







UNIVERSIDAD DE  
MONTEVIDEO  
Facultad de Derecho

# Revista de DERECHO

**MENSAJE DEL DECANO**  
Universidad, Derecho y Cultura

## DOCTRINA

**CURBELO SOLARI, Ignacio**  
El principio de Oportunidad en el nuevo  
C.P.P.

**ESTECHE DE F., Elianne**  
Categorización de Deudores en el  
Derecho de Insolvencia Latinoamericano

**SCHIAVI, Pablo**  
El derecho al olvido y a la protección de  
datos personales en Uruguay

**SCOTTI, Luciana B.**  
Herramientas del Derecho Internacional  
Privado para prevenir y combatir el  
Tráfico Internacional de niños

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo**  
El trabajo en la era digital: Reflexiones  
sobre el impacto de la digitalización  
en el trabajo, la regulación laboral y  
las relaciones laborales

**GAVERNET, Haroldo Ramón**  
Derecho y tradición

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

**ANIDO BONILLA, Raúl**  
De los bienes adquiridos por un  
concubino a costa del esfuerzo o  
caudal común

## INFORMACIONES

Grado y postgrado

## TESINAS DE MASTERS

**DÍAZ, Malena; RABUFFETTI,  
Natalia y ZITTO, Carolina**  
Beneficiario efectivo en los convenios  
para evitar la doble imposición:  
delimitación del alcance del término

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**CAIRO, Sofía**  
Límites a la autonomía privada en sede de  
donación y colación

**VERDÍAS, Mateo**  
Drafting an arbitration clause

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Aspectos patrimoniales de la unión  
concubinaria de Gonzalo Trobo.





# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DECANO

Universidad, Derecho y Cultura

## DOCTRINA

### CURBELO SOLARI, Ignacio

El principio de Oportunidad en el nuevo C.P.P.....15

### ESTECHE DE F., Elianne

Categorización de Deudores en el Derecho de  
Insolvencia Latinoamericano.....33

### SCHIAVI, Pablo

El derecho al olvido y a la protección de datos  
personales en Uruguay.....55

### SCOTTI, Luciana B.

Herramientas del Derecho Internacional Privado  
para prevenir y combatir el Tráfico  
Internacional de niños .....75

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo

El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre  
el impacto de la digitalización en el trabajo,  
la regulación laboral y las relaciones laborales.....103

### GAVERNET, Haroldo Ramón

Derecho y tradición.....125

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### ANIDO BONILLA, Raúl

De los bienes adquiridos por un concubino a costa del  
esfuerzo o caudal común .....131

## INFORMACIONES

Grado y postgrado.....169

## TESINAS DE MASTERS

### DÍAZ, Malena; RABUFFETTI, Natalia y ZITTO, Carolina

Beneficiario efectivo en los convenios  
para evitar la doble imposición: delimitación  
del alcance del término .....179

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

### CAIRO, Sofía

Límites a la autonomía privada en sede de  
donación y colación .....239

### VERDÍAS, Mateo

Drafting an arbitration clause .....245

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Aspectos patrimoniales de la unión concubinaria  
de Gonzalo Trobo.



## MENSAJE DEL DECANO

### *Universidad, Derecho y Cultura*

Uno de los importantes desafíos que tiene por delante la tarea universitaria es revertir el deterioro cultural que lenta y persistentemente ha impregnado a nuestra sociedad. No es consuelo comprobar que este fenómeno no es exclusivamente nacional, pues en todas partes del mundo la cultura del entretenimiento populista, del escapismo frente a los problemas de fondo y de la búsqueda de resultados inmediatos pero efímeros ha contagiado a muchos países y sociedades. No es consuelo ni solución conformarse con la idea de que simplemente seguimos la corriente.

Si algo debería diferenciar el rol de las universidades y de la enseñanza en general es la de ser faros de guía y de alerta. Focos que iluminan fuerte a las nuevas generaciones y las espolean a no conformarse con la cultura del más o menos, de la chatura y mediocridad, de repetir sin pensar lo que algunos proclaman a viva voz, pero con pocos fundamentos. Si algo fue característico del sistema educativo de nuestra sociedad durante años fue su apertura e inclusividad, su fortalecimiento de una clase media que tuvo como una de sus metas principales reafirmar su cultura general antes que obtener logros materiales y perecederos. Esto es algo que todo sistema de enseñanza debería recuperar para que todos los involucrados en el mismo, empezando por los docentes, siguiendo por los alumnos, pero sin descuidar a los padres y a los administrativos, se sientan orgullosos y honrados por lo que dan y por lo que reciben. Si hay algo que parecería percibirse y palpase en lo que denomino deterioro cultural actual, es que, en rasgos generales, pocos de esos protagonistas hoy por hoy se sienten muy orgulloso u honrado por lo que hace o está recibiendo. No me estoy refiriendo a las compensaciones materiales simplemente; muchísimas personas en el ámbito educativo tienen una arraigadísima vocación docente que trasciende con creces las remuneraciones de tipo económico o material. Sigo pensando y creyendo que son la mayoría. Pero no por ello dejan de tener razones y argumentos para estar desencantados. Des-



## Revista de DERECHO

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

### Director

Santiago Pérez del Castillo

### Director Fundador

Carlos E. Delpiazzo

### Sub. Director y Redactor Responsable

Miguel Casanova

Lord Ponsonby 2506

### Consejo Editorial

Carlos de Cores

Alberto Faget Prati

Jorge Fernandez Reyes

Mercedes Jiménez de Aréchaga

Pedro Montano Gómez

Santiago Pérez del Castillo

Siegbert Rippe

### Comisión de Publicaciones

Beatriz Bugallo

Miguel Casanova

Juan Manuel Gutiérrez

### Secretaría Técnica

Natalia Veloso

### Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho

Universidad de Montevideo

Lord Ponsonby 2506

11600 Montevideo – Uruguay

### Impresión

Tradinco S.A.

Minas 1367

Telefax: 2409 4463 – 2409 5589

Montevideo – Uruguay

E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Depósito Legal 360.809 / 12

Edición amparada en el decreto

218/996 (Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

ISSN (en línea): 2307-1610

Las expresiones y opiniones vertidas  
por los autores de cada obra  
publicada en esta Revista, son de su  
exclusiva responsabilidad  
Año XVI (2017), N° 31

motivados sobre todo por el otro deterioro; el cultural. Este deterioro pega muchas veces más fuerte en el espíritu que en el bolsillo.

Estudiantes que elogian y se sienten cómodos con la falta de exigencia. Que encumbran a los profesores divertidos y piolas antes que a los exigentes y rigurosos. Que no tienen interés en saber algo de lo que pasó en el mundo hace 40 o 50 años pues suponen que no les incumbe. Que prefieren chatear y entretenerse con chistes de WhatsApp antes que escuchar a fondo a una persona con ideas profundas; que dedican un promedio de tres y cuatro horas diarias a enviar y recibir mensajes y entretenerse con una pantalla del tipo que sea, antes que reflexionar acerca de ideas y proyectos plasmados en documentos, editoriales o libros. Que han transformado a las redes sociales en el ágora moderno en donde se perdió bastante el sentido de la privacidad y el buen gusto. Que confunden a la verdadera amistad con acumular amigos-votos por millares, y se consuelan con un emoji que guiña el ojo y tiene el pulgar para arriba. Que transmutaron la vieja plaza y asamblea pública en donde las ideas se discutían a cara descubierta, por el moderno conventillo electrónico en donde todo puede ser ventilado bajo el manto de la multitud o del anonimato. Que no tienen noción, pero tampoco inquietud, por saber qué pasó en nuestro país y en el mundo hace unas pocas décadas. Que perdieron el gusto por la educación estética y se convencen que la fealdad, la grosería y la desfachatez son símbolos de autenticidad y realismo. Que descuidan las buenas formas a la hora de hablar y de escribir por considerarlas obsoletas. Que exaltan las reacciones emotivas y se conmueven ante múltiples imágenes, pero no procesan racionalmente sus mensajes y contenidos. Que no se detienen unos momentos para procesar las informaciones y datos que reciben para luego interpretarlos con un mayor grado de discernimiento. Es decir, que impregnados de un voluntarismo sentimental quieren hacer y cambiar muchas cosas, pero no saben cómo. Frente a todo esto muchos podrían estar tentados a bajar los brazos y desentenderse ante tamaños desafíos. Lo grande y lo lindo es que no es así. Ni se desentenden ni se desalientan.

De nuevo pienso y creo que son mayoría los que contemplan esta situación como un apasionante desafío para revertir este panorama y lo plantean como una oportunidad de mejora. Lo hacen porque no han perdido la confianza en los jóvenes que aún mantienen ideales, tienen ganas de mejorar el mundo y aspiran a vivir en un entorno más justo, solidario y fraterno. No son pocos los adultos con cabeza joven que apuestan por recuperar un ambiente de cultura general que permita plantearse y discutir los temas de la actualidad con una buena base de información y al mismo tiempo, con la suficiente apertura mental que facilite el diálogo, con discrepancias hechas con fundamentos y siempre dentro de un marco de real respeto. Es amplio el porcentaje de personas que todavía y pese a todo apuestan por la generosidad y las ganas de volar alto. Es grande el número de personas de muy variada edad que entienden a la familia como el centro irremplazable de la educación de sus hijos y que ven a los centros educativos, del tipo que sean, como unos complementos necesarios de esa educación, pero no como unos sustitutos de ella.

Son numerosísimos los grupos de jóvenes docentes y estudiantes dispuestos a formarse mejor, a recibir mayor grado e intensidad de información académica en las áreas que quieren especializarse y profundizar, y que al mismo tiempo están muy disponibles

a entregar parte de su tiempo para ayudar a otras personas más necesitadas en y de diversas formas. Se plantean desafíos gigantescos porque tienen hambre de una mayor y mejor cultura general. Porque muchas cosas les interesan y porque por varias de ellas están dispuestos a dejar de lado o al menos postergar sus proyectos personales. Son generosos, ávidos de una cultura más rica, variada y profunda, proclives a sacrificarse y entregar sus tiempos y planes a cambio de mejorar la vida de otros. Tienen ansias de mejoramiento y entusiasmo para irlo logrando. Saben además utilizar los medios de comunicación y las redes sociales con criterio, justicia y prudencia; dominan a la perfección estas nuevas herramientas pero no son esclavos ni dependientes de ellas.

Son multitud los que piensan y defienden a las normas jurídicas, éticas y sociales como redes de contención y control de abusos. Que ven en el Estado de Derecho el mejor camino para frenar los impulsos populistas y arbitrarios de algunos gobiernos de turno. Son muy considerables los que entienden a la separación e independencia de poderes y a los organismos de contralor como el mejor instrumento descubierto hasta el momento para evitar los despotismos y autoritarismos explícitos o a veces implícitos. Muchos que siguen viendo al Derecho como una herramienta cultural que debe servir para construir puentes antes y más que para destruirlos. Son cuantiosos los que siguen desconfiando de la justicia por mano propia, que no ven en la justicia un simple instrumento de venganza y que no se resignan a vivir bajo la ley de la selva. Son cuantiosos los que entienden que la educación cívica y el amor a la patria no tienen nada que ver con los nacionalismos xenofóbicos y los extremismos radicales. Son incontables los que creen que la prensa libre e independiente debe seguir siendo un ojo, un oído y una voz que jamás, bajo ninguna circunstancia, debe taparse o siquiera cercenarse.

Por todos esos hay que seguir apostando. Los vemos y conversamos con ellos todos los días en nuestros ámbitos universitarios, sociales y laborales. Y no debemos defraudarlos. Son docentes, alumnos, padres y administrativos. Son nuestra esperanza firme y más segura. La opción del desaliento ante el deterioro cultural no es viable; no nos queda otro camino que redoblar la apuesta. Vale la pena.

Junio, 2017

**Nicolás Etcheverry Estrázulas**



# 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 (peer review) 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.

## **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).
- 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 y en inglés.
  - ii) Nombre de los autores con indicación de la institución a la que pertenecen.
  - iii) Dirección electrónica para la correspondencia con la revista.
  - iv) Abstract del trabajo (entre 100 y 200 palabras)
  - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.1. 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) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo el siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.



## DOCTRINA

*CURBELO SOLARI, Ignacio*

**El principio de Oportunidad en el nuevo C.P.P.**

*ESTECHE DE F., Elianne*

**Categorización de Deudores en el Derecho de  
Insolvencia Latinoamericano**

*SCHIAVI, Pablo*

**El derecho al olvido y a la protección de datos personales en Uruguay**

*SCOTTI, Luciana B.*

**Herramientas del Derecho Internacional Privado para prevenir y  
combatir el Tráfico Internacional de niños**



---

# EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO C.P.P.

## The Opportunity or Discretion Principle in The New C.P.P. (Law No. 19.233).

IGNACIO CURBELO SOLARI\*

**ABSTRACT:** El artículo 100 de la ley No. 19.293 introduce por primera vez en nuestro sistema legal penal de mayores **el principio de oportunidad**. El principio de Oportunidad no reglado en el Uruguay. Breve mención al Derecho comparado. Casos en los que el Ministerio Público puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada; artículo 100 de la ley No. 19.293. Funcionamiento del principio de oportunidad. Mediación extraprocésal y acuerdos reparatorios. El principio de oportunidad y las faltas.

**Palabras clave:** Principio, oportunidad, ley No. 19.293.

**KEY WORDS:** Principle, opportunity, law No. 19.233.

### 1. Consideración preliminar

La sanción del nuevo C.P.P (Código del Proceso Penal) por ley No. 19.293 del 19 de diciembre del 2014 deja finalmente atrás –al menos en teoría-, el proceso penal de corte inquisitivo que rigió en nuestro país por más de 35 años luego de que el mismo fuera aprobado en 1980 durante la dictadura militar.

Irureta Goyena en el acto de inauguración del Colegio de Abogados del Uruguay en 1930 decía: “Los códigos requieren que de vez en cuando, alguien les quite el polvo que va dejando en ellos el curso inexorable de los años y ataque la obra un tanto heroica de su remozamiento, ajustándola al nuevo espíritu de los tiempos. De lo contrario los códigos se envejecen, pero como la vejez no los mata, ellos se encargan de envejecer a la justicia, de apolillar el derecho, de retardar la evolución jurídica, de embarazar poco a poco el curso de la civilización”.<sup>1</sup> Aunque el Codificador dedicaba estas palabras para referirse al Código Penal, bien vale traerlas a la memoria en ocasión de la reforma del proceso penal luego de su vigésimo intento de codificación.

