 118).
- Echevarría Petit, J.L. (2021). *Guía de mejores prácticas en la contratación de obras*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Gamarra, J. (1993). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo XI*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Mantero, E. (2003). Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Mantero-Perfeccionamiento-del-contrato-y-responsabilidad-estatal-en-el-procedimiento-licitatorio.pdf>

- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Meilán Gil, J.L. (2011). *El acto administrativo como categoría jurídica en Vázquez Pedrouzo, M.C. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria
- Real, A.R. (1977). Licitación pública. Adjudicación y contrato. Vicios. En *La Justicia Uruguaya Tomo 76 y recopilado en: Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 1225 y sig.).
- Risso Ferrand, M. (2011). Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay. Con especial referencia al principio de igualdad y principio del respeto del pliego. En Vázquez Pedrouzo, M.C. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (1940). *La Licitación Pública*. Montevideo: Librería del Colegio.
- Sayagués Laso, E. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, 10ª Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vázquez, C. (2021). *Presupuestos y elementos del contrato administrativo*. Montevideo: La Ley Uruguay. Cita Online: UY/DOC/496/2021
- Veloso Giribaldi, N. (2018). Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente por contratar directamente cuando debió llamar a un procedimiento competitivo. En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 34*. (pp. 111-134).

## Bibliografía

- Brito, M. R. (2004). *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad – prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Cassagne, J.C. (2008). *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*. [http://cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_prohibicion\\_de\\_arbitrariedad\\_y\\_el\\_control\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa\\_por\\_el\\_poder\\_judicial.pdf](http://cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf)
- Comadira, J.P. (2021). Los principios específicos de la licitación pública: igualdad, concurrencia y publicidad. en Vázquez, C. y Ruocco, G. (Coordinadoras) *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Emérito Dr. Carlos E. Delpiazzo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (pp. 815 y sig.)
- Delpiazzo, C.E. (2002). *Normas y principios de la Contratación Administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. (2013). *Renovación de la Contratación Administrativa*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C.E. y Ruocco, G. (2013). *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración. Tomos I y II*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Durán Martínez, A. (2012). Control jurisdiccional de la actividad administrativa. En *Estudios de Derecho Administrativo N° 5*, recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp. 577 y sig.)

- Durán Martínez, A. (2014). El contrato administrativo en Uruguay, en *Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* N° 12 (pp 117 y sig.)
- Flores Dapkevicius, R. (2011). *Jurisprudencia seleccionada y comentada sobre Contratación Administrativa*. (3° ed.) Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.
- Flores Dapkevicius, R. (2022). *La acción de nulidad de los actos administrativos* (4ª ed.) Montevideo: Editorial Tradinco.
- Giorgi, H. (2009). El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya. Publicado en *La Justicia Uruguaya. Doctrinas Magistrales. Tomo I*, y recopilado en *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 229 y sig.)
- Lorenzo, S. y Payssé, M.S. (2000). Problemas actuales en las licitaciones públicas. En *Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (p. 119 y siguientes).
- Ruocco, G. (2012). Enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa. En *Estudios de Derecho Administrativo* N° 5, recopilado en: *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Tomo II*. Montevideo: La Ley Uruguay (pp 597 y sig.).
- Sánchez Carnelli, L. (1988). Adjudicación, vicios, impugnación. En *Contratación Administrativa. Curso de Graduados 1988. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sapolinski, J.R. (2000). Vicios de la contratación administrativa. En *Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. (p. 81 y siguientes).
- Vázquez, C. (2018). *Fuentes del Derecho Administrativo. Mirada actual desde la teoría y la práctica*. Parte III. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vignone, C. y Carbajal, N. (2015). *Procedimientos de contratación administrativa. TOCAF 2012*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández.







## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**CHIARA CARLEVARO D'ALESSANDRO**

Lockout: la contrapartida de la huelga

Breve análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial del cierre patronal  
y la huelga en el derecho uruguayo y comparado.



Chiara Carlevaro D' Alessandro

Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay)

ccarlevaro@correo.um.edu.uy

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7538-0840>

Recibido: 28/10/2023 - Aceptado: 24/11/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Carlevaro, Ch. (2023). Lock out: la contrapartida de la huelga. Breve análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial del cierre patronal y la huelga en el derecho uruguayo y comparado. *Revista de Derecho*, 22(44), 241-258. <https://doi.org/10.47274/DERUM/44.10>

## Lockout: la contrapartida de la huelga

### Breve análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial del cierre patronal y la huelga en el derecho uruguayo y comparado

241

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es desarrollar y comparar las figuras del lockout y la huelga tanto en el derecho uruguayo como en el derecho comparado. Se desarrollará brevemente la perspectiva histórica que contextualiza al lockout. Adicionalmente, se analizará cuestiones fundamentales de ambas figuras como lo son los conceptos, finalidad perseguida, fundamento, regulación en el derecho uruguayo, modalidades y efectos, además de su respectiva recepción jurisprudencial y doctrinaria.

**Palabras claves:** Lockout, cierre patronal, huelga típica, huelga atípica.

## Lockout: the counteraction vis-à-vis strikes.

Brief analysis of legal provisions, scholars' opinions and case-law on lockouts and strikes in the Uruguayan and foreign legal systems

**Abstract:** The purpose of this paper is to explain and compare the lockout and the strike both in the Uruguayan legal system and in foreign jurisdictions. A brief historical background that contextualizes the lockout is included. Fundamental aspects regarding both are also analyzed, including their concepts, purpose, basis, and regulation in the Uruguayan legal system, modalities and effects, as well as their respective reception by legal scholars and courts.

**Keywords:** Lockout, temporary business closure by employers, typical strike, atypical strike.

242

## Bloqueio: a contrapartida da greve

Breve análise normativa, doutrinária e jurisprudencial do lockout e da greve no direito uruguaio e comparado

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é desenvolver e comparar os números do lockout e da greve tanto no direito uruguaio como no direito comparado. A perspectiva histórica que contextualiza o lockout será brevemente desenvolvida. Adicionalmente, serão analisadas questões fundamentais de ambas as figuras, como os conceitos, finalidade perseguida, fundamento, regulamentação no direito uruguaio, modalidades e efeitos, além de sua respectiva recepção jurisprudencial e doutrinária.

**Palavras-chave:** Lockout, greve típica, greve atípica.

## 1. Introducción

Hoy en día no se discute que el derecho de huelga en Uruguay es un derecho fundamental del cual es titular todo trabajador. El mismo, no solo encuentra regulación legal, sino que también se consagra en el artículo 57 de nuestra Carta Magna. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la importancia de la huelga sosteniendo que el derecho de huelga es uno de los medios fundamentales que poseen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales.

Sin embargo, existe un derecho equiparable al de la huelga que no goza ni de regulación del mismo rango ni de la misma popularidad. Este derecho que se presenta como la contracara de la huelga es el derecho de lockout o cierre patronal que se traduce en el derecho del empleador de cerrar la empresa y no suministrar trabajo. Claramente el empleador no posee derecho a ejercer la huelga, no obstante, sí posee esta facultad que le permite defender sus intereses.

Ambas figuras interactúan de forma constante formando parte de la dinámica del derecho colectivo de trabajo tanto en Uruguay como en el resto del mundo. Son dos caras de la misma moneda, pero con diferencias en su ejercicio.

En consideración de lo anterior, este trabajo busca analizar ambas figuras procurando revisar (i) sus correspondientes conceptos, (ii) su fundamento y finalidad, (iii) el régimen normativo que las rige, (iv) las modalidades que presente cada una, (v) los efectos de su ejercicio, (vi) la recepción jurisprudencial, y (vii) derecho comparado.

## 2. Perspectiva histórica del lock-out

Durante el transcurso de la historia han existido grandes cierres patronales a modo de reacción ante las medidas huelguistas de los trabajadores. La función principal que persiguieron, y persiguen, es persuadir una huelga o, en definitiva, evitarla.

Quizás el primer cierre patronal sea el que ocurrió en Australia en los años 1929 y 1930, calificado como el conflicto laboral más violento en la historia del país.

A principios de 1929, el Tribunal de Arbitraje de Australia confirmó la decisión de aumentar la jornada de trabajo de 44 a 48 horas semanales. Esto provocó una ferviente resistencia por parte de la clase trabajadora que se caracterizaba por tener un alto grado de sindicalización. En junio de 1929, la semana de 48 horas de trabajo se convirtió en la regla para todos los sectores de la industria.

A este contexto crítico de disconformidad laboral se le sumó que Australia se encontraba atravesada por los efectos del desempleo, caída de los precios de las exportaciones y el agotamiento del crédito financiero internacional. Esta situación afectó directamente las ganancias de los grandes empresarios, llevándolos a adoptar medidas autorizadas por "Northern Collieries Proprietors Association", tales como la reducción de turnos y recortes salariales.

El 1 de marzo de 1929, mientras se llevaban a cabo negociaciones sobre el recorte salarial entre los diferentes agentes, John Brown<sup>1</sup> impuso un cierre patronal masivo (no previsto por el ordenamiento jurídico) a los trabajadores de las minas de carbón del Distrito Norte de Nueva Gales del Sur. Sin embargo, a pesar de la intensa fuerza de los trabajadores para procesar a John Brown por la realización de un cierre patronal ilícito prohibido en el ordenamiento, sus intentos no fueron exitosos.

A finales de 1929, el gobierno declaró que el hecho de que existiera presencia de trabajadores del área de mantenimiento en la mina de Rothbury significaba el fin del cierre patronal. Los trabajadores se negaron a retomar la actividad con salarios reducidos y la consecuencia fue que se los consideró en huelga. Poco tiempo después, 350 trabajadores no adheridos a las medidas de conflicto se propusieron a trabajar en la mina.

El 16 de diciembre de 1929, cuatro mil trabajadores del sector minero marcharon para detener el uso de trabajadores esquiroleros. La manifestación dejó un muerto y muchos otros resultaron gravemente heridos.

En mayo de 1930, la mina de Rutbury fue abierta nuevamente, lo que llevó a la Federación de Mineros a aceptar el recorte salarial del 12,5 por ciento.

Otro cierre patronal relevante en la historia fue, sin lugar a duda, el paro de los camioneros, el cual tuvo lugar en Chile en el año 1972. Fue un paro patronal que surgió como medida de presión contra el gobierno de la Nación encabezado por el entonces presidente Salvador Allende.

La medida se puede contextualizar en una importante crisis económica que atravesaba el país, además de ciertos rumores de estatización de empresas de transportes. Esto motivó a la Confederación Nacional de Dueños de Camiones a realizar un paro indefinido, afectando gravemente el proceso de distribución de mercaderías.

El gobierno tomó acciones legales contra los organizadores del paro, el cual fue calificado por las autoridades como político e ilegal. En respuesta a estas acciones los camioneros bloquearon las rutas principales del país, provocando la declaración de Estado de emergencia tras el desabastecimiento económico y de alimentos en la sociedad.

El paro contó con la adhesión de diversos sectores de la población y perduró durante varios días, obteniendo como resultado el fallecimiento de camioneros producto de diversos incidentes.

La tensión no disminuyó hasta luego de la conformación de un nuevo gabinete de gobierno.

A nivel nacional, existe un lockout que resulta relevante en la historia uruguaya y es el cierre patronal promovido por la Confederación patronal de Transporte de Carga el cual se desarrolló en el año 2006. En octubre de 2006 la Confederación Patronal del Transporte de Carga, propietarios de taxis y las cámaras empresariales agropecuarias llevaron a cabo un lockout indefinido como forma de protesta en respuesta a la medida del gobierno de aumentar el precio del combustible.

El paro duró 48 horas, dejando 20.000 camiones paralizados y bloqueando dos de los tres ingresos al puerto de Montevideo.

1 John Brown, también conocido como "El Rey del Carbón", fue Director General de J&A Brown, empresa familiar líder en la industria minera con más de 2500 trabajadores a cargo.

La persistencia de diferentes asociaciones y de medios de comunicación, condujeron a que el gobierno decrete la esencialidad del servicio de transporte de carga y la actividad portuaria.

Los empresarios desistieron de la medida, pero negociaron una diferencia positiva de dinero a favor de la empresa a efectos de contrarrestar el perjuicio provocado por el aumento del gasoil.

Se considera uno de los cierres patronales más importantes en la historia uruguaya, ya que a través del mismo se logró demostrar la fuerza patronal de los sectores involucrados.

### 3. Lockout en el Derecho Uruguayo

#### 3.1 Concepto

El empleador no tiene derecho a llevar a cabo una huelga, sin embargo, posee la titularidad del derecho que se presenta como contrapartida de la huelga: el cierre patronal.

Es común encontrar al cierre patronal denominado también como lockout, por su nombre en inglés, que podría traducirse como “cerrar y dejar fuera”, sin perjuicio de otras expresiones en idioma español muy utilizadas como cierre empresarial, cierre patronal, paro patronal o simplemente cierre.

El lockout es la actitud del empleador de, ante una huelga o situación de enfrentamiento con los trabajadores, clausurar voluntaria y unilateralmente el establecimiento o, aún sin hacerlo, deja de aceptar el trabajo ofrecido por sus dependientes. El cierre temporal de la empresa produce la imposibilidad para el trabajador de realizar la actividad para la cual se lo contrató y por consiguiente de cobrar el sueldo correspondiente.

Por otro lado, la OIT (Organización Internacional del Trabajo) reconoce al lockout como “una medida de lucha que tiene el empleador, aunque no es el más utilizado debido a sus altos costos económicos”.

La figura del lockout no solo refiere al supuesto de cierre de la empresa por parte del empleador, sino que también comprende el supuesto en que el empleador, aun manteniendo la empresa abierta, suspende el trabajo y ya no da trabajo a sus empleados.

Se trata de un derecho cuya titularidad puede ser ejercida únicamente por empleadores, a diferencia de la figura típica de la huelga, la cual es ejercida sólo por trabajadores.

#### 3.2 Fundamento y finalidad

La razón que legitima al empleador a verse posibilitado del cierre de la empresa por decisión unilateral es el poder de dirección que el mismo posee sobre ella, como consecuencia de ser quien soporta los riesgos del negocio que gestiona. Si bien no existe una norma general y expresa que regule el poder de dirección, De Buen Lozano y Morgado Valenzuela (1997, p. 405-419) afirman que consiste en “la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de éstos, de ordenar la empresa conforme a sus necesidades específicas de orden técnico, funcional, económico y conforme a los requerimientos de la producción”.

Matías Pérez del Castillo (2020) enseña que existen diversas posturas que fundamentan el poder de dirección del empleador. Por un lado, la contractualista argumenta que el derecho de dirigir la empresa por parte del empleador surge concretamente del contrato de trabajo. Otra tesis, institucionalista, entiende que una empresa es una organización de personas que desarrollan una idea y que inherentemente poseen la potestad de desarrollar esta idea conforme a sus convicciones, aunque con determinados límites. Existe una tercera postura, la cual introduce la idea que el poder de dirección se funda en tres aspectos: la facultad del empleador de especificar el crédito emergente del contrato de trabajo, del carácter de “coordinador y responsable” de la comunidad laboral que posee y del reconocimiento que hace el Estado, por estar en juego el bien común de la sociedad.

Al igual que los trabajadores disponen de diversas medidas de conflicto o medios de presión para promover y defender sus intereses y reivindicaciones, todo empleador posee el derecho a decretar el cierre de la empresa por su libre voluntad.

El lockout también puede defenderse en la búsqueda por mantener la seguridad, el orden o en la defensa de la legítima defensa del derecho violentado por el ejercicio de una huelga.

Por otro lado, la finalidad que generalmente persigue el empleador para llevar a cabo esta medida es una finalidad de lucha sindical, ya que el cierre patronal está casi siempre vinculado a la defensa por parte del empleador a una medida de huelga propuesta por los trabajadores. El objetivo perseguido puede ser variado y puede responder a motivos socio políticos, al intento de poner fin a conflictos existentes entre las partes y a la imposición de condiciones laborales a los trabajadores, entre otras motivaciones. Si bien la respuesta a una medida de presión social impuesta por la parte trabajadora resulta la aplicable en la mayoría de los casos, existen otros motivos que mueven al empleador a tomar la decisión de cerrar la empresa, entre ellos, ejercer presión sobre el gobierno.

Gari y Pérez del Castillo (2012) sostienen que estamos ante “una medida de respuesta o de prevención, especialmente cuando existan anormalidades colectivas graves que pongan en peligro valores relevantes o en general, se trate de medidas de acción sindical que presenten notas tachables por antijurídicas o que impliquen un desborde del derecho o huelga” (p. 237).