El C.P.P. aprobado por el Decreto Ley 15.032 en 1980, rigió durante más de tres décadas y media en Uruguay, y nos concedió un lugar en la triste lista de los países con sistemas penales más vetustos y añejos de América.

Durante todo ese período, el proceso penal inquisitivo imperante hasta la actualidad en Uruguay, ha permitido procesos plagados de defectos e inconstitucionalidades, a saber y entre otros: abuso y desnaturalización de la prisión preventiva, prejuzgamiento,

---

\* Grado 1 en Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ignacio@curbeloabogados.com

1 Irureta Goyena, José, Homenaje a su memoria. Tipografía Atlántida, Montevideo, 1948, pág. 58.

extrema lentitud, carencia de oralidad, Jueces que instruyen, acusan, procesan, disponen o no la prisión, deciden la libertad y sentencian; mayoría de presos sin condena, violación de un plazo razonable para ser juzgado, inversión de la carga de la prueba, presunción de culpabilidad, ausencia de Juez y Ministerio Público en audiencias, nula protección y participación de las víctimas, imposibilidad del ejercicio de una adecuada defensa legal, violación del principio de igualdad de las partes, un Ministerio Público que tiene la facultad de no solicitar el inicio de proceso penal sin mayores fundamentos, etc.

No nos detendremos en el análisis de los puntos antes referidos en cuanto son harto conocidos por la doctrina y todos los operadores del sistema penal, pero fundamentalmente porque tenemos enfrente un nuevo horizonte el cual intenta propiciar un cambio cultural que permita mejorar el sistema judicial penal en su conjunto. Los acontecimientos que se sucedan en los tiempos venideros en la praxis penal serán los verdaderos juzgadores del éxito o fracaso de la implementación del mismo así como de la capacidad, incapacidad y compromiso de todos los actores en su adaptación.

Contrariamente a lo que puede pensarse a priori, en nuestro país rige en otra rama del derecho, un Código Procesal que regula un proceso mucho más ordenado, garantista, claro y moderno que el proceso penal. Me refiero a nuestro C.G.P (Código General de Proceso) aprobado por Ley 15.982 de 1988, que fue la labor codificadora más importante de nuestro país en el siglo XX. Claro está, ello fue producto del estudio de los sistemas procesales demócratas de América latina y en el Código procesal civil modelo para Iberoamérica. Luego de superadas las resistencias y las numerosas críticas iniciales – muchas de ellas basadas en el temor cultural al cambio-, éste Código General del Proceso Uruguayo, es hoy tomado de ejemplo en varios países de América Latina.

El nuevo C.P.P. parece haber aprendido del modelo del G.G.P, intenta seguir ese camino y asimilarse al mismo en algunos aspectos.

El citado cuerpo de leyes que comenzará a regir en el mes de julio del 2017 regula un proceso preponderantemente oral, acusatorio, público, con sucesivas audiencias, plazos más cortos, consagrando a las víctimas como partes con sus correspondientes derechos y estableciendo garantías de defensa.

El Juez ya no instruirá la investigación -la que estará a cargo del M.P (Ministerio Público) -, sino que dirigirá la audiencia preliminar y admitirá o no la formalización de la investigación que supone la sujeción del imputado al proceso, las medidas cautelares que sean pertinentes así como la vía procesal a seguir. Es importante señalar que si éste Juez dispone la prisión preventiva, declinará competencia para ante el Juzgado Letrado de Primer Instancia en lo Penal que por turno corresponda, según lo dispone el artículo 269 inciso 7.

Ello constituye un cambio significativo respecto del sistema anterior en el cual, el mismo Juez que procesaba dictaba luego sentencia, lo que a todas luces era inadecuado e inconveniente. En la praxis jurisprudencial era una circunstancia excepcional que el mismo Juez que hubiera procesado, luego dictaminara la inocencia de la persona, ya que el mismo se encontraba “contaminado” por la resolución inicial que afectaba su impar-

cialidad, implicaba de algún modo reconocer su error inicial y exponía al Estado a un juicio reparatorio patrimonial.

A su vez el artículo 26 prevé que todas las cuestiones formales y sustanciales que se planteen a partir de que la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza definitiva quede ejecutoriada, serán competencia del Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia.

Según se dispone en el artículo 382 de la nueva ley, se deroga en su totalidad el viejo código de 1980, sus modificaciones y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan al presente Código, sin perjuicio de que los juicios en trámite se sigan rigiendo por el Código de 1980 hasta la sentencia definitiva de primera instancia.

Se consagra así un sistema acusatorio regido por los principios del debido proceso legal, el reconocimiento de la dignidad humana, el tratamiento como inocente, la prohibición del non bis in ídem, la oficialidad, la defensa técnica, así como la igualdad entre las partes, la publicidad del proceso, contradicción, duración razonable del proceso, el principio acusatorio y la intermediación.

## 2. Antecedentes

Entre los años 80 y 90 un movimiento reformista avanzó por Latinoamérica en procura de la instalación de un proceso oral y un sistema acusatorio para esos países. Finalmente en el año 1989 se aprobó el Código Procesal Penal Tipo o modelo para Iberoamérica, que no es una ley pero que fue una fuente material de mucha importancia para la nueva codificación procesal penal de toda la región.

Dicho Código modelo consagró en su artículo 230 el principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, que permite que el mismo se abstenga de promover la persecución penal o cese la misma, en determinados supuestos.

Luego de ello, son numerosos los países de Latinoamérica que han consagrado el principio de oportunidad reglado, como ha sucedido con los casos de Perú, Colombia, Ecuador, etc. y finalmente, Uruguay.

El artículo 100 de la ley No. 19.293 que introduce por primera vez en nuestro sistema legal penal de mayores **el principio de oportunidad**, tiene también esos orígenes.

Decimos expresamente de mayores, ya que el Código de la Niñez y la Adolescencia del año 2004 en su Art. 76 literal L dispone el principio de oportunidad como un derecho del menor a los efectos de que se prescinda del procedimiento cuando, por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido no se justifique la prosecución de la acción.

La consagración del principio de oportunidad reglado, busca de este modo desintoxicar en algo la administración de justicia, consagrar una alternativa o excepción al principio de legalidad, descriminalizar o más bien desjudicializar conductas de escasa entidad de daño social, y contribuir a un mejor y más eficiente sistema penal, entre otras

funciones.

Como sostiene Gonzalo Fernández, “la renuncia al procedimiento y a la persecución penal –una solución que en el derecho alemán se le atribuye como facultad al Ministerio Público, lo que es correcto y congruente con el principio de oficialidad de la acción- traduce una expresión franca del principio de oportunidad pues por su intermedio se logra descriminalizar -de jure- el delito de bagatela.”<sup>2</sup>

El principio de oportunidad se plasma entonces como una excepción al principio de oficialidad de la acción entendido éste como la obligación que tiene el Ministerio Público de promover necesariamente la acción penal cuando tuviere la recepción de una “notitia criminis”, así como del principio de legalidad o también llamado de obligatoriedad en el ejercicio de la acción derivado del artículo 10 de la Constitución de la República.

### 3. El principio de Oportunidad no reglado en el Uruguay

Se advierte por la doctrina, como una de las novedades más importantes de éste nuevo Código Procesal Penal, la consagración del principio de oportunidad reglado. Ello ha generado un amplio debate en cuanto a su conveniencia y alcance.

En realidad, el debate llega muy tarde. Uruguay no merecía treinta y cinco años de espera para consagrar el principio de oportunidad reglado. Bastaba solo una ley, sin necesidad de esperar una reforma integral del proceso penal en su conjunto, que hubiera permitido terminar con los excesos que durante años nuestro sistema ha tenido que tolerar.

Si hubo voluntad política de tipificar el delito de la mosqueta, el de reventa de entradas a espectáculos públicos, el delito de intermediación lucrativa para captar socios para las mutualistas – delitos todos que no protegen realmente ningún bien jurídico- bien se pudo haber consagrado antes el principio de oportunidad.

Quizá lo que ocurrió, no ha sido que no se pudo, sino que no se quiso. Debemos tener en cuenta que hasta hace muy poco tiempo el Ministerio Público tenía una muy estrecha relación con el Poder Ejecutivo ya que el mismo funcionaba bajo la égida del Ministerio de Educación y Cultura. Pese a la consagración de la independencia técnica de sus integrantes, resulta muy difícil evitar ser influenciado de algún modo en sus decisiones por la política que en la materia lleva adelante el Poder Ejecutivo. La inexistencia de un principio de oportunidad reglado otorga amplísimo márgenes para dictámenes muy imprecisos.

En nuestra opinión, no es correcto afirmar que en nuestro país no se aplicara el principio de oportunidad antes de la ley 19.230. Muy por el contrario, creemos que se ha hecho uso y abuso del mismo. Se aplicó un principio de oportunidad que al no estar delimitado ni reglado, funcionaba como un gran abanico que “permitía” amplias soluciones. Solo que no se lo llamaba por ese nombre.

2 Fernández, Gonzalo, Crisis de la prisión y medidas alternativas, LJU, Tomo 111, cita online UY/DOC/775/2009.

Resulta cierto que en nuestro país la persecución penal por parte del Ministerio Público -edictada por el principio de oficialidad dispuesto en el artículo 10 del C.P.P anterior- es obligatoria. También es cierto que existe un muy fuerte arraigo y apego al principio de legalidad u obligatoriedad, y que no existía un principio de oportunidad reglado.

Pero no es menos cierto que - pese a ello- Jueces y Fiscales se ingeniaban a través de distintos vericuetos legales recurriendo a dictámenes escurridizos, sin mayores fundamentos legales basados generalmente en “razones de política criminal” para proceder a solicitar unos y disponer otros -obligados éstos últimos por la norma legal y el pedimento del Ministerio Público-, muchas veces, el archivo de actos delictivos sometidos a su consideración cuando mediaban determinadas circunstancias. Vale decir, que la valoración de las mismas dependía de la opinión del Fiscal o Juez interviniente, lo que provocaba que frente a iguales situaciones se concretaran muy distintas soluciones.

En nuestro medio se utiliza de modo intercambiable con la locución “razones de política criminal” fundamentalmente por los fiscales en sus dictámenes, quienes como dueños de la causa pública, vuelven más sencilla la resolución de los jueces en estos casos<sup>3</sup>.

Y ello, en realidad, no constituye el ejercicio del principio de oficialidad de la acción sino la “aplicación disfrazada” del principio de oportunidad.

Los principios de insignificancia y trascendencia resultaron muy importantes en esa tarea.

En ese sentido señala Enrique Ulises GARCÍA VITOR<sup>4</sup> que es necesario evitar excesos de punibilidad, siendo necesario para ello un correctivo a través del principio de insignificancia lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido por determinados tipos penales cuando estos sean materialmente insignificantes. El principio consiste en este sentido en una restricción tácita de los tipos, por tanto una exclusión de los mismos.

Y es cierto que como ha señalado Zaffaroni, “la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base se opera es de ínfima lesividad<sup>5</sup>”. Y, que “en lugar de reconocer la selectividad inevitable del poder punitivo y limitar o reducir drásticamente la expropiación de conflictos, se optó por la utopía de ignorar su selectividad e impedir la alegación de motivos de oportunidad o conveniencia para no hacerlo<sup>6</sup>”.

Así el principio de lesividad indica que no obstante adecuarse una conducta a un tipo o Tatbestand penal, no existirá tipicidad de la misma, por cuanto una acción es definitivamente típica cuando, además de acomodarse objetiva y subjetivamente a un Tatbestand, se adecua también a la función a que está subordinado el tipo legal (protección de

3 Malet Vázquez, Mariana, El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica, FCU, Montevideo, pág. 172.

4 Ulises García Vitor, Enrique Ulises, La insignificancia en el Derecho Penal, Los delitos de bagatela, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 37.

5 Seguí, Ernesto, Límites al poder punitivo, citado por Zaffaroni, Raúl, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Argentina, pág. 123.

6 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1986 pág. 855.

un bien jurídico), y esto ocurre sólo en el caso en que la conducta resulte lesiva<sup>7</sup>.

Vale reconocer que muchas veces esas resoluciones judiciales estaban inspiradas en razones muy valederas y humanas en procura de soluciones más justas, en un derecho penal más humano.

Ello, por ejemplo como cuando se estaba frente a casos en que ocurría la llamada pena natural, constituyendo un ejemplo típico el homicidio culposo por accidentes de tránsito en el cual muere un familiar del autor del delito.

En muchas de esas hipótesis, cuando el Ministerio Público pedía el procesamiento, los Jueces, pese a que no tenían norma legal que los amparara, valientemente – ya que ello significaba violar el principio de legalidad - ordenaban el archivo de las actuaciones, pese a existir claramente un homicidio culposo tipificado como delito en nuestro ordenamiento positivo. Y ello no era en virtud de la aplicación del principio de oficialidad, sino lisa y llanamente la aplicación de un principio de oportunidad inexistente en nuestro derecho.

Así se ha sostenido jurisprudencialmente que: “el principio de oportunidad normalmente le es atribuido al Ministerio Público, quien puede no deducir la acción penal, lo que constituye una excepción al principio de la necesidad del ejercicio de la acción penal.- El Juez no puede dejar de aplicar una clara norma invocando tal principio”<sup>8</sup>.

“La discrecionalidad de los magistrados judiciales no tiene el alcance que se propone en grado anterior. Ya que ni por vía del principio de oportunidad o de la mínima intervención penal o por razones de política criminal puede el Juez archivar el caso”<sup>9</sup>.

Claro está que esas decisiones no regladas dependían de la sensibilidad y la posición filosófica – jurídica de los mismos, lo que provocaba que la incertidumbre sobre esas decisiones fuera total y que la suerte del justiciable dependiera del turno del Ministerio Público o del Juzgado en el que le tocara en suerte caer. Como se ve, una solución injusta a todas luces y violatoria del principio de igualdad.

Pero también es cierto que en otros casos existían actos no ya discrecionales, sino arbitrarios por parte del Ministerio Público no admisibles en un Estado Democrático, quién durante el desarrollo del presuntorio, solicitaba el archivo de las actuaciones. Pedido que además obliga al Juez, quien queda sin poder actuar o iniciar proceso alguno.

Basado en breves dictámenes de no más de una oración, es común ver que se disponían archivos por parte del Ministerio Público por ser: “de naturaleza civil...”, “razones de política criminal”, “no existiendo elementos de convicción” etc.

Resultaba materialmente imposible que se pudiera probar que ese dictamen de archivo basado por ejemplo en la “naturaleza civil del asunto”, era en realidad un acto arbitrario.

El titular de la acción Pública no puede actuar en forma arbitraria y desigual frente a iguales situaciones. El principio de legalidad y oficialidad impone que así se haga

7 Cháves, Gastón, La lesividad de la conducta como elemento de la tipicidad, Revista de Derecho Penal No. 13, FCU, Montevideo, pág. 369.

8 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, LJU 120, 17/03/1999, S 12, cita online UY/JUR/307/1999.

9 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno, Sentencia No. 97, Año 2010.

siempre que exista un delito. Sin embargo, a diario encontrábamos soluciones distintas y contradictorias frente a casos idénticos o muy similares.

En realidad lo que se viene realizando es aplicar en mala forma “una especie de principio de oportunidad” que al no estar reglado, permite una enorme ambigüedad, discrecionalidad y hasta arbitrariedad (más allá de las responsabilidades disciplinarias) para que el dueño del proceso (Ministerio Público) dispusiera el inicio o el fin del mismo antes de que comenzara.

En ese sentido se ha sostenido también a ese respecto por nuestra jurisprudencia que: “El Ministerio Público recurrió a una suerte de principio de oportunidad para desestimar la pretensión deducida, lo cual no resulta ajustado a derecho”<sup>10</sup>.

Éste aspecto se mejora sensiblemente en el nuevo C.P.P. al exigirse ahora, la existencia una resolución fundada para el caso de que se decida no investigar o dar por terminada una investigación como excepción al principio de obligatoriedad de la acción, según se dispone en el art. 98 inciso 1, según veremos más adelante.

Se prevé también en éste caso, una instancia revisiva, ya que el denunciante o la víctima podrá solicitar al tribunal que ordene el reexamen del caso por un fiscal subrogante (art. 98 inciso 2).

Para el caso en que el Ministerio Público decida no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada en ejercicio – no ya como excepción al principio de oficialidad de la acción- sino como resultado de la aplicación del principio de oportunidad, también se requiere que se realice mediante resolución fundada y se remitirán las actuaciones a un fiscal subrogante si el Juez entiende que la decisión del fiscal no se ajusta a derecho (art. 100 incisos 2 y 3).

A partir de Julio del 2017 (fecha de entrada en vigencia de la ley 19.393) y en más, con la consagración reglada del principio de oportunidad consistente en el ejercicio del “ius puniendi” con carácter facultativo, pero no arbitrario y sometido a los límites que se establecen por la ley, la exigencia de resolución fundada, así como la actuación eventual de un fiscal subrogante, se podrán mejorar algunas de las injustas e ilegítimas situaciones antes referidas.

#### 4. ¿Qué es el principio de Oportunidad?

4.1 Señalaba ya hace algún tiempo Armenta Deu <sup>11</sup>que: “el proceso penal, la justicia penal no funciona. Resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la ya citada progresiva incriminación han vuelto a justificar una limitación de aquel a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad”.

Para Langón<sup>12</sup>, frente al principio de oficialidad de la acción que establece que todos

10 Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, Sentencia No. 384, Año 2010.

11 Armenta Deu, María Teresa, Pena y proceso, fines comunes y fines específicos, cita online <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46481.pdf>

12 Langón, Miguel, Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Ediciones del Foro, Montevideo, 2003, pág. 27.

los delitos deben ser perseguidos por el Ministerio Público que está obligado a actuar, se establecen criterios de discrecionalidad reglada que permiten al Magistrado no iniciar o no proseguir la causa.

Según Guaraglia, se puede conceptualizar el principio de oportunidad como la posibilidad concedida al titular de la acción penal –el Ministerio Público– de renunciar a la persecución o desistir de su ejercicio en los casos en que le está permitido, los cuales se hallan taxativamente enumerados por la ley procesal y por regla general su efectividad está sujeta a la aprobación del Tribunal y del interesado<sup>13</sup>.

Se lo describe también como la facultad otorgada al titular de la acción penal para, bajo determinadas condiciones, disponer de su ejercicio con independencia de que se tenga probada la existencia de un hecho punible contra un autor determinado<sup>14</sup>.

Y está muy bien que así sea. Como dice Hassemer<sup>15</sup>: “A corto plazo –desde el punto de vista económico, - y a largo plazo desde el punto de vista político- es poco inteligente obligar de la misma manera e intensidad a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos. Los recursos materiales y personales de dichas autoridades siempre serán insuficientes. Por ello las autoridades concentran su actividad instructora de manera selectiva, por lo cual, por otro lado, también ordena el legislador, en efecto, así se perseguirán intensamente unas conductas, indulgentemente otras, y otras simplemente no se perseguirán. Si el legislador no se aferra estrictamente al principio de legalidad, siempre tiene la posibilidad de aportar a las autoridades instructoras los criterios para una actividad selectiva, como limitar la persecución penal cuando se trate de bagatelas o cuando pueda prescindirse de la persecución penal por determinadas razones”.

#### 4.2. Breve mención al Derecho Comparado.

##### USA.

En los Estados Unidos, el principio de oportunidad constituye la regla general y no se encuentra reglado, de tal suerte que la decisión de perseguir o no determinados delitos le pertenece siempre al fiscal, quien la ejerce, generalmente sin sujeción a un mecanismo formal de control<sup>16</sup>.

En el Derecho Anglosajón, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del “plea guilty”; confesión dirigida a evitar el juicio; y el de “plea bargaining”; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado<sup>17</sup>.

13 Landeira Raquel, Revista Judicatura No. 39, FCU, 1988, pág. 73.

14 D’Albora, Francisco y Morello Agosto, en J.A. 1993- IV-733, citado por Cornejo Abel, Teoría de la Insignificancia, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 68.

15 Hassemer Winfried, La Persecución penal: legalidad y oportunidad, cita online [https://www.researchgate.net/publication/28213364\\_La\\_persecucion\\_penal\\_legalidad\\_y\\_oportunidad](https://www.researchgate.net/publication/28213364_La_persecucion_penal_legalidad_y_oportunidad), pág. 9.

16 Seoane, Gustavo Nicastro, Revista Judicatura No 58, pág. 45, Cade, 2015.

17 Bejarano Farid y Castro Johanna, El principio de Oportunidad en el Derecho Comparado, cita online [repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/416/El%20principio%20de%20oportunidad%20en%20el%20derecho%20com](http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/416/El%20principio%20de%20oportunidad%20en%20el%20derecho%20com)

Alemania.

En Alemania, por el contrario la Ordenanza Procesal Penal regula los casos en que la fiscalía puede prescindir de la persecución de los delitos, formando cuatro grupos vinculados a situaciones en que: a) el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; b) el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo; c) el interés en la persecución penal es opuesto a intereses estatales prioritarios; d) el ofendido puede llevar adelante la persecución penal.<sup>18</sup>

Perú.

En el derecho procesal peruano, y según dispone el artículo 2 del C.P.P, el Ministerio Público puede abstenerse de ejercitar la acción penal cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias del delito, culposo o doloso, siempre que no tenga pena privativa de libertad mayor a 4 años y la pena resulte innecesaria; cuando los delitos no afecten gravemente el interés público así como cuando concurrieran determinadas atenuantes.

Como se advertirá más adelante, el artículo 100 de la ley uruguaya No. 19.293 es bastante similar a éste último modelo, y quizá la diferencia más notable con el sistema peruano es que en éste, el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, puede abstenerse de ejercitar la acción penal en los supuestos antes referidos.

## 5. EL NUEVO CÓDIGO DEL PROCESO PENAL. LEY 19.293

Art. 82 Presupuesto para el ejercicio de la Acción Penal.

La importancia que ha adquirido la víctima en el proceso penal, lleva a que incluso, en algunas legislaciones, sea ésta la titular de la acción penal bajo determinadas circunstancias.

A diferencia de esos sistemas el nuevo CPP mantiene la titularidad de la acción penal en el Ministerio Público.

Dispone el artículo 82 del nuevo cuerpo de leyes en su capítulo I – Presupuestos para el ejercicio de la Acción Penal:

*“La acción penal es pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario salvo las excepciones establecidas por la ley.”*

### V. El principio de oportunidad en la ley 19.293. Artículo 100

Si bien la denominación de principio de oportunidad sugiere una razón temporal, y así lo hace ésta ley exigiendo que hayan transcurrido 4 años desde el hecho -, se consagra no sólo dicha hipótesis, sino también otras de distinta naturaleza, referidas a la escasa entidad del delito, el interés público, la calidad de funcionario público del sujeto activo del delito y la grave aflicción causada al imputado en delitos culposos.

---

parado.pdf?sequence=1, pág 21.

18 Ídem, pág. 45.

### Titulo III. De la Acción Penal. (Principio de oportunidad)

100.1 *El Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en los siguientes casos:*

*a) cuando se trate de delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad, o que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones;*

Con esta primera hipótesis, se consagra el principio de insignificancia; la ley busca dejar de lado y evitar perseguir los delitos denominados de bagatela (cosas de poca sustancia, valor o estimación) que son delitos menores de índole generalmente patrimonial en los que no hay daño al bien jurídico tutelado o éste es mínimo, de escasa reprochabilidad; llevar la praxis penal a un derecho penal mínimo y que la respuesta penal sea la última ratio.

La preocupación de la doctrina por dar solución dogmática al problema se presenta a partir, como es obvio de la existencia de pronunciamientos judiciales que, aferrándose a una tipicidad formal, punían comportamientos que la mínima idea de racionalidad del sistema jurídico penal indicaba que debían quedar fuera de su alcance. Estos casos, que por otra parte si bien preocupantes, no han sido al menos en nuestro país masivos debido al sentido común de la magistratura que, recurriendo a métodos para-procesales los han excluido del sistema, merecen un detenido análisis<sup>19</sup>.

Las conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, resultan, en principio atípicas, por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer<sup>20</sup>.

Al no precisar la ley el concepto de “escasa entidad”, la valoración de la misma queda supeditada a la discrecionalidad del M.P. en el caso concreto.

Esta valoración, claro está, debe respetar además, el hecho de que el límite legal punitivo mínimo no supere los dos años, que no comprometa el interés público, y que no haya sido cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Como se observa, se trata de 4 requisitos que deben darse en **forma acumulativa**: a) escasa entidad; b) pena mínima que no supere los 2 años; c) que no comprometa el interés público; y d) que el responsable no fuera un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

El concepto de escasa entidad, parece referirse en este caso a la gravedad de la pena más que a la importancia del bien jurídico tutelado, estableciendo el límite en un mínimo de dos años, lo que abarca los llamados delitos excarcelables.

19 Ulises, García Vitor, Enrique Ob cit., pág.15.

20 Ulises, García Vitor, Enrique; Ob cit., pág. 19.

Podría pensarse a priori entonces, que frente al delito del artículo 310 del Código Penal - homicidio simple - castigado con pena mínima de veinte meses de prisión, el Ministerio Público podría aplicar el principio de oportunidad.

Pues bien, creemos que ello no es posible ya que la ley exige que no se comprometa el interés público.

Respecto al concepto de interés público, nuestros tribunales han sostenido que el giro interés público es equiparable al interés general, al interés colectivo, de una sociedad, o de una región determinada. Estas nociones que particularizan aspectos colectivos componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad y que se dirigen hacia un fin principalmente colectivo. Véase LJU. c. 14.306 (T.A.P 1º Sent. 43/2001)<sup>21</sup>.

“En este caso, el bien jurídico violentado (la vida) impide que el delito sea considerado de escasa entidad y que no compromete gravemente el interés público. En principio, lo mismo podría llegar a decirse de las lesiones dolosas, sean personales, graves o gravísimas (Arts. 316, 317 y 318 del C. Penal, pero habrá que estar a las particularidades que presente cada caso<sup>22</sup>.

*b) si se trata de delito culposo que haya irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena;*

Ya nos hemos referido al tema de la pena natural. Nuevamente aquí es el Ministerio Público quien deberá valorar lo que se entiende por “haber sufrido una grave aflicción mayor a la aplicación de una pena”.

No se trata de un criterio objetivo sino valorativo, aplicado en cada caso concreto. Así por ejemplo, la pérdida de un familiar a manos de una imprudencia vehicular del imputado podrá consistir o no una grave aflicción. Así podrá serlo, la pérdida de su concubina de toda una vida, y no constituir la misma, la pérdida de su ex cónyuge o de un hermano que vive en el exterior y con el cual no se tiene relación desde hace años.

*c) si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presuma que no haya de resultar pena de penitenciaría, no concurriendo alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción.*

Esta hipótesis refiere al principio de oportunidad en cuanto a la temporalidad del hecho delictivo, fijando un límite mínimo de 4 años desde la comisión del mismo cuando se presuma que no haya de resultar pena de penitenciaría.

Resulta interesante señalar que, según dispone el artículo 16 del Código Penal, **las leyes procesales se aplican a los delitos cometidos con anterioridad a su vigencia.**

21 De Cores, Carlos y Cal, Juan, El concepto de interés Público y su incidencia en la contratación administrativa, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, cita online [revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf](http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf), pág. 132.

22 Seoane, Gustavo Nicastro, Revista Judicatura No 58, , Cade, 2015, pág. 55.

En consecuencia, una vez que comience a regir el nuevo Código, podría intentarse solicitar la aplicación del principio de oportunidad a hechos anteriores a la ley, por ejemplo, si ya han transcurrido más de 4 años de la comisión del hecho o si se diera alguno de los otros supuestos previstos en el artículo 100.

## 6. ¿Cómo funciona el Principio de Oportunidad?

a) En primer lugar, debemos señalar que si el Ministerio Público decide no iniciar la persecución penal en caso de asistir a un hecho delictivo o abandonar la ya iniciada, lo debe hacer por **resolución fundada**.