### 3.3 Regulación en el derecho uruguayo

El cierre patronal no posee regulación constitucional en el derecho uruguayo, sin embargo, sí posee regulación de rango legal en la Ley 13.720.

#### 3.2.1 Constitución de la República Oriental del Uruguay

El artículo 57 de la Constitución Uruguaya no menciona expresamente al cierre patronal, sino que se habla de “huelga”. La huelga y el lockout son figuras distintas, aunque estrechamente vinculadas. Este vacío constitucional llevó a la discusión de si esto vuelve ilegítimo el lockout. Sin embargo, la doctrina, como el Dr. Ermida Uriarte, ha concluido que bajo ningún término el silencio constitucional constituye una traba para el ejercicio del mismo. No deviene ilícita la figura, simplemente no gozará de protección constitucional, como sí lo hace la huelga.

### 3.2.1 Ley 13.720

La ley 13.720 regula el cierre patronal junto con la huelga. En el artículo tercero establece que ninguna medida de huelga o "lockout" será considerada lícita si el problema que la origina y la decisión de recurrir a tales medidas no han sido planteados con no menos de siete días de anticipación a la Comisión. Regula ambas figuras de forma conjunta y similar.

La ley presenta un vacío en cuanto a cuándo es lícito el lockout para el empleador. De una interpretación estricta podría entenderse que sería lícito siempre que exista una comunicación anticipada de por lo menos 7 días al órgano encargado de intentar la conciliación entre las partes del conflicto colectivo. Sin embargo, esto no es así. Si bien no se sabe con precisión la procedencia lícita del lockout, sí se conocen límites que lo devienen ilícito, como lo es el incumplimiento del preaviso y su procedencia ante el ejercicio lícito de la huelga.

### 3.4 Modalidades

Existen principalmente dos modalidades o tipos de lockout: ofensivo y defensivo. Mientras que lo que motiva el cierre patronal ofensivo es una medida de presión preventiva y ofensiva por parte del empleador, en el defensivo la motivación radica en una medida de presión llevada a cabo por los trabajadores, como por ejemplo una huelga.

El lockout ofensivo, o también llamado agresivo, es aquel que tiene como finalidad producir un conflicto colectivo. Es el supuesto en que sin la existencia de una huelga, el empleador toma la decisión de cerrar la empresa. Por el contrario, el lockout defensivo es la hipótesis de cierre patronal ante la existencia de una medida de conflicto por parte de los trabajadores o aún sin ella, existe una causa razonable en la que se funda el cierre. La medida de conflicto que genera la defensa del empleador puede consistir en una modalidad típica de huelga o también frente a modalidades "atípicas" de huelga. Esta segunda modalidad funciona como poder de policía para asegurar la integridad de las personas y bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo.

### 3.5 Efectos del ejercicio del lockout

El cierre patronal implica que el empleador deja de cumplir con su obligación principal de pagar los salarios y con su obligación accesoria de suministrar trabajo e instrumentos necesarios para llevar la actividad a cabo.

Resulta necesario analizar diferentes cuestiones en relación con los efectos del ejercicio del lockout: mora del acreedor, la situación del trabajador frente a un lockout ilícito y la situación del trabajador ante un lockout lícito.

#### *Mora del acreedor*

El cierre patronal, como se ha desarrollado anteriormente, puede estar motivado por el inicio de una huelga, siendo el cierre la reacción del empleador (lockout defensivo). En esta hipótesis el cierre patronal puede entenderse como una falta de colaboración con los trabajadores no adherentes a la huelga, quienes siguen poniendo a disposición del empleador su mano de obra, pero la cual resulta insuficiente para la continuación normal de la actividad de la empresa.

En este marco se plantea el derecho de los no huelguistas al cobro de los salarios caídos. Es importante mencionar que jamás el lockout implica la pérdida de salario para los huelguistas, en tanto los mismos no se encuentran prestando trabajo y la consecuencia es la suspensión de la contraprestación. Para el ejercicio de su derecho al cobro de estos salarios, los no huelguistas deberán solicitar la colaboración del empleador para con los trabajadores mediante una intimación. Sin embargo, para que proceda este derecho es necesario que la negativa de colaboración sea injustificada ya que de poseer el empleador una causa extraña que no le es imputable (artículo 1342 Código Civil), se ve exonerado de responsabilidad. Se reputa por causa extraña: caso fortuito, fuerza mayor y excepción del contrato no cumplido. Adicionalmente de las mencionadas, se puede agregar el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

La causa extraña presenta un desafío para el empleador debido a que se trata de una imposibilidad objetiva, como lo sostiene la jurisprudencia uruguaya. El empleador debe realizar un esfuerzo calificado como excepcional para cumplir, y sólo habrá imposibilidad absoluta cuando se enfrente a un obstáculo que la fuerza humana no es capaz de superar. Se entiende que existe responsabilidad objetiva cuando esta imposibilidad se presenta frente no solo al deudor, sino que ante cualquier otra persona.

Cabe preguntarse si la huelga constituye imposibilidad objetiva para el empleador y por tanto lo legitima al cierre de la empresa. La doctrina uruguaya mayoritaria entiende que para que la huelga constituya una justa causa para reaccionar se requiere que impida la prestación y además que no haya sido provocada por culpa del empleador. No todos los tribunales adoptan esta misma solución. Muchos otros, como Francia, son más severos con el empleador, entendiendo que la huelga no constituye un eximente de responsabilidad para el pago de salarios caídos ya que la huelga no es imprevisible, en el sentido que tenía conocimiento de la misma. Para que se configure el eximente se requiere un estándar exigente de buen hombre de negocios: haber hecho todo lo que se encuentre bajo su poder para evitar o finalizar la huelga.

### *Situación del trabajador frente a un lockout ilegítimo*

En caso de que el cierre traspase los límites del preaviso o se trate de una reacción contra el ejercicio lícito de la huelga, el trabajador podrá optar entre darse por indirectamente despedido o la suspensión del contrato.

En caso de que un trabajador, como consecuencia del cierre patronal, se diera por indirectamente despedido y reclamare judicialmente la indemnización correspondiente, el empleador, una vez probado el carácter ilícito de la alteración, deberá responder por su incumplimiento mediante el pago debido de dicha indemnización, el cual la jurisprudencia fija como doble de la común.

Si, por el otro lado, se optase por la suspensión del contrato, el trabajador tendrá derecho al cobro de salarios caídos.

### *Situación del trabajador frente a un lockout lícito*

El ejercicio legítimo del cierre patronal por parte del empleador no genera responsabilidad. Por un lado, los trabajadores no podrán darse por indirectamente despididos reclamando una indemnización especial, y por otro, no se genera la obligación de responder por los salarios caídos.

## 4. La huelga en el Derecho Uruguayo

### 4.1 Concepto

La huelga constituye una figura ampliamente definida tanto por la doctrina nacional, como internacional.

Oscar Ermida Uriarte (1999) conceptualiza la huelga como toda omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta, o como alteración colectiva del trabajo con el objetivo de autotutela, brindando un concepto amplísimo de la figura, lo que lleva a la doctrina a precisarla.

Por otro lado, Plá Rodríguez (1989) enseña que la huelga implica la suspensión del contrato de trabajo, quedando consecuentemente en suspenso la prestación del servicio, por una parte, el pago de la remuneración por otra y los poderes de contralor y dirección sobre los trabajadores.

Santiago Pérez del Castillo (1993) también contribuyó con la definición de huelga, entendiéndose como la abstención transitoria de la prestación de los servicios habituales por una actitud concertada y colectiva de un grupo de trabajadores con el fin de promover un interés profesional.

Si bien la doctrina no llega a un consenso sobre cómo conceptualizar la huelga, existe un elemento que se repite en todas las definiciones: el concierto colectivo de los trabajadores de no trabajar o alterar la forma de trabajo. No cabe duda que el elemento colectivo es indispensable, pero no significa que el derecho de la huelga sea un derecho de titularidad colectiva. La postura doctrinaria mayoritaria, liderada por Plá Rodríguez, entiende que si bien es necesario para el ejercicio de la huelga la interrupción concertada de la prestación de trabajo por un grupo de trabajadores, el titular de este derecho es de cada uno de los trabajadores entendidos individualmente. La huelga es de titularidad individual ya que cada trabajador es libre de decidir si adherirse o no a una huelga, pero de ejercicio colectivo ya que resulta impensado y en vano el ejercicio de una huelga desarrollada por un trabajador aislado.