Ello marca una ostensible mejora con el sistema actual en el cual es usual que el Ministerio Público solicite el archivo de un expediente sin prácticamente brindar explicaciones como ya hemos mencionado anteriormente.

Ahora bien.

Se debe tener presente, que por resolución fundada debe entenderse un dictamen que contenga un conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho, en que se apoya una decisión judicial<sup>23</sup>.

Por lo que no puede sencillamente resolverse la cuestión -como se estila en muchas oportunidades- diciendo por ejemplo: *“Se dispone el levantamiento del secreto Bancario por “resolución fundada”*.

El hecho de transcribir el término “resolución fundada” no exime a su autor de la realización de un dictamen que explique las razones de hecho y de derecho que motivan las misma.

b) Posteriormente se debe remitir la misma al tribunal competente, al denunciante y la víctima.

c) El Juez debe realizar un control de regularidad formal.

También a diferencia del sistema hasta hoy vigente, en el cual el Juez nada podía hacer frente a una solicitud de archivo por parte del MP, en éste caso, el Juez realiza un control de la regularidad formal de la resolución.

Entendemos que el Juez no puede entrar en el fondo de la cuestión, como por ejemplo considerar que no se trata un delito de escasa entidad si así lo hubiera valorado el Ministerio Público, sino que por el contrario debe limitarse a verificar que el caso se encuentre dentro de alguna de las hipótesis del artículo 100.

e) Si el mismo entiende que no se ajusta a derecho por no encuadrar en las previsiones del mencionado artículo, debe remitir las actuaciones al fiscal subrogante, quedando el primero impedido de actuar.

Funciona así entonces una especie de revisión o nuevo control por parte de otro integrante del Ministerio Público para el caso en que el Juez considere que la decisión no se ajusta a derecho, operando ello como una garantía para víctima e imputado.

f) El Fiscal subrogante deberá expedirse dentro del plazo de 20 días y su resolución es definitiva.

### **Ventajas de su aplicación.**

Si bien creemos que el principio de oportunidad traerá aparejado mejoras en nuestro sistema penal, debemos tener en cuenta que -como señala Armenta Deu- el mismo surge - y la historia así lo demuestra - ante la imposibilidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor<sup>24</sup>.

### **Ventajas:**

- Plasma una excepción reglada al principio de la oficialidad de la acción.
- Permite descriminalizar los delitos de bagatela, los casos en que ocurre la pena natural y cuando el transcurso del tiempo torna innecesaria la aplicación de una pena.
- Establece soluciones normativas enunciadas taxativamente en tres casos concretos.
- La resolución de no iniciar la persecución penal o abandonar la misma debe ser por resolución fundada.
- Existe un control de regularidad formal por parte del Juez de la decisión del M.P. de aplicar éste principio.
- Se comunica al denunciante y a la víctima.
- Existe una especie de instancia revisoria, ya que si el Juez entiende que la decisión del fiscal no se ajusta a derecho, éste queda impedido de actuar y se remiten las actuaciones a un fiscal subrogante.
- Implica un tibio cambio de orientación ante el creciente proceso de criminalización y aumento de penas.

### **Críticas:**

- Deja de lado completamente a la víctima ya que no se requiere de su consentimiento para la renuncia de la persecución o abandono penal de la misma.
- No se establece qué debe entenderse por delitos de escasa entidad, concepto que queda librado a la discrecionalidad del MP.
- El plazo de cuatro años parece excesivo, pues existen delitos con prescripción de

24 Deu, Armenta, ob. Cit., pág. 459.

dos años (art.117 inc.3 del C. Penal).

## 7. Addenda.

### El principio de oportunidad, mediación extraprocésal y los acuerdos reparatorios

Señala Aller, que: deben procurarse mecanismos alternativos para dirimir conflictos penales sin la hiperinflación que ya se padece en los juzgados y tribunales uruguayos. La solución que se presenta más efectiva en otras latitudes es “despenalizar” el conflicto desviándolo a instancias con intervención de expertos en Derecho y otras áreas que interactúen mediando, conciliando y reconciliando a víctimas y victimarios<sup>25</sup>.

Sin haber entrado en aún en vigencia y postergada una vez más, ahora hasta el 16 de Julio del 2017 la aplicación de la ley 19.293, la misma ya ha sufrido modificaciones.

Es el caso de los artículos aprobados de los proyectos de ley correspondientes a los distribuidos números 727 y 731/2016 en la sesión del 7 de Junio que regula la mediación extraprocésal y los acuerdos reparatorios entre otros.

En efecto en el artículo 7 de dicho proyecto se dispone incorporar a la ley No. 19.293 el artículo 384 y siguientes, mediante los cuales se regula la **mediación extraprocésal** como un mecanismo de resolución de conflictos en casos que no revistan extrema gravedad. En esas circunstancias el MP **puede** derivar el caso a formas extraprocésales de resolución del conflicto, lo que requiere la conformidad de autor y víctima para iniciar dicho proceso restaurativo.

Ahora bien. Nada se dice sobre cual es la consecuencia de arribar a un acuerdo entre las partes. Suponemos que el espíritu de dicha norma es que en ese caso de prosperar la mediación, no exista prosecución penal por parte del Ministerio Público, al haberse “solucionado” el conflicto a través de éste medio alternativo.

Pero qué ocurre entonces si no hay acuerdo? El Juez debe iniciar la persecución penal debido al fracaso de la mediación?

Si ello fuera el caso, la solución es muy mala porque el supuesto autor del delito podrá encontrarse frente a una especie de “mediación extorsiva”, debido a que la iniciación del proceso penal en su contra dependerá del arreglo –generalmente económico- que acepte o no la víctima.

Por otra parte tampoco se establece -mas allá de la procedencia de esta vía alternativa para aquellos casos que no revistan gravedad- cuáles son los parámetros que debe utilizar el Juez para hacer uso de esta potestad facultativa que le otorga el art. 384.

La mediación extrajudicial parece tener estrecha vinculación con el principio de oportunidad consagrado en el artículo 100 por cuanto uno de sus criterios de aplicación es justamente la escasa entidad del delito.

25 Aller, Germán, Acerca del Código del Proceso Penal y sus modificaciones antes de entrar en rigor, cita online [http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/cpp\\_aller.pdf](http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/cpp_aller.pdf).

La decisión de optar por la aplicación del principio de oportunidad sin más, o la de derivar el conflicto a una mediación extrajudicial a los efectos de buscar resolverlo por esa vía, queda al exclusivo arbitrio del Ministerio Público. Ello tampoco parece acertado ya que la víctima reclamará en todos los casos de delitos de menor gravedad, la aplicación de éste ámbito de resolución a los efectos de ver recompensados los males causados por el delito por parte de su autor.

Por ello, la aplicación del principio de oportunidad liso y llano, decidiendo no iniciar persecución penal ni derivar el tema a la mediación, podrá constituir una situación desigual con aquellos casos en los que el Ministerio Público sí decida hacerlo.

Por otra parte, el artículo 7 del mencionado proyecto incorpora a la ley el artículo 395 que prevé los acuerdos reparatorios. Los mismos pueden ser suscritos por el imputado y la víctima desde el momento de la formalización de la investigación y durante todo el proceso, en los casos en que no exista interés público en la persecución o cuando la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello.

El Juez de oficio o a petición del Ministerio Público podrá negar la homologación del acuerdo, resolución que es apelable con efectos suspensivo.

El cumplimiento del acuerdo reparatorio tiene como consecuencia la extinción del delito.

Obsérvese que las hipótesis de procedencia del acuerdo reparatorio –previstas en el artículo 396- son similares y algunas comunes, a las del artículo 100 relativo al principio de oportunidad, por lo que ambos institutos se encuentran en estrecha relación.

## **8. Las Faltas. Libro III del Código Penal (Ley No. 19.120)**

Su Inaplicabilidad.

En nuestra opinión el principio de oportunidad legislado en el inciso a) del artículo 100 de la ley 19.293 apareja como consecuencia la inaplicabilidad y hace prácticamente desaparecer el régimen de las faltas previsto en el Libro III del Código Penal, reguladas por la ley 19.210 del 20 de agosto del 2013.

Nuestro sistema ha dejado de lado la clásica división bipartita de delitos y faltas, para pasar a una clasificación tripartita de crímenes, delitos y faltas según se dispone en el artículo 2 del Código Penal luego de la modificación introducida por el artículo 1 de la ley No. 18.026 del año 2006.

Si bien hay quienes sostienen que entre un delito y una falta existe una distinción de carácter ontológico, sustancial y no sólo de grado, en nuestro sistema, la diferencia radica en la mayor gravedad del hecho ilícito en el delito propiamente dicho respecto a las faltas, lo que provoca que éstas últimas se castiguen únicamente con pena de multa o trabajo comunitario. Así lo dice el Codificador al establecer que: “La falta, en substancia

es un delito poco grave, como el delito es una falta de máxima gravedad”<sup>26</sup>.

Señala Soler<sup>27</sup>, que las contravenciones se reprimen por mera utilidad social, importan una desobediencia y perjudican sólo la prosperidad.

Incluso hay quienes que como Aller<sup>28</sup>, consideran que las faltas carecen de fundamento científico y jurídico; y que no son desde el punto de vista conceptual, un delito.

Las faltas o delitos enanos como los llamaba Enrico Ferri, o sea los delitos de bagatela o insignificancia, constituyen la razón de ser de la aplicación de ésta primera hipótesis del principio de oportunidad, lo que es congruente además, con la opinión de la comisión de reforma del Código Penal creada por el artículo 22 de la ley No. 17.897 que considera que deben eliminarse en su totalidad las mismas.

Como hemos visto, los requisitos exigidos por el inciso a) del art. 100 del nuevo C.P.P. para poder aplicar el principio de oportunidad refieren a: i) que se trate de delitos de escasa entidad; ii) que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima supere los dos años; o iii) que hayan sido presumiblemente cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Pues bien, respecto a la primera exigencia, las faltas son siempre en esencia de delitos de escasa entidad ya sea se las considere delito o infracciones administrativas; no comprometen gravemente el interés público y son castigadas con multa o trabajo comunitario pero nunca con prisión, por lo se cumple también el requisito de que el delito no tenga una pena que supere los dos años.

En consecuencia, únicamente continuarán siendo aplicables, para el caso de que las mismas sean cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lo que sólo puede darse en algunas de las hipótesis de la ley 19.120.

Así entonces, prácticamente se torna inaplicable todo el capítulo Libro III de nuestro Código Penal, eliminándolas o tornándolas inaplicables por medio de ésta vía indirecta de aplicación del principio de oportunidad.

## 9. Conclusión

Finalmente, como decía Hassemer, la relación entre legalidad y oportunidad en la persecución penal en la práctica del Derecho, no es tanto un problema de textos legales como una consecuencia de la fáctica *implementación del Derecho*. Efectivamente, un Derecho Procesal -por muy inteligentemente configurado que esté y por muy acorde que sea con los principios del Estado de Derecho- sólo vinculará a la persecución penal si las autoridades instructoras y Tribunales penales así lo deciden. Por ello, la mixtura lega-

26 Irureta Goyena, José, Proyecto del Código Penal Uruguayo, Exposición de motivos, Capítulo XXII.

27 Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo 1, TEA, Buenos Aires, 1992, pág. 294.

28 Aller, Germán, Crítica al Proyecto de ley Sobre Faltas, cita online [wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-faltas-cau-2013.pdf](http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-faltas-cau-2013.pdf).

idad-oportunidad, depende finalmente de la ética de las autoridades y Tribunales, del control del público y de la confianza de la población en el Derecho<sup>29</sup>.

La regla de la oportunidad bien aplicada por los fiscales, a la luz del día, bajo control de la superioridad de las partes en el proceso y del juicio de la comunidad puede cumplir un rol relevante de contención del poder, especialmente útil en esta época de inflación penal, como una manera eficaz de salvaguardar los principios esenciales de un derecho penal de mínima intervención, característico de los estados de derecho<sup>30</sup>.

El principio de oportunidad que comentamos, inspirado en una lógica reduccionista, supone al menos un visible apartamiento de la inusitada expansión penal adoptada en los últimos años, que replantea el problema que preocupa a todos los penalistas, en ese eterno escollo de saber si es realmente delito todo aquello que el legislador se le ocurra designar como tal mediante la imposición de una pena o sólo lo es aquello que está en contra de las valoraciones universales, meta jurídicas, que derivan de la misma naturaleza y de los presupuestos básicos de la vida en sociedad, fundados en la libertad y la responsabilidad del individuo.-

---

29 Hassemer, Winfried, La persecución penal: legalidad y oportunidad, Ob cit., pág. 11.

30 Langón, Miguel, Excepciones a la obligatoriedad de la Acción Penal, Revista de la Universidad de Montevideo, Número 27, año 2015, pág. 211.



# CATEGORIZACIÓN DE DEUDORES EN EL DERECHO DE INSOLVENCIA LATINOAMERICANO

## CATEGORIZATION OF DEBTORS INSIDE THE LATIN AMERICAN INSOLVENCY LAW

*ELIANNE ESTECHE DE F.\**

### RESUMEN

El siglo XXI está marcado por un evidente proceso de humanización del régimen de insolvencia. El presupuesto subjetivo está siendo rediseñado, otorgando mayor relevancia al concurso de la persona natural. La unidad subjetiva y la exclusividad del régimen para quienes desarrollan una actividad económica, empresarial o comercial, presente en el Derecho Latinoamericano debe ser cuestionada, resultando fundamental la categorización de deudores. Incluso, el reconocimiento de un deudor que, por razones específicas: el desempleo, los gastos médicos extraordinarios ocasionados por una súbita enfermedad, los conflictos familiares, la muerte repentina, alimentación, vivienda, en otras palabras, causas que entran dentro del riesgo que conlleva el ejercicio del vivir cotidiano, se ve incurso en lo que se ha denominado sobreendeudamiento, incluyendo el sobreendeudamiento del consumidor, por deudas originadas en el consumo, impone un cambio coyuntural.

**Palabras claves:** Insolvencia. Persona natural. Categorización. Derecho Latinoamericano.

### ABSTRACT

The twentieth century is mark by an evident process of humanization of the insolvency regime. The subjective budget is being redesign, demanding bigger relevance to the contest of the natural person. The subjective unity and the exclusiveness of the regimen for those who perform an economic, administrative or commercial activity inside the Latin American Law must be questioned, being crucial the categorization of debtors. Even though, the recognition of a debtor, whom for specific reasons: unemployment, medical expenses caused by a sudden disease, personal issues, unexpected death, food, dwelling; in other means, several causes that happen in the current living, it is immersed in what is being called "over-indebtedness", including the over-indebtedness of the consumer because of debts originated by consumerism, impose a well-timed change.

**Key words:** Insolvency. Natural person. Categorization. Latin American Law.

---

\* Profesora Titular, Especialista y Doctor en Derecho Mercantil de la Universidad de Los Andes

## SUMARIO

**INTRODUCCION. 1. Antecedentes de la regulación del Presupuesto Subjetivo en el Régimen de Insolvencia. Referencia especial al Derecho Latinoamericano. 2. El concurso o la insolvencia de la persona natural con liberación de deudas en el Derecho comparado. 3. Situación en el Derecho Latinoamericano. 4. A modo de reflexión. REFERENCIAS.**

## INTRODUCCIÓN

En el régimen concursal o de insolvencia, el *presupuesto subjetivo* determina los sujetos que pueden ser declarados en concurso. Las reformas acaecidas en el Derecho Latinoamericano han marcado una clara tendencia hacia la generalización, hacia la indiferenciación del sujeto pasivo, resultando aplicable a todo deudor y en algunos casos a toda persona que realice una actividad económica o empresarial, justificado por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia y por la tendencia a simplificar el procedimiento.<sup>1</sup> Concepto moderno que dejó a un lado la concepción sancionatoria del deudor insolvente, entendiendo que la situación de insolvencia es más un problema económico que una situación de mala fe o el deseo de defraudar al acreedor.<sup>2</sup> Sin embargo, ante la aparición de un nuevo protagonista económico: el consumidor,<sup>3</sup> la reformulación del presupuesto subjetivo resulta obligatoria. En palabras de Kleidermacher, resulta “imprescindible distinguir la distinta envergadura económica, trascendencia social y fenomenología específica que pueden tener los sujetos pasivos concursales, para signarles un procedimiento acorde con su singularidad ya que solo así podrá pretenderse dotar de eficacia al sistema”. Agregando, “...resulta imposible...involucrar en un mismo proceso al pequeño comerciante, al actualmente denominado “consumidor”, y con el mismo tratamiento considerar el concurso de una gran empresa con enorme trascendencia social y económica...”.<sup>4</sup> Solo que deben hacerse ciertas consideraciones.

En primer lugar, hay que distinguir la insolvencia del sobreendeudamiento del consumidor o endeudamiento excesivo, el cual puede o no llevar a la insolvencia.

Como menciona Vítolo, si bien el sobreendeudamiento puede devenir en insolvencia,<sup>5</sup> necesariamente no lo es, mientras que el deudor siga cumpliendo con sus obligaciones. La situación o el estado del deudor no es de incumplimiento, considerado hasta ahora como el presupuesto objetivo o material de la insolvencia, sino por el contrario,

1 FERNANDEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, (Ponencia, 2009). Disponible en: <http://www.observatoridesc.org/files/seijo.pdf>

2 TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., “Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, (Maestría en Derecho Empresarial). Disponible en: [http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley\\_insolvencia\\_persona.pdf?](http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley_insolvencia_persona.pdf?)

3 DASSO, J., “La insolvencia del consumidor”, en Estudios de Derecho Empresarial, vol. Especial, n° 6, 2015, pp. 81 y ss.

4 KLEIDERMACHER, A., “Hacia un ecosistema del régimen concursal”, en AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 65, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012, pp. 597-616.

5 FILIPPI, L., KEMELMAJER, A., VITOLO, D. y LORENTE, J., “Panel abierto sobre la insolvencia del consumidor”, en Derecho al Día, Año VIII, n° 142, 2009.

“hay un “cumplimiento forzado” de sus obligaciones que por vía de la bancarización del sistema de pago afecta a su salario con retención o afectación en la fuente en medida que el remanente disponible resulta insuficiente para solventar sus necesidades vitales básicas”.<sup>6</sup> De ahí que el consumidor sobreendeudado -aun cuando su noción no sea unívoca-, es definido por la doctrina en estos términos:

“El sobreendeudamiento del consumidor designa un estado de exceso de deudas que no implica necesariamente el incumplimiento con sus obligaciones pero que le llevan a la acuciante situación de ingresos insuficientes para cubrir necesidades básicas”.<sup>7</sup>

Igualmente hay que distinguir dos tipos de endeudamiento en razón de su origen, de acuerdo con Beltrán,<sup>8</sup> endeudamiento activo y endeudamiento pasivo.

“El endeudamiento activo denomina al fenómeno generado en préstamos variados al consumo lúdico o útil pero en todo caso voluntario, tales el endeudamiento hipotecario para adquirir vivienda, o viajar, o adquirir bienes o utilizar servicios todos conducentes a las distintas necesidades ordinarias de la cotidianidad, alimentarse, comer, viajar, educarse.

El endeudamiento pasivo en cambio, tiene origen en una circunstancia no deliberada, en cuya ejecución no intervino la voluntad sino impelida por la necesidad: enfermedad, divorcio, despido”.

La doctrina, indudablemente cuestiona si es digno de merecer protección particular, sólo el sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, pero no el consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos a los que ya desde un principio no podía hacer frente. Es decir, si solamente el endeudamiento pasivo debe desplazar parte de los riesgos al acreedor,<sup>9</sup> entrando a considerar, si el deudor es de buena fe o mala fe.

En segundo lugar, comprendido lo anterior, y asumiendo que cada vez más resulta imprescindible, la regulación del sobreendeudamiento -constituyendo una característica constante la no exigibilidad del presupuesto material clásico significado por la insolvencia o la cesación de pagos desplazado por un simple criterio de previsibilidad o de mera intuición del deudor de que meras dificultades son susceptibles de llevarle a la consolidación de la todavía embrionaria insolvencia-;<sup>10</sup> la doctrina se cuestiona también sobre la

6 DASSO, J., *op. cit.*, pp. 83.

7 Ídem.

8 BELTRÁN, E., “Insolvencia de las familias en la Ley concursal española”, cita de: DASSO, J., *op. cit.*, pp. 83.

9 TRUJILLO, I., “El sobreendeudamiento de los consumidores”, (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Disponible en: <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>

10 DASSO, A., “La paradójica inmisión de la extraconcursalidad en el nuevo derecho concursal del Siglo XXI”, La legislación sobre insolvencia en la actual crisis financiera – *Insolvency Law in the Current Financial Crisis* (Seminario, 2012)

forma más adecuada de hacerlo. En este sentido, algunos ordenamientos han preferido afrontar la situación desde el Derecho del Consumidor (sistema francés), otros desde el Derecho de la Insolvencia (sistema americano), aun cuando hay que reconocer que en la mayoría de ordenamientos el régimen de la insolvencia está diseñado para las empresas no para la persona física, individual o simplemente consumidora, que ha sido relegada a un segundo plano, incluso para algunos autores ha tenido un uso casi residual,<sup>11</sup> en consecuencia, la posibilidad de prevención (sistemas de alertas tempranas) en caso de sobreendeudamiento, o de simple recuperación personal a través de un mecanismo de segunda oportunidad “*fresh start*”, no encuentra una adecuada regulación ni siquiera un tratamiento uniforme.

Ahora bien, la situación desde esta última perspectiva, sobre todo en el caso del Derecho Latinoamericano, obliga previamente entre otras cosas a la necesaria categorización de deudores, requiriendo de una reforma integral que -según Barreiro-,<sup>12</sup> atienda diversas cuestiones de la “nueva agenda concursal”, entre ellas la imposibilidad de seguir adscribiendo al modelo de proceso “único” para toda situación de insolvencia, sin importar la magnitud del sujeto en problemas, es decir, la naturaleza del concursado. En este sentido afirma: la unidad de los procedimientos concursales, no es hoy la mejor solución al fenómeno de la insolvencia, “...cada vez más, resulta necesario proveer diversos mecanismos procesales para atender a fenómenos de insolvencia disímiles”.<sup>13</sup> Ya lo advertía Dasso en su oportunidad, cuando mencionaba la presencia en diferentes ordenamientos de procedimientos especiales para las distintas categorías de deudores, lo que implicaba un presupuesto subjetivo “sectorizado”.<sup>14</sup>

Bajo este planteamiento debe distinguirse dentro del presupuesto subjetivo la condición del deudor como persona jurídica o física, consumidor, empresario o profesional, los cuales no pueden someterse a un mismo tratamiento; debiendo incluso establecer diferencias según la procedencia u origen del endeudamiento, a fin de lograr una verdadera protección particular frente al fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores,<sup>15</sup> debiendo no solo solventar este problema sino la ulterior insolvencia del particular, incluyendo su posible recuperación, como en su oportunidad se estableció para las empresas.

Centrando la atención en este punto, ciertamente algunas legislaciones, sin dar una respuesta en particular, tratando de buscar una solución legal e integral a la situación,

---

Zaragoza. Disponible en: <http://www.lawyerseekeurope.com/boletines/ficheros/DASSO,%20Ariel%20-%20La%20paradogica%20inmision%20de%20la%20extraconcursalidad%20en%20el%20nuevo%20derecho%20concursal>

11 CEBRIÁN, J., “Mecanismo de segunda oportunidad. El concurso de la persona física”, (Máster Universitario). Disponible en: [http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc\\_num.php?explnum\\_id=1375](http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=1375)

12 BARREIRO, M., “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado”. Disponible en: <http://www.dictum-abogados.bthemattic.com/files/2012/03/articulo-colaboracion-marcelo-barreiro.pdf>

13 BARREIRO, M., “Pautas para la regulación de un procedimiento para el concurso mínimo”, en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 2009, pp. 3.

14 DASSO, A., “Tendencias actuales del Derecho Concursal”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial n° 6, 2015, pp. 170.

15 TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 167.

han optado por incorporar a su normativa concursal común procedimientos de naturaleza saneatoria, implementando a favor del consumidor, sistemas preventivos, conciliatorios, de restablecimiento personal, otorgando lo que se ha llamado una segunda oportunidad o nuevo comienzo, a través de la descarga o liberación del deudor de todas las deudas con causa u origen anterior al inicio del procedimiento.<sup>16</sup>

Sin embargo, en referencia al Derecho Latinoamericano, aun cuando desde 2004, en la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre regulación de insolvencia se indicó la necesidad que los Estados evalúen el tema de la situación de los llamados “deudores civiles”, desde la óptica del reconocimiento de un “*fresh start*”, planteando la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante una exoneración, liberación del deudor de su responsabilidad respecto de una parte o la totalidad de ciertas deudas tras la clausura del procedimiento,<sup>17</sup> en la mayoría de las legislaciones ni siquiera se da una solución adecuada al concurso o la insolvencia de la persona natural, en tanto, se somete a todos los deudores al mismo régimen sin categorizar, sin diferenciar la situación de crisis económica o insolvencia de los empresarios y de las personas físicas y mucho menos se regulan mecanismos de liberación de deudas. Más bien existe una sólida presencia del principio de responsabilidad patrimonial universal una vez finalizado el concurso, en virtud del cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros y una marcada exclusión social.

Por todo lo expuesto es preciso verificar en primer lugar, los antecedentes de la regulación del presupuesto subjetivo en el régimen de insolvencia, con referencia especial al Derecho Latinoamericano. En segundo lugar, el tratamiento dado al concurso o la insolvencia de la persona natural en los diferentes sistemas incorporando el mecanismo de liberación de deudas desde la perspectiva del Derecho de la Insolvencia. Y por último, en tercer lugar, verificar la situación en el Derecho Latinoamericano.

## 1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL PRESUPUESTO SUBJETIVO EN EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO LATINOAMERICANO

Tomando como referencia inicial, el Derecho romano, si bien no existía, dentro del incipiente procedimiento concursal, distinciones relativas a su calidad o categoría económica del deudor, sí había en cambio, una distinción derivada de la condición social, los deudores pertenecientes al rango senatorial se libraban de una ejecución universal de sus bienes y quedaban sometidos a un procedimiento más benévolo, consistente en una venta detallada de los mismos, de la que quedaba excluida toda nota infamante (*bonorum distractio ex senatus consulto*).<sup>18</sup>

Más tarde, desde el siglo XIV hasta el XVI, en el derecho estatutario de las ciudades

16 DASSO, A., “Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica y la Ley Española en el nuevo mundo concursal”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/publicaciones/Ariel%20Dasso/las%20reformas%20de%20>

17 COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725_Ebook.pdf)

18 SOSA, M., “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”, en Revista de Estudios Históricos-jurídicos, n° 20, 1998, pp. 13.

italianas de Bolonia, Florencia, Génova, Padua, Venecia, Milán -que fue la elaboración más importante en materia de quiebras de este período-, fue característica común la aplicación del procedimiento a toda clase de deudor, sin distinción alguna.

Sin embargo, en las Ordenanzas de Bilbao, siendo la más completa la de 1737, seguida por las legislaciones hispanas, la aplicación de la institución de la quiebra, procedía únicamente si el deudor era calificado como comerciante.

“Cualquiera comerciante, que considere hallarse precisado a dar punto a sus negocios, estará obligado a formar ante un extracto, o memoria puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas y haberes, mercancías existentes y alhajas, y demás bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios y números debidos; y entregarle por sí, o por otra persona en manos del prior, y cónsules”.<sup>19</sup>

Asimismo, durante la época de la Codificación francesa, si bien se movían sentimientos individualistas, igualitarios; también se quería castigar de forma más severa a los comerciantes fallidos que eran en su mayoría los que quebraban. Por un lado, se buscó a través de los Códigos una ley única que regulara a todos por igual, sin distinción de clases ni condiciones, no era el derecho de los comerciantes sino de los comerciantes y no comerciantes (sistema objetivo), sin embargo, por otro lado, estableciendo la dualidad legislativa, separando la regulación del Derecho privado en dos textos legales, en materia de Derecho concursal, se dispuso la quiebra únicamente aplicable a deudores calificados como comerciantes, regulada en consecuencia por el Código de comercio, mientras que para deudores civiles, se estableció el concurso de acreedores contenido en el Código civil.<sup>20</sup>

Hasta la primera codificación (1804-1807) las distinciones referidas al deudor iban desde su condición social: senadores o no en el Derecho romano; a no efectuar ninguna distinción aplicando el procedimiento a todo tipo de deudor en el Derecho estatutario; hasta la distinción según la condición profesional o actividad: comerciantes o no de las Ordenanzas de Bilbao y el Derecho francés, marcando la dicotomía civil-mercantil.