### 4.2 Fundamento y finalidad

Los trabajadores disponen de varios medios de presión o medidas de conflictos para promover sus intereses y reivindicaciones y proteger las conquistas logradas. Por un lado, los trabajadores podrán recurrir como medio de presión a la libertad de expresión y reunión, pudiendo emitir comunicados, folletos, carteles y más. Por otro, podrán adoptar medidas de suspensión del trabajo o de alteración del mismo. La medida de conflicto y medio de presión más corriente en Uruguay es, sin dudas, la huelga.

Tal como sostiene Ermida Uriarte, la huelga es un instituto típico del Derecho colectivo que permite efectivizar la autotutela laboral y la libertad sindical. A través de la huelga trabajadores con intereses en común se unifican para poder llevar a cabo sus reivindicaciones de forma más efectiva. Únicamente a través de la colectividad es que la huelga cobra efectividad. La finalidad que se persigue mediante el ejercicio de una huelga es clara: ejercer presión a través de su carácter de reivindicación. Las reivindicaciones que se buscan a través de la huelga no siempre son de carácter laboral, aunque sí resultan las más frecuentes. También se llevan a cabo reivindicaciones de carácter sindical, político y solidario.

Si bien en Uruguay existe un régimen amplio de admisión del derecho de huelga, en el cual se admiten aquellas con fines laborales, políticas, de imposición económica-política, las de solidaridad, así como también las huelgas por razones de interés y jurídicas, el ejercicio de este mecanismo de presión debe utilizarse de forma controlada o de *última ratio*. La huelga no debería proceder para defender intereses de un sólo trabajador o un grupo de ellos en virtud de una idea de solidaridad mal ejercida, sino que para promover o defender intereses cuando está en juego el cumplimiento por parte del empleador de condiciones laborales fundamentales, o situaciones que pongan en juego la dignidad del trabajador. Pedro Gari y Matías Pérez del Castillo (2012) han sostenido que, si la sociedad entera no rechaza con más firmeza el exceso sindical, será porque no conoce que existen otros medios para defender sus intereses, como la vía administrativa o judicial, o porque han sido deliberadamente engañados.

#### 4.3 Regulación del derecho de huelga en el derecho positivo uruguayo

El derecho de huelga encuentra regulación tanto a nivel constitucional como legal. No se admite acuerdo alguno en contrario que busque limitar el ejercicio lícito de la huelga ni renunciar al mismo.

El artículo 57 inciso segundo de la Constitución establece “Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.”

El artículo no crea el derecho a la huelga, sino que reconoce el derecho del cual es titular todo trabajador de la República. Que la huelga sea considerada un derecho fundamental implica que tanto el Estado como los empleadores y demás agentes intervinientes, deben abstenerse de cualquier tipo de intervención, restricción o injerencia que no se encuentre totalmente justificada.

Además, como derecho fundamental el derecho a la huelga debe ser interpretado en sentido progresivo, irreductible y a *favor libertatis*, lo que significa que, ante el caso de duda, se deberá optar por aquella interpretación que resulte más favorable a la libertad del ejercicio de la huelga. En caso de existir contradicción con otros derechos fundamentales, se deberá recurrir a la compatibilización.

En el marco legal, la ley 13.720 regula la huelga de forma similar y conjunta al lockout. En adición a esta ley existen otras de las cuales se pueden extraer criterios, estándares y principios que rigen el ejercicio de la huelga.

Otra fuente normativa que regula la huelga que merece ser comentada es la ley 19.051 la cual regula el descuento por presentismo ante el ejercicio de huelga.

Por otro lado, a ley 19.889, conocida como Ley de Urgente Consideración, incorporó una novedosa y práctica regulación para el ejercicio de este derecho fundamental. El artículo 392 de esta ley establece, por un lado, que el Estado será el encargado de garantizar el ejercicio pacífico del derecho de huelga. Además, que será el Estado quien garantizará el derecho de los no huelguistas a acceder y trabajar en los respectivos establecimientos, así como el derecho de la dirección de las empresas a ingresar a las instalaciones libremente. Este precepto normativo se encuentra fundando tanto en recomendaciones de la OIT como en observaciones del Comité de Libertad Sindical, llegando ambas instituciones a la misma idea: el derecho de huelga debe permitir el

libre ejercicio del derecho de trabajo a aquellos trabajadores no adherentes y permitir el ejercicio del poder de dirección del empleador sobre su empresa.

Esta ley presenta otra novedad regulatoria ya que prohíbe los piquetes duros. Si bien previo a la promulgación de la ley ya se discutía jurisprudencial y doctrinariamente la legitimidad de los piquetes duros, la norma vino a aclarar definitivamente este punto, calificando a la medida como ilegítima. Además, propone dos nuevos límites externos que el ejercicio deberá respetar para ser considerada lícita y gozar de toda su protección.

Uruguay ha ratificado diferentes instrumentos internacionales que regulan la materia. Entre ellos se destacan los Convenios Internacionales de Trabajo de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Socio-Laboral del Mercosur.

#### 4.4 Modalidades de huelga

Existen, en esencia, dos modalidades de huelga. Por un lado, la huelga típica y por otro la huelga atípica.

La huelga típica se desarrolla mediante la suspensión del trabajo. Sin embargo, existe ejercicio de huelga incluso existiendo prestación del trabajo. A esta segunda modalidad de huelga se le conoce como huelga atípica.

La diferencia entre las dos modalidades radica en su ejecución: mientras la típica implica la paralización o suspensión total de la prestación de trabajo, la atípica consiste en una alteración de la modalidad de trabajo estipulada contractualmente.

Existen diferentes manifestaciones que configuran la huelga atípica, pero las más frecuentes son:

##### A. Trabajo a desgano

El trabajador en ejercicio de una huelga atípica de trabajo a desgano realiza las tareas estipuladas para la categoría que desempeña, pero de forma lenta y pausada, a un ritmo diferente al normal. El enlentecimiento produce una pérdida o disminución de producción, lo que genera un perjuicio en relación con las ganancias, logrando allí un perjuicio al empleador.

##### B. Trabajo a reglamento

Plá Rodríguez (1996) enseña que el trabajo a reglamento se trata de cumplir con excesivo rigorismo todas las exigencias reglamentarias, incluso aquellas que en la práctica cotidiana se suelen obviar por su intrascendencia o por la experiencia adquirida de que no se generan dificultades si no se cumplen.

Produce consecuentemente la desorganización y enlentecimiento del trabajo en la empresa.

##### C. Piquete

Los trabajadores adoptan medidas para obstruir el ingreso o egreso a la empresa de personas, materia prima, herramientas de trabajo y demás elementos necesarios para el normal desarrollo de la actividad empresarial.

Los piquetes son clasificados en dos: pacíficos y duros. Por un lado, los pacíficos son aquellos que, fundamentados en la libertad de expresión y reunión, llevan a cabo los trabajadores, pero sin violentar el derecho de las demás personas al trabajo y libre circulación. En cambio, el piquete duro es aquel cuyo desarrollo involucra la violación de los derechos anteriormente mencionados. Respecto a este tipo de piquete no existe duda sobre su ilicitud en tanto no permite al empleador desarrollar su actividad productiva ni tampoco permite a los trabajadores no adherentes realizar la prestación de trabajo. El artículo 468 y siguientes de la ley 19.889 declara expresamente ilegítimo todo piquete que “impida la libre circulación de personas, bienes o servicios, en espacios públicos o privados de uso público”, permitiendo al Ministerio del Interior medidas de preservación de los espacios pudiendo requerir de otros organismos públicos para el debido cumplimiento de las medidas.

#### 4.5 Límites del derecho de huelga

La huelga está precisamente destinada a causarle un perjuicio al empleador o conjunto de empleadores. Osvaldo Mantero (1998) plantea que aquella huelga, que, sin incurrir en hechos ilícitos, le genere un daño mayor al empleador, no se trata de una huelga abusiva sino una huelga eficiente. El perjuicio es la consecuencia normal del ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, resulta imprescindible limitarlo. Los límites sirven como guías para el correcto desarrollo de una huelga, ya que ante la ausencia de límites nos encontraríamos ante un desborde del derecho de huelga lo cual la deviene en ilícita.