En todo caso, la única diferencia que se establecía para los deudores, era su condición profesional o actividad, en tanto, si era comerciante se le aplicaba el procedimiento de quiebra, de lo contrario quedaba excluido y debía someterse al procedimiento civil: cesión de bienes, concurso de acreedores. Bajo esta forma, para el deudor-persona física o natural, es decir, no comerciante, la regulación estaba prevista por el Derecho civil, fuera del ámbito mercantil; régimen adoptado por la mayoría de los ordenamientos que incorporaron la codificación francesa a sus primeras regulaciones.

De modo diferente, el sistema norteamericano, a través de la “*Bankruptcy Act*” de 1898, aplicó su normativa a todas las personas; igual el derecho alemán, que incorporó gran parte de los institutos que conforman el sistema concursal de la “*Bankruptcy*” esta-

19 MONTILLA, J., “Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>.

20 ESTECHE, E., “El sistema societario venezolano”, en AAVV. Bicentenario del Código de Comercio francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Coordinadores: Alfredo Morles Hernández-Irene Valera, Serie Eventos 25, Caracas: 2008, pp. 812 y ss.

dounidense,<sup>21</sup> el régimen de quiebra regulado desde la Ley Concursal especial de 1877 “*Konkursordnung/ko*” y la Ley de Convenios “*Vergleichsordnung*” de 1935, resultaba aplicable tanto a comerciantes como no comerciantes,<sup>22</sup> manteniendo la unidad subjetiva.

En esta evolución general, es apreciable la reforma italiana de 1942, que si bien modifica el sujeto pasivo de los procesos concursales, a través de la “*Legge Fallimentare*” (Decreto N° 267),<sup>23</sup> denominada “Disciplina de la Quiebra, el Convenio Preventivo, de la Administración Controlada y de la Liquidación Forzosa Administrativa” estableció su aplicación a los empresarios que ejercitaban una actividad comercial, con excepción de los entes públicos y los pequeños empresarios.<sup>24</sup> Con lo cual el sistema italiano excluyó a los no comerciantes, a los empresarios agrícolas y a las entidades públicas, y también a “los empresarios de menor capacidad económica”, independientemente de desplazar al comerciante por el empresario y al acto de comercio por la actividad comercial.

Ahora bien, siendo esta la situación, comienza a operar un cambio en el sistema francés y en la mayoría de los ordenamientos que lo habían adoptado, a partir de la Ley N° 67-563 de 1967, que promovió la extensión de los efectos de la quiebra a los no comerciantes. Iniciando su transformación con la Ordenanza N° 280 de 1967 sobre el procedimiento concursal, denominada “Suspensión provisional de las actuaciones y de la liquidación colectiva de los pasivos” (*Suspension provisoire des poursuites et il apurement collectif du passif*).<sup>25</sup> Posteriormente, con la promulgación de la Ley N° 148/84 de 1984 sobre el “Régimen de Prevención y arreglo amistoso de las dificultades de las Empresas” (*loi sur la prévention des difficultés et le règlement amiable*) y la Ley N° 98-85 de 1985 sobre el “Régimen de Recuperación y Liquidación Judicial de las Empresas” (*loi sur le redressement judiciaire et la liquidation*), con un procedimiento destinado fundamentalmente a permitir la salvaguarda de la empresa, su mantenimiento en actividad y la verificación del pasivo, impone su aplicación a todo comerciante, agricultor, artesano y a cualquier persona jurídica, independientemente de la profesión del deudor (comerciante o no). Si bien tradicionalmente, el Derecho concursal había sido reservado a los comerciantes, ahora es extendido no solo a empresarios, personas físicas o jurídicas, sino también comienza a extenderse a no empresarios, en 1967;<sup>26</sup> a los artesanos en 1985 y a los agricultores en 1988.<sup>27</sup> Regulación que ha sido incorporada al nuevo Código de Comercio francés, adop-

21 ESTECHE, E., “Necesidad de la cualidad de comerciante en el presupuesto subjetivo de la quiebra”, AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 69, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012, pp. 693-738.

22 GOLDSCHMIDT, R., Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2003, pp. 39.

23 Debe recordarse el proceso de Unificación del Derecho privado sin diferenciar obligaciones civiles y comerciales; el desarrollo de la Teoría de la Empresa; la ampliación del concepto de comerciante y la elaboración de un concepto de empresa, la cual engloba actividades económicas-empresariales, dejando a un lado la distinción entre las sociedades en función del acto de comercio. Se transforman las relaciones comerciales en relaciones empresariales.

24 Artículo 1°: *Empresarios sujetos a la quiebra, al concordato preventivo y a la administración controlada*. “Están sujetos a las disposiciones sobre la quiebra, sobre el concordato preventivo y sobre la administración controlada los empresarios que ejercitan una actividad comercial, con excepción de los entes públicos y los pequeños empresarios...”. SATTI, S., Instituciones del Derecho de Quiebra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1951, pp. 645.

25 BOUVIER, R., “Los procedimientos concursales en el derecho francés”. Disponible en: <http://www.icas.es/export/sites/default/icas/es/galerias/descargas/CRI/El-procedimiento-concursal-en.Francia.pdf>.

26 Para algunos autores, la extensión de la ley de quiebras francesa a cualquier tipo de persona jurídica de Derecho privado es visto como un exceso. COMPARATO, F., “Aspectos jurídicos da macro-empresa”, cita de: FOLENA, J., “A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro”, en Revista de Informação Legislativa, a 35 n, 139 jul/set, 1998, pp. 240.

27 *Ibidem*, pp. 2.

tado mediante la Ordenanza de 18 de septiembre de 2000.

Es digno de apreciar, en fecha relativamente reciente la misma tendencia, en la Ley Concursal española N° 22/2003, llamada “Ley de ordenación económica-concursos” (BOE 10-7-2003, N° 164/2003), que modificó sustancialmente la regulación al establecer un procedimiento único, denominado “Concurso de acreedores”; cambiando el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, al exigir que el deudor sea persona natural o jurídica, o un patrimonio de los admitidos como sujetos pasivos (herencia). De acuerdo con esto, no siendo necesaria la condición o cualidad de comerciante, resulta aplicable tanto al deudor civil como al comerciante. Por lo cual, la unidad del nuevo Derecho concursal significó también la unificación de los procedimientos concursales por *razones subjetivas*, de modo que <<la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor>><sup>28</sup>, aun cuando se matiza a lo largo de la propia Ley Concursal para dar respuesta a los problemas concretos que plantea cada uno de los supuestos,<sup>29</sup> estableciendo un procedimiento más abreviado para el no empresario o pequeño empresario. Sin embargo, aun cuando se considera una novedad que la persona natural pudiera acudir al proceso abreviado simple, no se creó un régimen exclusivo para ellas, al contrario se adecuó a un régimen de persona jurídica a las personas naturales sin tener en cuenta la diferencia, las necesidades y los problemas económicos tan diferentes que hay entre personas naturales y jurídicas.<sup>30</sup>

El Derecho Latinoamericano, en su mayoría ha mantenido la tendencia hacia la unidad subjetiva del régimen concursal o de insolvencia.

En Perú, se encuentra vigente la Ley General del Sistema Concursal (N° 28709) de 2006, no obstante, desde la Ley Procesal de Quiebras (N° 7566) de 1932, se estableció la unidad de la quiebra, aplicable tanto a deudores civiles como a comerciantes, regulando el procedimiento para toda “persona, natural o jurídica, sea o no comerciante”, haciéndose así extensiva la quiebra a los no comerciantes. Situación que se mantuvo, en la Ley de Reestructuración Empresarial (N° 16116) de 1992 y la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto N° 845) de 1996. Así como en la Ley (N° 27809) de 2002.

Paraguay de forma similar, por medio de la Ley de Quiebras (N° 154/69) de 1970, en el artículo 2° dispone: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar y liquidar en un procedimiento único los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, que hubiese sido declarada en quiebra. Comprende todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones, salvo aquellos que fueren expresamente exceptuados por la Ley”.

En Argentina la Ley sobre Quiebras (N° 4156) de 1902, primera regulación que derogó el libro IV del Código de comercio, derogada más tarde por la Ley de Quiebra (N° 11719) del año 1933,<sup>31</sup> era aplicable no solo a los comerciantes y sociedades mercantiles, sino también a las sociedades civiles y a los no comerciantes que realizaran sus negociaciones en forma mercantil. Sin embargo, la modificación importante fue acaecida en 1983, por la Ley (N° 22917), ampliando la institución de la quiebra a personas no comerciantes la cual

28 BELTRÁN, E., “El derecho concursal español. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año 3, n° 5, 2004, pp. 91.

29 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp. 17.

30 TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 56.

31 SATTA, S., *op. cit.*, pp. 22.

eliminó toda diferencia entre concursos civiles y comerciales, al considerar sujetos de la quiebra y del concurso preventivo a las personas de existencia visible y las de existencia ideal de carácter privado, con prescindencia de que fueran o no comerciantes. Manteniendo la unificación subjetiva concursal en la Ley (N° 24522) sancionada el 20 de julio de 1995,<sup>32</sup> aun cuando se establece un procedimiento para pequeños concursos, éste tiene en cuenta un parámetro cuantitativo para acogerse a sus disposiciones.<sup>33</sup>

En Brasil, la Ley de Falencia (N° 7661) de 1945, regulaba la quiebra bajo la concepción tradicional (sistema francés), restringiendo su aplicación a los comerciantes (artículo 1°); sesenta años más tarde, la Ley sobre Recuperación Judicial, Extrajudicial y Quiebra del deudor mercantil (N° 11.101) de 2005, permitió su aplicación al empresario individual no solamente a la empresa, regulando “la recuperación y liquidación judicial de los deudores personas jurídicas y **personas físicas que ejercen actividades económicas**”.<sup>34</sup> Si bien se aparta del concepto tradicional de comerciante, la ley concursal únicamente se aplica a quienes ejercen actividades económicas. Los no comerciantes se deben someter al proceso de insolvencia civil contemplado en el Código de procedimiento civil en los artículos 748 a 786 de la Ley N° 5.860 de 1973. Situación que se mantiene en la reforma de 2012, Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas N° 16/2012.

Uruguay, con la Ley de Concurso y Reorganización Empresarial (N° 18387) de 2008, estableció un solo y único procedimiento denominado “concurso”; previendo en el artículo 2° (presupuesto subjetivo): “la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, **persona física que realice actividad empresarial** o persona jurídica civil o comercial”. Con lo cual incorpora la posibilidad de declarar la quiebra sólo a personas físicas que desarrollen actividades empresariales pero a todas las personas jurídicas, sean civiles o mercantiles (sociedades comerciales, sociedades agrarias, asociaciones civiles, fundaciones, personas públicas no estatales). La persona física que no realiza actividad empresarial, entre ellos los Consumidores va a tramitar por la vía civil regulada en el Código General del Proceso, asumiendo que las soluciones que apuntan a la conservación o liquidación de unidades productivas no son aplicables a los consumidores.<sup>35</sup> Igualmente, se excluyen las personas jurídicas de derecho público y a las de intermediación financiera. Ahora bien, pese a esta vocación unificadora, la ley reconoce las diferencias entre los distintos agentes económicos sometidos al nuevo régimen, regulando los “pequeños concursos”, procesos en los que esencialmente se acortan los plazos y reducen algunos costos.<sup>36</sup>

En el caso venezolano, el régimen concursal se encuentra regulado por el Código de Comercio, el cual ha permanecido sustancialmente igual desde 1919, estableciendo como presupuesto subjetivo la cualidad de comerciante, incorporado a la legislación ve-

32 RODRÍGUEZ, M., “Bases de armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, Año II, n° 2, 2008, pp. 147.

33 FERNANDEZ, J., “Reflexiones acerca del estatuto del consumidor norteamericano, a la luz de la concursalidad argentina”, en Ensayos de Derecho Empresarial, vol. 5, 2009, pp. 327-340.

34 LOBO, J., “Directo Concursal”, en Revista de Información Legislativa, n° 242, 1996, pp. 8-9.

35 CORREA, M., STAGNO, J., FUENTES, D., “Enfoque económico y Tributario de la Ley de Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial”, Universidad de la República, (Trabajo Monográfico), 2010, pp. 26

36 DIAZ, S. y SCAIANI, H., “Régimen concursal uruguayo”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, n° 3, 2010, pp. 433-462.

nezolana desde 1862 con el primer código de comercio.<sup>37</sup> Para el deudor civil se dispone del procedimiento de cesión de bienes y el concurso necesario.

Visto lo anterior, es innegable la tendencia hacia la indiferenciación del sujeto pasivo, ya sea por la aplicación del régimen de insolvencia a toda clase de deudor, incorporando además la unidad procedimental; o por la aplicación únicamente a quienes ejercen una actividad económica (Brasil) o realicen una actividad empresarial (Uruguay), no existiendo distinción en cuanto sea persona física o jurídica, son ubicadas ambas categorías en el mismo nivel. De resultado, en el primer caso, todos los deudores sin distinción entran en un mismo procedimiento; en el segundo caso, el deudor no comerciante queda fuera del régimen concursal o de insolvencia, bajo un sistema que a todas luces ha mostrado el desinterés legislativo y en el caso del deudor-persona física o natural que realice actividades económicas o empresariales, recibe el mismo tratamiento dado a la persona jurídica.