La doctrina suele clasificar a los límites en externos e internos.

Los límites externos son aquellos impuestos por las normas u opiniones jurisprudenciales consolidadas. Son causados por la necesidad de atemperar las exigencias de la autotutela y otras derivadas de intereses que tienen protección en principios consagrados constitucionalmente. La huelga, como derecho fundamental, entra en colisión con otros derechos consagrados constitucionalmente tales como la vida, salud y seguridad de las personas y servicios que se ven interrumpidos por los huelguistas, entre otros. Esto justifica la necesidad de estipular límites para lograr la armonización y compatibilización de estos derechos. En los límites externos de la huelga queda comprendida la problemática de la huelga en servicios esenciales.

Por otro lado, los límites internos son aquellos que provienen del mismo concepto de huelga. La cuestión se remite a establecer el concepto de huelga, ya que dependerá del concepto los límites aplicables. Esta teoría busca limitar las modalidades de presión de los sindicatos, para evitar la producción de daños al empleador, analizando la proporcionalidad y la equivalencia de daños sufridos por cada parte. Esta tesis entiende que el daño se torna injusto cuando supera la pérdida de utilidad empresarial derivada inherentemente de la abstención de trabajar de los huelguistas que se compensa con la pérdida total o limitada de sus salarios.

La jurisprudencia uruguaya señala que los únicos límites claros para el ejercicio lícito del derecho de huelga son el carácter de pacífica, que procure la seguridad de los bienes e instalaciones del empleador y el respeto de los servicios esenciales.

Adicionalmente a los límites mencionados, la doctrina, como el Dr. Larrañaga Zeni, ha desarrollado otra clasificación de los límites: límites formales y materiales.

Los límites formales son aquellos establecidos por la propia regulación, ya sea de carácter constitucional, legal o convencional. Dentro de estos límites se destacan la obligación del preaviso, respeto de la cláusula de paz laboral y reglas de prevención y solución de conflictos.

Los límites materiales implican que la huelga debe ser ejercida en base a principios de buena fe y buenas costumbres, que debe existir proporcionalidad entre el daño que se produce y el motivo que causa la huelga y el cumplimiento de los fines previstos por el ordenamiento jurídico que fundamenta la huelga.

#### 4.6 Efectos del ejercicio lícito de la huelga

En cuanto al salario, se interrumpe la obligación del empleador de pagar salario al trabajador huelguista ya que desaparece temporalmente la causa que justifica el pago de la remuneración. El trabajador tiene una justa causa para dejar de prestar su energía intelectual o corporal, pero no implica la continuación del resto de obligaciones por parte del empleador. La OIT apoya esta medida en tanto no considera que sea contraria a la libertad sindical. El descuento deberá realizarse proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado. Sin embargo, no existe regulación legal que resuelva este punto, por lo que podría decirse a juicio de Gari y Pérez del Castillo (2012) que -siempre salvo el orden público- la ley la constituye en primer lugar cada contrato de trabajo y la obligación legal de ejecutarlo de buena fe. En los casos de huelga típica la solución parece sencilla ya que el descuento salarial será proporcional al tiempo de no cumplimiento de la actividad, es decir, el tiempo de duración de la huelga. Sin embargo, en las modalidades atípicas de huelga esta solución no parece aplicable debido a que no existe una suspensión de la prestación de trabajo computable para el descuento. En este caso la doctrina ha llegado a la solución de realizar el descuento en base a la disminución de rendimiento. Respecto a las partidas variables y accesorias que recibe el trabajador se verán afectadas por el descuento siempre que tengan naturaleza salarial o retributiva. Las únicas obligaciones que se ven suspendidas por la huelga son las obligaciones principales: prestar la actividad por parte del trabajador y el pago del salario por parte del empleador. En cuanto a las obligaciones accesorias o no principales, las mismas permanecen vigentes y en caso de incumplimiento de las mismas el empleador podría recurrir al ejercicio de su poder disciplinario.

En cuanto a la prima por presentismo, la misma debe ser entendida como un beneficio de índole económico que recibe el trabajador como premio por la asiduidad. La ley 19.051 resuelve la cuestión mediante el criterio de proporcionalidad: la prima de presentismo se descontará proporcionalmente al tiempo no trabajado por motivo de huelga.

Otro aspecto a analizar es la protección que reciben los trabajadores por la ley 19.740 encargada de proteger el despido antisindical. Si un trabajador demuestra que su despido se debe a su afiliación sindical, podrá ampararse por la presente ley que prevé como reparación la reinserción del trabajador a la misma situación que se encontraba previo al hecho ilícito de discriminación.

Por último, se prohíbe la contratación de nuevos trabajadores como reemplazo de trabajadores que se encuentran ejerciendo su derecho de huelga. La situación de los rompehuelgas no se encuentra regulada por el derecho uruguayo, por lo que la doctrina

ha desarrollado diversas posiciones. Entre ellas se destacan, por un lado, quienes afirman que es posible el reemplazo de trabajadores huelguistas en tanto se encuentra permitido todo lo que no esté prohibido. Por otro lado, se encuentran quienes entienden que no es posible la contratación de rompehuelgas ya que se pierde el objetivo perseguido por la huelga y la neutraliza.

## 5. Recepción jurisprudencial de la figura del Lockout en Uruguay

La jurisprudencia uruguaya resulta reacia a aceptar el lockout como reacción del empleador ante una medida de huelga. Incluso la SCJ ha llegado a sostener en la sentencia 55/1992 del 2 de diciembre 1992 que el cierre patronal no exime de la obligación de abonar salarios, sea justa o injusta la medida.

La jurisprudencia se basa en diferentes argumentos para la negativa del cierre patronal. Uno de ellos es sostenido por la SCJ en la sentencia 817/1995 del 30 de octubre de 1995, en la cual desestima el recurso de casación confirmando la sentencia que condena al empleador al pago de los salarios caídos por el transcurso del cierre de la empresa. Fundamenta su decisión expresando que en casos en que hay silencio de la legislación respecto al lockout, se “tiende a admitir que se trata de una medida que no podría ser impedida o penada por la autoridad, pero que no encontrándose bajo la protección de la Ley implicaría la obligación de pagar los salarios caídos”.

La SCJ también se ha pronunciado sobre la necesidad del preaviso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS). En la sentencia 55/1992 anteriormente mencionada, la Suprema Corte estableció que la empresa no podía oponer la ilicitud de la huelga desarrollada por los trabajadores ya que el lockout defensivo desarrollado por el empleador tampoco había sido precedido del preaviso correspondiente, perdiendo la oportunidad de ampararse en tal falta para fundamentar la licitud del cierre patronal defensivo. Además, cita a De Ferrari cuando señala que “Mientras la huelga es un derecho, el cierre es una falta. El trabajador puede, por lo tanto, reclamar los salarios perdidos” y a Durand: “... el daño sufrido por el trabajador debe ser indemnizado. Y la forma natural de la indemnización consiste en el pago de los salarios correspondientes”. La parte demandada, al haber optado por el lockout frente a la situación conflictiva que enfrentaba, no puede pretender eximirse de su obligación de pagar salarios a quienes, aunque impedidos de prestar sus servicios, permanecían, no obstante, a la orden del empleador; que, en último término, es el hecho generador del salario”. No obstante, esta postura, la SCJ ha entendido que, si bien el despido motivado por el ejercicio ilícito de la huelga no configura notoria mala conducta, tampoco puede entenderse como un despido abusivo, lo cual legitimando al lockout. La sentencia 426/1995 dictada por la SCJ establece clara y expresamente que el incumplimiento de una medida, como la obligación del preaviso, precitada como condición de ilicitud que debe cumplirse, vuelve a la huelga en contraria a la ley y, por ende, ilícita. Pero esta ilicitud no conduce como consecuencia necesaria a la configuración de notoria mala conducta que exonera al patrón del pago de indemnización por despido. La sentencia 145/1998 agrega que el despido por ejercicio ilícito de la huelga por falta de preaviso tampoco configura obligación del empleador de

pagar la indemnización por despido correspondiente a un despido abusivo. A efectos del cierre patronal ambas sentencias resultan relevantes en la medida que reconoce la ilicitud de la huelga ante falta de preaviso lo que legitima al empleador a adoptar un cierre patronal defensivo.