Debiendo agregarse a lo anterior que, en tanto el régimen concursal se aplica a toda clase de deudor, o exclusivamente al deudor que realice actividades económicas o empresariales -aun cuando en las últimas décadas (1990) la mayoría de los países fueron sancionando normas reguladoras de las relaciones de consumo a partir de legislaciones especiales-, sin embargo, desde el Derecho de insolvencia, el sobreendeudamiento no ha sido tutelado, ni siquiera desde el ámbito del Derecho del consumidor y mucho menos regulada su insolvencia.<sup>38</sup>

## 2. EL CONCURSO O LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA NATURAL CON LIBERACIÓN DE DEUDAS EN EL DERECHO COMPARADO

La segunda oportunidad "*fresh start*" consiste fundamentalmente en la liberación o condonación definitiva de deudas o pasivo no satisfecho por el deudor tras un procedimiento de reestructuración o reorganización de sus deudas, o bien tras un procedimiento de liquidación, ya sea en el seno de un proceso concursal o fuera del mismo.<sup>39</sup>

Dejando a un lado el sistema francés, en el cual el mecanismo de exoneración no se establece en sede concursal sino que se recoge en el Código de consumo, debe considerarse de inicio que el procedimiento de liberación de deudas, es un procedimiento que nace en Estados Unidos con la "*Bankruptcy Act*" de 1898, con fundamento en la rehabilitación del deudor de buena fe, suponiendo una solución para el tratamiento de la insolvencia de la persona física. Considerado el modelo más estricto, supone la exoneración del pasivo restante no satisfecho tras una ejecución o liquidación de los bienes del deudor, siempre que éste no sea considerado de mala fe o fraudulento.<sup>40</sup>

El principio "*fresh start*" tiene en la legislación norteamericana dos objetivos: impedir

37 MORLES, A., Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho Concursal, Tomo IV, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2008, pp. 2605 y ss.

38 ESTECHE, E., "El sobreendeudamiento del consumidor. Un desafío del nuevo milenio", en *Studi Senesi*, CXXVIII (III SERIE, LXV), Fascicolo 1-2, 2016, pp. 611.

39 SOTILLO, A., "Segunda oportunidad y derecho concursal", (Seminario Interdisciplinar), Facultad de Derecho, Valencia: 2013. Disponible en: <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

40 Ídem.

que se estigmatice socialmente al incumplidor desafortunado y permitir que esta persona vuelva a entrar en la “rueda” del consumo a la mayor brevedad posible.<sup>41</sup>

Por otra parte, aun cuando, la norma no considera de forma particular y especial al sujeto calificado como consumidor, ofrece varios procedimientos a los cuales puede someterse como deudor, teniendo como propósito principal su rehabilitación económica cuando no puede pagar sus deudas,<sup>42</sup> contando así con una sólida tradición en el tratamiento de las crisis económicas de los consumidores.<sup>43</sup>

“Las personas físicas pueden emplear potencialmente cuatro tipos de procedimientos bajo el “*U.S. Bankruptcy Code*” que se corresponden con los siguientes capítulos: el capítulo 7 relativo a la liquidación; el capítulo 11, relativo a la reorganización de los créditos; el capítulo 12 relativos a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares y el capítulo 13 relativo a personas físicas con ingresos regulares”.<sup>44</sup>

Sin embargo, de acuerdo con Senent, los capítulos 7 y 13 son las dos opciones preferidas de quienes solicitan el concurso para afrontar los problemas asociados a la crisis de consumo, en tanto, ofrecen los mecanismos generales utilizados por las personas físicas para conseguir un alivio de la deuda pendiente. De ahí que el sistema concursal estadounidense para consumidores suela caracterizarse generalmente como un sistema de doble procedimiento,<sup>45</sup> siendo, por tanto, una ley “unificada” que cubre tanto la condonación de deudas de los particulares (*debt discharge*) como la reorganización y liquidación de empresas.

En este escenario el Derecho concursal norteamericano da solución al concurso de los particulares, bien a través del procedimiento de la liquidación o del plan de pagos, se permite acceder a la *discharge* o liberación de deudas, permitiendo al deudor un “*fresh start*” y su recuperación para el mercado de consumo o el ejercicio de una actividad económica, evitando así su exclusión social.

En la reforma efectuada en 2005, a través de la “*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*”, se acentuó el carácter restrictivo exigiendo más condiciones o requisitos a los deudores para demostrar su buena fe. Se refuerzan las medidas de control basadas en la conducta del deudor, pero el comportamiento imprudente en el acceso al crédito, provocando un sobreendeudamiento activo, no impidió la aplicación de la *discharge*.<sup>46</sup>

41 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp. 21.

42 BATTISTEL, P., “Quiebra del consumidor, régimen de la ley de quiebras, deudor de mala fe”, en Ensayos de Derecho Empresario, n° 5, 2009, pp. 322 y ss.

43 ALVAREZ, J., “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3837995.pdf>

44 SENENT, S., “Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español”, Universidad Complutense de Madrid. Documento de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, n° 47, 2012. Disponible en: <http://www.studylib.es/doc/.../discharge-y-sobreendeudamiento-de-particulares-en-el-ambito>

45 *Ibíd.*, pp. 13.

46 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

La legislación alemana, también ofrece un mecanismo de liberación de deudas. A través de la “*Insolvenzordnung*” de 1999 (modificada parcialmente en 2001), estableció el procedimiento de insolvencia del consumidor previendo un sistema de liberación de deudas, a favor del deudor que sea una persona natural y <<no ejercite ninguna actividad económica autónoma o sólo una actividad económica autónoma no significativa>>. Aclarando, <<una actividad económica autónoma es en particular no significativa, en el sentido del párrafo 1, cuando por su clase o envergadura no requiere una empresa organizada de modo profesional>>.47 En este sentido, no se maneja el concepto de consumidor propio del Derecho del consumo, pudiéndose acoger a este procedimiento de insolvencia simplificado incluso pequeños empresarios,48 en tanto consumidor es toda persona física que no desarrolla actividad empresarial.49

Según Arias, la Ley persigue la posibilidad de un descargue “*discharge*” de deudas para los deudores honestos y una satisfacción a los acreedores, al incorporar como parte de sus objetivos el dar una oportunidad a “los deudores honestos” de liberarse de todas las deudas pendientes, incluyendo a los consumidores y empresarios individuales, alternativas descritas perfectamente, según Morles,50 por el artículo 1° de la ley al identificar la finalidad del procedimiento de insolvencia

(Trad.). “Artículo 1°.-Objetivo del procedimiento de insolvencia. El procedimiento tiene por objeto la satisfacción general de los acreedores del deudor, mediante la realización del patrimonio del deudor y el reparto del producto resultante, o a través de un arreglo diferente contenido en un plan de insolvencia, especialmente encaminado al mantenimiento de la empresa. Al deudor honesto se le dará la posibilidad de eximirse de sus obligaciones pendientes”.51

Esta figura ofrece al deudor persona física, dos procedimientos, uno específico de consumidores denominado “*Restschulddfreierung*” (liberación de deuda) y otro al que pueden optar todos los insolventes con independencia de su naturaleza una vez producida la liquidación de su patrimonio. Con lo cual, en Alemania, a diferencia de lo que ocurre en el caso estadounidense, se prevé dos tipos de procedimientos según la naturaleza del deudor persona física. Por un lado tenemos el procedimiento concursal común que afecta a los empresarios individuales. Y por otro el procedimiento específico para consumidores o “*Restschulddfreierung*”, más simplificado.52

La normativa alemana entiende por consumidor aquella persona física que, con independencia del tamaño de su patrimonio, no se encuentra desarrollando ninguna acti-

47 TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 9.

48 Ídem.

49 BRITO, M., “Concurso de los consumidores ejemplos mundiales”, en *Revista de Derecho*, Año XIV, n° 29, 2016, pp. 147 y ss.

50 MORLES, A., *op cit.*, pp. 2619.

51 ARIAS, J., “Ley de Insolvencia: *Insolvenzordnung* (InsO)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 1, 1997, pp. 146.

52 CEBRIÁN, J., pp. 25 y ss.

vidad económica independiente, excluyendo así a todas las sociedades incluso aquellas sin personalidad jurídica.<sup>53</sup>

“El modelo Alemán no valora la razón del endeudamiento del deudor, el procedimiento puede iniciarse a instancia del acreedor o deudor, la norma exige un periodo de negociación, estableciendo un procedimiento similar al del acuerdo extrajudicial de pagos español. Ante la imposibilidad de llegar al acuerdo previsto se prevé un procedimiento de tratamiento de la insolvencia, que supondrá un periodo de observancia, en la que se exigirá durante un periodo de siete años que el deudor se comporte de manera adecuada y lo hará bajo la supervisión de una especie de administrador. Si cumple, podrá liberarse a través de un auto judicial motivado del resto de deuda”.<sup>54</sup>

En Italia, siendo que el procedimiento concursal se aplicaba únicamente a los empresarios, carecía de medidas de liberación. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 35 de 2005, convertido en Ley N° 80 (2005) modificando el sujeto pasivo en los procesos concursales, consagró el desendeudamiento “*Esdebitazione*” siguiendo al legislador alemán.<sup>55</sup> Modificada más tarde en 2006, por el Decreto Ley N° 5 de Procedimientos concursales incorporando la institución en el Título 2, Capítulo IX, “*Della Esdebitazione*”, liberación de la deuda residual tras la liquidación a modo de “*fresh start o discharge*” estadounidense, requiriendo acreditar la buena fe del deudor y la evaluación de su grado de colaboración durante el procedimiento concursal.<sup>56</sup> Siendo un procedimiento judicial, y cumplidos los requisitos legales, resultaba aplicable a los sujetos sometidos al “*fallimento*”, es decir, empresarios comerciales de cierta dimensión y no pequeños empresarios, profesionales o consumidores.<sup>57</sup>

Más reciente, la Ley N° 212 del 22 de diciembre de 2011, denominada “Disposiciones urgentes en materia de composición de la crisis de sobreendeudamiento” “*Di composizione della crisi da sovraindebitamento*”, partiendo de la “extraordinaria necesidad y urgencia de dictar en esta materia normas de composición” instaura un sistema híbrido de marcado tinte extrajudicial originario aunque con culminación judicial.<sup>58</sup>

“La peculiaridad del sistema está en que el acuerdo con los acreedores es procurado por el deudor con el auxilio de los llamados organismos de composición de crisis de sobreendeudamiento, cuya designación y reglamentación de funcionamiento, independiente y profesional es delegado al Ministerio de Justicia, quien debe organizar un registro especial. Los órganos de

53 Ídem.

54 GÓMEZ, L., “Emprendimiento y concurso de acreedores”, Universidad de Salamanca, (Máster en Derecho Privado Patrimonial), 2014. Disponible en: [http://www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123390/1/TFM\\_GomezHernandez\\_Emprendimiento.pdf](http://www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123390/1/TFM_GomezHernandez_Emprendimiento.pdf)

55 PACCHI, S., “La reforma del Derecho Concursal italiano”, en Revista Derecho de los Negocios, Año N° 17, n° 187, 2006, pp. 7-19.

56 BATTISTEL, P., *op. cit.*, pp. 324 y 325.

57 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

58 DASSO, A., “La paradójica...”, *op. cit.*, pp. 21.

mediación de la Cámara de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura y los organizados por los Colegios de Abogados, comercialistas, expertos contables y notarios son considerados inscriptos de pleno derecho a su sólo requerimiento (art. 10). El plan de *Accordo di ristrutturazioni dei debiti* es preparado por el deudor en colaboración con el órgano de composición (art. 2) y su contenido puede ser todo cuanto fuere legalmente previsible, hasta cesiones de créditos futuros, conservativo o liquidativo. Si no existieren garantías suficientes para garantizar la factibilidad del plan requiere del acuerdo de un tercio de los acreedores a los efectos de su presentación a homologación. Las esperas no pueden superar el año y requieren en todo caso para su aprobación la consideración judicial de que el plan resulte idóneo en el sentido factible y no afecte a los titulares de créditos inembargables (art. 3).<sup>59</sup>

El régimen fue modificado nuevamente por la Ley N° 221 de 2012 la cual al introducir "*L'instituto della esdebitazione delle famiglie*", resulta aplicable a los consumidores (deudores personas físicas que han asumido obligaciones exclusivamente con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada), como a los pequeños empresarios, artesanos, profesionales o agricultores, personas físicas o jurídicas, que no están sujetos a los vigentes procedimientos concursales.

En esta última reforma, se establecieron dos procedimientos: un acuerdo de reestructuración de las deudas con la presentación de un plan de pagos; y un procedimiento de liquidación del patrimonio del deudor, de no alcanzarse el acuerdo o de incumplimiento del mismo. En este se establece el beneficio de liberación de la deuda residual no satisfecha, para aquellos deudores personas físicas que reúnan determinados requisitos de conducta. Destaca de ésta última reforma, la extensión fuera de los procedimientos concursales para toda clase de deudores, incluidos los consumidores personas físicas, del beneficio de liberación de deuda residual el cual estaba previsto únicamente para empresarios en un procedimiento concursal con liquidación.<sup>60</sup> Aparte de la regulación pormenorizada del procedimiento de composición de la crisis por sobreendeudamiento y por liquidación de patrimonio.<sup>61</sup>

En el caso de España, la Ley Concursal, aprobada en 2003 y vigente desde 2004, no contempló para el deudor civil un tratamiento diferenciado respecto del deudor empresario. En su pretensión de sustituir y modernizar el viejo Derecho concursal, optó por un modelo uniforme (el mismo procedimiento concursal para cualquier tipo de deudor) que, sustancialmente permanece aún.<sup>62</sup> No se prevén normas particulares en función de la distinta tipología del deudor, incluso como menciona Pulgar, "el legislador toma

59 Ídem.

60 PACCHI, S., "El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo", en Anuario de Derecho Concursal, n° 29, 2013, pp. 323-366.

61 SOTILLO, A., *op. cit.*, s/p.

62 QUIJANO, J., "La crisis por el sobreendeudamiento del deudor insolvente civil", en *Studi Senesi*, CXXVIII, (III SERIE, LXV), Fascicolo 1-2, 2016, pp. 574.

como modelo de deudor al empresario con especial atención a la persona jurídica y no tanto a la persona física...”.<sup>63</sup>

Sin embargo, en 2013 se comienza a regular la liberación de deudas con la Ley de Emprendedores y su Internalización (BOE-A-2013-10074), que introduce el mecanismo del “*fresh start*” para las personas emprendedoras. Independientemente que sean físicas o jurídicas que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional. Estableciendo una nueva regulación del Título X de la Ley concursal, modificación operada en el artículo 178 de la misma que por primera vez permite a las personas físicas un “*discharge*” o condonación de deudas tras un proceso concursal.

Específicamente, permite su aplicación para la persona física que, sin ser empresario, vea liquidado su patrimonio tras el concurso siempre que no “hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”.

Más reciente, se facilita mucho más a través del Real Decreto-ley 25/2015 (BOE N° 180, de 29 de julio de 2015) de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el cual fue adoptado luego de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, al disponer un mecanismo de segunda oportunidad respecto de deudores personas físicas que de algún modo pudieran iniciar su actividad industrial sin las deudas contraídas anteriormente, configurando una excepción al principio de responsabilidad universal.

El legislador configura por primera vez para la persona física la posible exoneración del pasivo insatisfecho, pero lo hace como la última opción para el concursado. Por lo tanto, el concursado persona física sólo podrá acogerse a dicha exoneración en el caso de que no sea capaz de llegar a un convenio con sus acreedores, haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos y el concurso haya terminado por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.<sup>64</sup>

En todo caso, la novedad de la institución como menciona Sendra, radica en que, configurándose como una limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal, la misma se constituye “*ex lege*” y, por tanto, sin necesidad del consentimiento del/los acreedor/es, siempre y cuando, concurren determinados parámetros, y bajo ciertos requisitos y circunstancias, entre las que destaca la necesaria buena fe del deudor.<sup>65</sup>

La finalidad del citado Real Decreto, según su propia Exposición de Motivos, es “permitir que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”.<sup>66</sup>

63 PULGAR, J., “Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 9, Sección Estudios, Segundo semestre, 2007, pp. 10.

64 CEBRIÁN, J., pp., 30.

65 SENDRA, A., “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 17, 2016, pp. 148.

66 CEBRIÁN, J., *op. cit.*, pp., 17.

### 3. SITUACIÓN EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

En el Derecho Latinoamericano, conviene citar de forma especial la legislación colombiana, por cuanto, en su evolución legislativa, la Ley de Quiebras (de insolvencia económica o de salvamento) de 2006, vigente a partir de junio de 2007, reemplazó la Ley N° 550 (1999) de integración económica y la Ley N° 222 (1995) sobre concordatos, y si bien la Ley N° 222 resultaba aplicable tanto a un comerciante como a un no comerciante, creando una unidad de régimen, permitiendo tanto al empresario persona natural o colectiva, como al no comerciante tener acceso, al menos para el último caso, al mecanismo del concordato, permitiendo por esta vía que los consumidores pudieran bajo una misma cuerda procesal renegociar con sus acreedores la forma como inicialmente se encontraban pactadas sus deudas;<sup>67</sup> la Ley N° 550 establecía que el acuerdo de reestructuración sólo estuviera dirigido al comerciante que tuviera carácter de empresa y no a las personas naturales.

La Corte Constitucional conoció el asunto y ordenó al Congreso de la República expedir un régimen de insolvencia para las personas naturales. Sin embargo, la Ley N° 1380 de 2010, queriendo aproximarse previendo el régimen de insolvencia económico para las personas naturales no comerciantes, fue declarada inexecutable por la sentencia C-685 de 2011, al detectarse vicios de forma.<sup>68</sup> Por lo cual, más tarde, con la inclusión en el Título IV del Código General del Proceso, de la Ley N° 1564 de 2012, de las normas relativas a una solución específica para la insolvencia del no comerciante, vigente a partir de 2014, se introduce una norma o régimen concursal denominado “La Insolvencia de Persona Natural no Comerciante”.

Lo fundamental de la nueva regulación, es la posibilidad de lograr reestructurar sus obligaciones con los acreedores. Merchán y Vargas<sup>69</sup> consideran que el legislador dio vida al régimen de insolvencia de persona natural no comerciante, como mecanismo que permita a las personas que presentan una crisis financiera lograr solucionarla e iniciar nuevamente su vida crediticia sin tener antecedentes que lo lleven a una posible muerte financiera.

“La ley de Insolvencia de persona natural no comerciante incluida en el Código General del Proceso se torna actualmente, en un elemento esencial para el tratamiento de la crisis de sobreendeudamiento. No solo por la inclusión de mecanismos liberatorios sino por el hecho mismo de promover una estructura jurídica que permita al deudor (bueno y desafortunado) acudir a procesos concursales para salvar su dignidad y regresar nuevamente a la vida social, económica, financiera etc. esta filosofía gira en torno a la exaltación del individuo, al respecto por su dignidad como ser humano, lo que implica intrínsecamente respetar el derecho a una familia, a la prestación de servicios de salud, al

67 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. “Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante”. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

68 MERCHAN, L. y VARGAS, P., “Análisis del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante en Colombia”, Universidad Libre, Facultad de Derecho, (Monografía). Disponible en: <http://www.repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7716/MerchanCondeLinaMaria2014.pdf?sequence=1>

69 MERCHAN, L. y VARGAS, P., *op. cit.*, pp. 6.

bienestar, a la alimentación, al crédito, la vivienda, etc. derechos que son vulnerados por una sociedad fuertemente engeguada por el consumo, es decir, es una figura apta para soportar un orden social en un estado de bienestar”.<sup>70</sup>

Con ello, consagrando un procedimiento mixto permite a aquellos deudores que no realizan de forma profesional, pública y habitual una actividad empresarial acceder a un mecanismo similar a aquél que permite a los comerciantes pactar con sus acreedores una reestructuración de sus acreencias y sólo en caso extremo y en sede jurisdiccional ser sometidos a un proceso de liquidación patrimonial, que despliega al final la figura conocida como descargue, nuevo comienzo o “*fresh start*”.<sup>71</sup>

Asimismo junto con la ley, el Decreto N° 2677 de 2012, reglamenta el procedimiento de insolvencia de la persona natural no comerciante, previendo la negociación de deudas y la convalidación de acuerdos privados a través de un centro de conciliación y notarias.

En la legislación chilena, el procedimiento concursal era aplicable a todo tipo de deudores,<sup>72</sup> presente desde 1931, estableciendo disposiciones más drásticas cuando se trataba del deudor comerciante, término que modificado por el de deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, por la Ley N° 18175.<sup>73</sup>

Sin embargo, Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, N° 20720 de 2014, además de reemplazar el concepto de quiebra por insolvencia, reorganización y liquidación, permite renegociar deudas o liquidar bienes, a fin de ofrecer una solución a diferentes tipos de deudores: Micro, pequeñas, medianas o grandes empresas; Personas jurídicas sin fines de lucro y Personas naturales, comenzando a categorizar a los diferentes deudores: empresa deudora-persona deudora.

Artículo 1°.- *Ámbito de aplicación de la ley.* La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora.

En todo caso, se quiere que las personas además de las empresas en situación de insolvencia puedan tener una salida distinta a la común liquidación, en la cual la empresa se extingue sin más en el reparto de los acreedores de los pocos bienes que conformaban su activo; salida distinta que importa no necesariamente la liquidación del patrimonio de la persona insolvente, natural o jurídica, sino la posibilidad de continuar con la acti-

70 TRUJILLO, G. y MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 57.

71 SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. “Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante”. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

72 Debe recordarse que el Decreto Ley de 1837 era aplicable a toda clase de deudores, sin embargo, con la promulgación del Código de comercio, en 1867, inspirado en la legislación francesa de 1838, se regula la quiebra como una institución privativa de deudores comerciantes, manteniéndose hasta 1931.

73 SOZA, M., *op. cit.*, pp. 13.

vidad económica, a través de los acuerdos de reorganización, el fomento, por tanto, a la refinanciación y rescate de empresas o personas naturales en situación de insolvencia.<sup>74</sup>

#### 4. A MODO DE REFLEXIÓN

De lo expuesto hay varios puntos fundamentales a valorar, el primero referido indiscutiblemente al acentuado proceso de humanización del régimen de insolvencia, si se analiza la verdadera dimensión del problema del sobreendeudamiento o la insolvencia de la persona natural, la cual parece haber quedado en el olvido o relegada ante el protagonismo otorgado al sujeto pasivo empresa, como eje del Derecho concursal.

En pleno siglo XXI, debe asumirse que la crisis no es exclusiva de las empresas, los ciudadanos como los califica Quijano, ya se les denomine particular o consumidor, persona física en definitiva,

“...han podido comprobar que las causas más habituales por las que necesitaron acudir al crédito (adquirir su vivienda habitual, financiar los estudios especializados de sus hijos, atender los gastos imprevistos derivados de una enfermedad o de otra necesidad imperiosa, etc.) les han conducido en muchas ocasiones a situaciones angustiosas de insolvencia para las que el ordenamiento jurídico no siempre ni en todos los sitios les ofrecía soluciones adecuadas...”<sup>75</sup>

Por otra parte, la situación siendo similar en los diferentes países, en algunos casos es afrontada desde el Derecho del Consumidor; mientras que en otros lo es desde el Derecho de la Insolvencia.

Sin embargo, lo cierto es que como señala Dasso,<sup>76</sup> “es una nota característica del derecho concursal del Siglo XXI el asentamiento incontestable de distintos institutos del derecho americano antes prácticamente ignorados en el derecho continental europeo”. Agregando que el fenómeno también se advierte en Latinoamérica. De ahí que se plantea con tanta insistencia la necesidad de incorporar prontamente, el mecanismo de liberación de deudas, en función del ya mencionado proceso de humanización del régimen de la insolvencia, por cuanto, como afirma Escarti, la liberación de deudas, se concibe como un instrumento de política económica, y agrega

“...a pesar de que a priori parece que el sistema financiero absorbe la mala suerte del deudor, se entiende que toda la sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser

74 ALARCÓN, M., “Las personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n° 2, 2014, pp. 11-45.

75 QUIJANO, J., “Sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos al debate”, AA.VV. *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, (Recensión). Disponible en: [http://www.academia.edu/.../\\_EUROPE\\_EL\\_sobreendeudamiento\\_de\\_los\\_particulares\\_y\\_del\\_consumidor](http://www.academia.edu/.../_EUROPE_EL_sobreendeudamiento_de_los_particulares_y_del_consumidor)

76 DASSO, A., “La paradójica...”, *op. cit.*, pp. 5.

productivo para la sociedad. Es la teoría denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria.

En este sentido la política concursal viene a ser un complemento de la política social estatal dirigida a proteger al deudor, a los trabajadores, a la comunidad en su conjunto evitando que se generen situaciones de asfixia y exclusión social.

El sistema se ha proyectado al Derecho continental europeo y ha sido receptado en las nuevas legislaciones con el nombre de “*Restschulddfreierung*” en la *Insolvenzordnung* aun cuando a diferencia de lo que ocurre en el caso estadounidense, se aplica según la naturaleza del deudor persona física a los consumidores. *Esdebitazione* en Italia, con todas las reformas que debieron operar incluyendo el abandono de la unidad subjetiva propia de su sistema concursal. Mientras que, en el caso específico del Derecho Latinoamericano, la marcada tendencia hacia la indiferenciación del presupuesto subjetivo, escapa de la necesaria categorización de deudores, que resulta fundamental considerando su situación particular, debiendo distinguirse dentro del presupuesto subjetivo la condición del deudor como persona jurídica o física, consumidor, empresario o profesional. Sin embargo, ya pueden citarse los ordenamientos de Colombia, el cual a través del régimen sobre Insolvencia de la Persona Natural no comerciante (2012), permite reestructurar las obligaciones con los acreedores y Chile, con la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (2014), renegociar las deudas.

Si bien es cierto, justificadas razones llevaron a la unificación subjetiva del régimen concursal, hoy día, no resulta ser lo más acertado, debe existir un tratamiento diferenciado, si se asume de acuerdo con Trujillo que, el Derecho concursal constituye un ámbito ideal para resolver las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores, bien ofreciéndoles un procedimiento concursal particular, bien instrumentando mecanismos previos tendentes a evitar la apertura de la insolvencia, bien disponiendo remedios posteriores que maticen la responsabilidad por la parte de la deuda que no se haya podido satisfacer tras la ejecución colectiva del patrimonio del deudor.<sup>77</sup>

## REFERENCIAS

ALARCÓN, M., “Las personas relacionadas en la Ley 20.720. Consecuencias y comentarios críticos”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 5, n° 2, 2014.

ALVAREZ, J., “La protección del consumidor sobreendeudado e insolvente en los Estados Unidos de América”. Disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3837995.pdf>

ARIAS, J., “Ley de Insolvencia: *Insolvenzordnung* (InsO)”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 1, 1997.

BARREIRO, M., “Mecanismos alternativos para la solución de la problemática del consumidor sobreendeudado”. Disponible en: <http://www.dictum-abogados.bthematic.com/files/2012/03/articulo-colaboracion-marcelo-barreiro.pdf>

<sup>77</sup> TRUJILLO, I., *op. cit.*, pp. 10.

BARREIRO, M., “Pautas para la regulación de un procedimiento para el concurso mínimo”, en VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mendoza, 2009.

BATTISTEL, P., “Quiebra del consumidor, régimen de la ley de quiebras, deudor de mala fe”, en Ensayos de Derecho Empresario, n° 5, 2009.

BELTRÁN, E., “El derecho concursal español. La Ley Concursal de 9 de julio de 2003”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año 3, n° 5, 2004.

BOUVIER, R., “Los procedimientos concursales en el derecho francés”. Disponible en: <http://www.icas.es/export/sites/default/icas/es/galerias/descargas/CRI/El-procedimiento-concursal-en.Francia.pdf>.

BRITO, M., “Concurso de los consumidores ejemplos mundiales”, en Revista de Derecho, Año XIV, n° 29, 2016.

CEBRIÁN, J., “Mecanismo de segunda oportunidad. El concurso de la persona física”, (Máster Universitario). Disponible en: [http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc\\_num.php?explnum\\_id=1375](http://www.biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=1375)

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”. Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolvent/05-80725_Ebook.pdf)

CORREA, M., STAGNO, J., FUENTES, D., “Enfoque económico y Tributario de la Ley de Declaración Judicial de Concurso y Reorganización Empresarial”, Universidad de la República, (