## 6. Derecho Comparado

### 6.1 Argentina

Argentina presenta una novedad a nivel regional, en el sentido que el cierre patronal encuentra regulación también en el Código Penal. La sección denominada “delitos contra la libertad de trabajo” prevé pena de prisión de un mes a un año para aquel patrón, empresario o empleador que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

En 2017 se presentó en cámara de diputados un proyecto de ley, cuyo artículo 9 declaraba prohibido el cierre patronal con el fin de defender los intereses empresarios. El cierre patronal únicamente se vería admitido ante la existencia de un conflicto planteado por un sindicato, cuando como consecuencia de dicho evento se encuentre en riesgo la vida, la integridad física, y la salud o la seguridad de una o más personas, o de la comunidad, o cuando existan actos de violencia física individual plurindividual o colectiva que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes y servicios producidos por la empresa o los equipos y activos que conformen las herramientas de trabajo y sus instalaciones. Sin embargo, fracasó el proyecto.

### 6.2 Chile

Chile cuenta con una completa y detallada regulación de la figura en comparación a nivel regional.

El cierre patronal se encuentra regulado principalmente por las leyes 19.069 y por el Código del Trabajo.

Por un lado, el artículo 153 de la Ley 19.069 establece la consecuencia del ejercicio del lockout: la suspensión del contrato, lo cual determina la exoneración del empleador del pago de salarios, beneficios y regalías que derivan del contrato de trabajo. Por otro lado, se encuentra el Código de Trabajo. Éste regula detalladamente la figura del lock total o parcial, legitimando el ejercicio del lockout defensivo, no haciendo mención al ofensivo. Esta omisión hace entender que el lockout ofensivo no se encuentra permitido en el derecho chileno. entendiéndose que no se encuentra permitido en el derecho chileno.

Se establece además que el cierre únicamente podrá ser declarado por el empleador si la huelga afectare a más del 50% del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento en su caso, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en este caso el porcentaje de trabajadores en huelga.

Además, el artículo 354 inciso segundo menciona que el lockout no podrá extenderse más allá de los treinta días contados de la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día de su término, cualquiera sea el hecho que ocurra primero.

La normativa recoge la misma solución que la ley 19.069 en cuanto a la consecuencia de decretar un cierre patronal: la suspensión del contrato de trabajo, pero agrega la obligación del empleador de pagar las cotizaciones previsionales o de seguridad social de los trabajadores no adherentes a la huelga. Asimismo, durante la huelga el recinto o local de la empresa no constituirá sede sindical.

### 6.3 España

España cuenta con regulación tanto constitucional como legal del cierre patronal.

A nivel constitucional, el artículo 37 de la Constitución Española reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Para la doctrina mayoritaria española esto supone la aceptación del cierre patronal ya que la misma constituye una medida de conflicto colectivo.

A nivel legal se encuentra regulado por los artículos 12 a 14 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo de 1977. En este se establece el derecho del empleador al cierre patronal únicamente en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas.
- b. Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca.
- c. Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción

En cuanto a las consecuencias de la efectucción del lockout se establece que bajo ningún término se extinguirá la relación de trabajo, se tendrá por suspendido el contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a prestación económica por incapacidad temporal que se inicie durante esta situación y mientras ésta subsista, y, por último, el trabajador no tendrá derecho a prestación por desempleo por el hecho mismo de la suspensión del contrato de trabajo.

Además, impone la obligación al empleador de poner en conocimiento a la autoridad laboral del cierre realizado en un plazo máximo de doce horas. Por otro lado, impone una obligación de duración ya que no podrán exceder el tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron.

Si el cierre no cesa por voluntad del empleador o a iniciativa de los trabajadores, la autoridad laboral deberá dar comunicado al empleador detallado un plazo para reabrir la empresa, el cual deberá cumplirse bajo pena de sanciones.

## 6.4 Francia

El lockout no se encuentra previsto en la legislación francesa. Ni la Constitución, ni las leyes, ni los reglamentos y resoluciones lo prevén como un instrumento que posea el empleador como medida de presión.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial, la Suprema Corte se ha pronunciado sobre los cierres patronales y ha sostenido que el cierre temporal y voluntario de la empresa será legítimo cuando exista un peligro grave para los trabajadores derivado de un mal desarrollo de un conflicto colectivo. Además, requiere que sea la única alternativa para cesar el peligro, en caso de existir otra, se deberá optar por tal.

La Corte de Casación Francesa en una sentencia del 2 de diciembre de 1964 falló legitimando un lockout al entender que

... el hecho de que las medidas de cierre fueran completamente limitadas y temporales, el ejercicio del cierre entraba en los poderes normales e incluso en los deberes de un empleador quien debe garantizar un mínimo de seguridad y orden en su empresa en un momento en que corría riesgos al estar completamente comprometido por las condiciones “desordenadas e inusuales” en que el personal realizó su trabajo y ejerció su derecho a huelga....

## 7. Conclusiones finales

En base a lo desarrollado se puede concluir que el lockout es un derecho que posee todo empleador a cerrar la empresa y no suministrar trabajo en forma temporal con el objetivo de defender y promover sus intereses. Es un medio efectivo de presión, al igual que los trabajadores poseen la huelga. Ambas figuras persiguen el mismo fin y se traducen en la misma consecuencia: la suspensión temporal de la prestación de trabajo. No obstante, se admite ampliamente la huelga, mientras que el ejercicio del cierre patronal se encuentra altamente condicionado.

Entender al lockout o cierre patronal como la contracara de la huelga hace necesario cuestionarse si significa que admite, al igual que la huelga, modalidades atípicas. La ausencia de regulación de este tema en el ordenamiento jurídico uruguayo podría interpretarse como un permiso a este derecho, entendiendo que el empleador podría realizar todo aquello que no se encuentre prohibido por ley. Sin embargo, su ejercicio en la práctica, tal como se expuso, presenta mayores dificultades en la medida que los Tribunales han planteado diversas trabas que logran limitar este derecho del empleador.

Estas trabas que entorpecen el ejercicio del lockout motivan, en definitiva, a su no ejercicio. Esto conduce a que se vuelva fundamental la necesidad de rever el desarrollo de esta figura en el sentido que su no aceptación se traduce en la vulneración por parte del empleador de defender legítimamente sus intereses.

## Referencias bibliográficas

- Castello Illione, A. (2011). El Derecho de Huelga en Uruguay. *Derecho y Sociedad* 37.
- Cour De Cassation (1964). *Chambre sociale, du 2 décembre 1964, Publié au bulletin - Légifrance*. (s.f.). Légifrance. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006968031/>
- De Buen Lozano, N. y Morgado Valenzuela, E. (1997). Poder de dirección del empleador. En Hernández Rueda, L, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 405-419). México: Héctor CURIEL GARCÍA.
- Ermida, O. (1983). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo: FCU.
- Ermida, O. (1999). *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: FCU.
- Gari, P y Pérez Del Castillo, M. (2012). *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo*. Montevideo:Fundación de Cultura Universitaria.
- International Labour Organization. *Textos del caso del CLS*. (s.f.). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:2910501](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2910501)
- Mantero de San Vicente, O. (1998). *Derecho sindical*. Montevideo: FCU.
- Pérez del Castillo, M. (2020). *Responsabilidad Civil en las Relaciones Colectivas del Trabajo*. Montevideo: FCU.
- Pérez del Castillo, S. (1993). *El Derecho de la huelga*. Montevideo: FCU.
- Plá Rodríguez, Á. (1996). *La huelga en Iberoamérica*. Montevideo: Grupo de los nueve, Editorial Aele.
- Plá Rodriguez, A. (1989). *Curso de Derecho Laboral*. Montevideo: Ediciones Idea.
- Rivas, D. "El cierre patronal o Lock out", en Rodríguez Azcúe, Á., y Pérez del Castillo, M. (2023). *Estudios sobre El derecho de la huelga. Homenaje a Santiago Pérez del Castillo*. Montevideo: FCU.
- Rodríguez, M. (1970). El cierre patronal y su nueva disciplina jurídica. *Revista de Política Social*, número 88, octubre/diciembre, pp. 5-30.
- Supple, J. (2009, julio 21). Labor and the depression: The great coal lockout of 1929. *Solidarity Online – Socialist Organisation in Australia Affiliated to the International Socialist Tendency*. <https://solidarity.net.au/unions/labor-the-depression-the-great-coal-lockout-of-1929/>





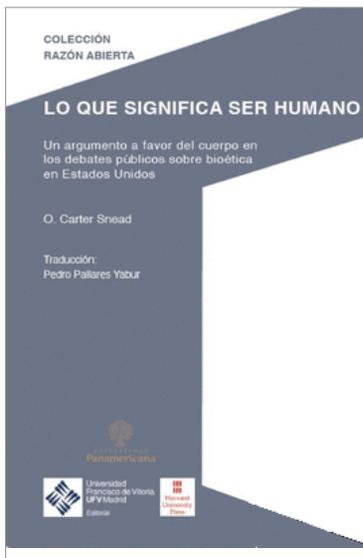


## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

**JUAN PABLO ANDRADE ROJAS**

Lo que significa ser humano” de O. Carter Snead, traducido al español por Pedro Pallares Yabur





Reseña del libro: “Lo que significa ser humano” de O. Carter Snead, traducido al español por Pedro Pallares Yabur.

Review of the book “What it Means to Be Human,” by O. Carter Snead, translated into Spanish by Pedro Pallares Yabur.

Resenha do livro: “O que significa ser humano”, de O. Carter Snead, traduzido para o espanhol por Pedro Pallares Yabur.

Juan Pablo Andrade Rojas  
Universidad Panamericana (México)  
jandrade@up.edu.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4960-7893>

Carter Snead es un experto en bioética, cuenta con una destacada trayectoria académica y experiencia en organismos públicos y privados en materia de derecho, filosofía moral, ciencia política y antropología. En su obra “Lo que significa ser humano”, Snead nos presenta un análisis crítico minucioso de la narrativa predominante en el campo de la bioética. Desde una perspectiva antropológica, jurídica y filosófica, Snead plantea un argumento innovador que desafía las discusiones actuales sobre aborto, reproducción asistida y decisiones al final de la vida.

En la última década, hemos sido testigos de una sorprendente convergencia en los debates sobre bioética en diversas partes del mundo, y esto se manifiesta de manera particular en Latinoamérica. La similitud entre los argumentos empleados en países como Argentina, México y Colombia, así como en las decisiones de tribunales constitucionales e instancias internacionales, muestra un claro paralelismo con las discusiones que tienen lugar en la Suprema Corte de los Estados Unidos. Este fenómeno se refleja también en ámbitos académicos, redes sociales y en la opinión pública, creando una narrativa común que permea la bioética contemporánea.

En este contexto, Carter Snead nos ofrece “Lo que significa ser humano,” una obra que desafía el discurso predominante en el campo de la bioética. Snead inicia su análisis con una mirada retrospectiva al desarrollo histórico de la bioética pública en los Estados Unidos. Este desarrollo surgió a raíz de escándalos vinculados a la experimentación en seres humanos y evolucionó significativamente a partir de las decisiones judiciales en relación al aborto. Estas decisiones marcaron un cambio de enfoque hacia el consentimiento y la voluntad de los individuos en prácticas médicas, moldeando una concepción antropológica individualista que subyace en los debates bioéticos.

Sin embargo, en el segundo capítulo, Snead profundiza aún más en su crítica al “individualismo expresivo,” un sistema de creencias que coloca la autonomía individual por encima de todos los demás valores y criterios. Según esta perspectiva, nuestras

intuiciones y deseos más íntimos determinan nuestra autorrealización, asumiendo que las decisiones personales sobre temas bioéticos son inherentemente soberanas y desprovistas de influencias externas. Snead desafía esta idealización al destacar cómo la realidad está marcada por experiencias de sufrimiento y dependencia, lo que convierte la supuesta neutralidad en indiferencia hacia los más vulnerables. Según Snead, el "individualismo expresivo" olvida el aspecto corpóreo de la experiencia humana y, al hacerlo, pasa por alto las obligaciones de solidaridad y asistencia que todos los seres humanos tienen hacia los demás.

Para ejemplificar este punto, consideremos la situación de pacientes terminales a quienes se les propone la eutanasia como solución. Es evidente que sus decisiones personales rara vez están libres de influencias externas, y su situación podría cambiar significativamente según el apoyo o el abandono que reciban de su entorno familiar, social y económico. Lo mismo se aplica a experiencias como el embarazo o la discapacidad. Estas experiencias concretas dirigen nuestra atención hacia el contexto social y las relaciones interdependientes, sin aislar la autonomía individual de quienes están involucrados.

Snead apunta en la misma dirección que Alasdair MacIntyre, argumentando que al centrarnos en experiencias corporales, como la enfermedad, la discapacidad y la muerte, somos más conscientes de la posibilidad de abuso, explotación y manipulación en situaciones de vulnerabilidad. Al aplicar estos principios a cuestiones como la experimentación en seres humanos, la eutanasia o el suicidio asistido, se hace evidente que la neutralidad es a menudo insuficiente y, en ocasiones, injusta. Cuando centramos nuestra atención en las necesidades de las personas en lugar de en su autonomía individual, el criterio fundamental para la toma de decisiones deja de ser la neutralidad, y pasa a ser la empatía, la solidaridad y las virtudes que reconocen la dependencia.

En los tres capítulos siguientes, Snead aplica su enfoque crítico a tres situaciones específicas: el aborto, la reproducción asistida y las decisiones al final de la vida. Examina las narrativas que han surgido en torno a estos temas en foros judiciales, académicos y regulatorios, y demuestra cómo el "individualismo expresivo" subyace en estas narrativas. Tras este análisis, Snead propone cómo las virtudes basadas en el reconocimiento de la dependencia y la conciencia de la corporeidad pueden fomentar un diálogo más constructivo y soluciones bioéticas más solidarias.

Las virtudes del reconocimiento de la dependencia, que Snead retoma de MacIntyre, incluyen la justa generosidad, la hospitalidad, la misericordia, la gratuidad, la solidaridad, la apertura a lo espontáneo, la tolerancia a la imperfección y la amistad. Estas virtudes fundamentan las obligaciones de asistencia proporcional que debemos a una mujer que enfrenta un embarazo inesperado, a pacientes terminales, a aquellos que desean ser padres y a los bebés. Estas obligaciones no dependen de criterios utilitarios o condicionales, lo que permite que la antropología de la corporeidad aborde la dimensión social de cada situación en toda su complejidad, buscando soluciones solidarias integrales. Este enfoque es compatible con el respeto a la autonomía individual y a la intimidad de las personas.

En última instancia, "Lo que significa ser humano" es un estudio riguroso que conecta diversas disciplinas, como la antropología filosófica, la medicina, la filosofía moral, el derecho y la política pública. Aunque el libro se centra en la realidad estadounidense,

sus argumentos poseen un alcance universal que trasciende las particularidades del sistema jurídico y político de los Estados Unidos de América.

Además, esta edición en español, traducida por Pedro Pallares, incluye un análisis adicional de Carl Snead sobre el caso "Dobbs v. Jackson," un elemento que no se encuentra en la versión original del libro. Este caso ha transformado la narrativa sobre el aborto en los Estados Unidos y ha abierto la puerta a nuevas regulaciones relacionadas con la protección de los no nacidos y las mujeres embarazadas.

Este libro ofrece una perspicaz crítica al "individualismo expresivo" y, al mismo tiempo, invita a una reflexión profunda sobre cómo abordar cuestiones bioéticas desde una perspectiva que tenga en cuenta la corporeidad, la vulnerabilidad y la interdependencia humanas. Su enfoque interdisciplinario y su enfoque narrativo hacen de este libro una lectura de especial interés para todos aquellos interesados en estos temas, sin importar su área de especialización.

El argumento del libro es convincente y, sin duda, estimulará la reflexión y la reconsideración de los discursos que han prevalecido hasta la fecha en torno a cuestiones bioéticas. Aunque el autor adopta una postura crítica hacia las regulaciones actuales sobre el aborto, la reproducción asistida, la eutanasia y el suicidio asistido tal como se han planteado hasta ahora, su enfoque constructivo y su disposición a futuras reflexiones lo convierten en una contribución valiosa sobre cómo respetar la autonomía individual sin dejar de lado otros aspectos relevantes de la discusión. Por lo tanto, esta obra será enriquecedora independientemente de las diversas perspectivas y posturas que los lectores tengan sobre los temas abordados.



## Reglamento editorial

La Revista de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (utilizando el sistema doble ciego) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

267

### Normas éticas y conflictos de intereses:

Revista de derecho adhiere a las normas y códigos de ética internacionales establecidos por el Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Los autores reconocen todas las fuentes de financiación utilizadas en sus trabajos e indican expresamente, si corresponde, el organismo financiador, y cualquier otro vínculo comercial, financiero o particular con personas o instituciones que pudieran tener intereses con el trabajo propuesto.

### Detección de plagio:

La identificación de plagio en el texto es causa de rechazo por parte de la Revista de Derecho. En caso de detectarse un plagio se comunica al autor el motivo del rechazo de su contribución exponiendo claramente las evidencias del plagio.

La revista emplea el servicio de detección de plagio y verificación de originalidad de Turnitin <https://www.turnitin.com/>.

## Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
  - i) Título en español, inglés y portugués.
  - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
  - iv) Abstract del trabajo en español, inglés y portugués (entre 100 y 200 palabras)
  - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en español, inglés y portugués.
- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.
- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Normas formales de citado textual:

Las citas y referencias bibliográficas de los textos enviados a la *Revista de Derecho* se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) <https://apastyle.apa.org/> y el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> para poder iniciar el proceso de arbitraje.

Las citas textuales se harán según el sistema autor-fecha, indicando además el número de página de la fuente. Ejemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Si la cita contiene menos de 40 palabras se la encierra entre comillas dobles.

Si la cita contiene 40 palabras o más se la redacta en un párrafo en bloque con sangría 1,25 cm.

Las **citas parafraseadas** también se harán de acuerdo con el sistema autor-fecha, no se encierra la cita entre comillas y tampoco se cambia el formato del párrafo, no es necesario indicar la página de la fuente. Se debe agregar la referencia de la cita parafraseada al listado de Referencias bibliográficas.

Las referencias de las fuentes citadas se listan en un párrafo aparte con sangría francesa de 1,25 cm y se ordenan alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Referencias bibliográficas**.

Ejemplos:

**Libros:**

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). *Título del libro*. Lugar: Editorial.

Apellidos, A. A. (año). *Título del libro* (Trad. B. B. Apellidos y C. C. Apellidos, 15.<sup>a</sup> ed.). Lugar: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

**Capítulo de libros:**

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). Título del capítulo del libro. En C. Editores, D. Editores, y E. Editores (Eds.), *Título del libro* (pp. Xxx-xxx). Lugar: Editorial.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

**Artículos de revista:**

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B., y Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la Revista*, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo como por ejemplo Constitución de la República, leyes y decretos, proyectos de ley, Sentencias de tribunales, Jurisprudencia publicada en libros o artículos de revista, etc. consultar el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Las fuentes consultadas, pero no citadas en el texto se incluirán en una lista ordenada alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Bibliografía**, al final del documento.



## Editorial guidelines

The Law School Journal is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed using the double-blind system. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

271

### Ethical codes and conflicts of interest:

Revista de Derecho adheres to the international standards and codes of ethics established by the Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

The authors acknowledge all sources of funding used in their work and expressly indicate, when appropriate, the funding agency and any other commercial, financial or private link with persons or institutions that may have interests with the proposed work.

### Plagiarism Detection:

The identification of plagiarism in the text is a reason for rejection by Revista de Derecho. If plagiarism is detected, the author is informed of the reason for the rejection of his contribution, with the evidence of plagiarism clearly stated.

The journal uses Turnitin plagiarism detection and verification of originality service, <https://www.turnitin.com/>

## Guidelines for the publication of academic papers

- 1) Manuscripts must be sent by e-mail to [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
  - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
  - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
  - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
  - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in in Spanish, English and in Portuguese.
- 6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.
- 7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).
- 8) Formal rules for textual citation:

Citations and bibliographical references of the texts sent to the *Revista de Derecho*, will be made according to the APA (American Psychological Association) standards <https://apastyle.apa.org/> and the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> in order to be able to start the arbitration process.

**Textual citations** will be made according to the author-date system, also indicating the page number of the source. Example: (Bugallo, 2006, p. 484).

If the quotation contains less than 40 words, it is enclosed in double inverted commas.

If the quotation contains 40 words or more, it is written in a block paragraph with an indentation of 1.25 cm.

**Paraphrased quotations** are also to be made according to the author-date system, the quotation is not enclosed in inverted commas and the format of the paragraph is not changed, it is not necessary to indicate the page of the source. The reference of the paraphrased quotation must be added to the list of bibliographical references.

References of cited sources are listed in a separate paragraph with French indentation of 1.25 cm and are arranged alphabetically under the heading **Bibliographical references**.

### Examples:

#### Books:

Surname, A. A., and Surname, B. B. (year). Title of the book. City of Publisher: Publisher.

Surname, A. A. (year). Title of the book (translations by B. B. B. Surnames and C. C. Surnames, 15th ed.). City of Publisher: Publisher.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

#### Book chapters:

Surnames, A. A., and Surnames, B. B. (year). Title of book chapter. In C. Editors, D. Editors, and E. Editors (Eds.), Title of the book (pp. Xxx-xxx). City of Publisher: Publisher.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

#### Journal articles:

Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (year). Title of the article. Title of the journal, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

For normative legal material such as the Constitution of the Republic, laws, court rulings, jurisprudence published in books or journal articles, etc. consult the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Sources consulted but not cited in the text will be included in an alphabetical list under the heading **Bibliography** at the end of the document.



## Regulamento editorial

A Revista de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideu.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

- Mensagem do Decano ou do Diretor
- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (usando o sistema duplo-cego) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideu, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

275

### Normas éticas e conflitos de interesses:

Revista de Direito adere às normas e códigos internacionais estabelecidos pelo Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Os autores reconhecem todas as fontes de financiamento utilizadas nos seus trabalhos e especificam expressamente, nos casos solicitados, o organismo financiador e qualquer outro vínculo comercial, financeiro ou particular com pessoas ou instituições que pudessem ter interesses no trabalho proposto.

### Identificação de plágio:

A identificação de plágio no texto constitui causa de rejeição pela Revista de Direito. Em caso de identificação de plágio, é comunicado ao autor o motivo da rejeição da sua contribuição, sendo expostas claramente as evidências do plágio.

A revista usa a detecção de plágio do Turnitin para verificação do serviço de originalidade, <https://www.turnitin.com/>

## Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

- 1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.
- 2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.
- 3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.
- 4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.
- 5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:
  - i) Título em espanhol, inglês e português.
  - ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: ORCID), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
  - iv) Abstract do trabalho em espanhol, inglês e português (entre 100 e 200 palavras)
  - v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em espanhol, inglês e português.
- 6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.
- 7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).
- 8) Regras formais de citação textual:

Citações e referências bibliográficas de textos submetidos à Revisão da Lei serão feitas de acordo com as normas da APA (Associação Psicológica Americana) <https://apastyle.apa.org/> e o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> a fim de iniciar o processo de arbitragem.

As **citações textuais** serão feitas de acordo com o sistema autor-data, indicando também o número da página da fonte. Exemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Se a citação contiver menos de 40 palavras, é incluída entre aspas duplas.

Se a citação contiver 40 palavras ou mais, está escrita num parágrafo de bloco com recuo de 1,25 cm.

As **citações parafraseadas** também serão feitas de acordo com o sistema autor-data, a citação não é incluída entre aspas e o formato do parágrafo não é alterado, não é necessário indicar a página da fonte. A referência da citação parafraseada deve ser acrescentada à lista de referências bibliográficas.

As referências das fontes citadas são listadas num parágrafo separado com recuo francês de 1,25 cm e estão dispostas alfabeticamente sob o título de **Referências Bibliográficas**.

**Exemplos:****Livros:**

Apelido, A. A., e Apelido, B. B. (ano). Título do livro. Local: Editora.

Apelidos, A. A. (ano). Título do livro (tradução: B. B. Apelidos e C. C. Apelidos, 15ª ed.). Local: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

**Capítulos de livros:**

Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

**Artigos de periódicos:**

Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo, como a Constituição da República, leis e decretos, projectos de lei, decisões judiciais, jurisprudência publicada em livros ou artigos de revistas, etc. consulte o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

As fontes consultadas mas não citadas no texto serão incluídas numa lista alfabética sob a rubrica **Bibliografía** no final do documento.

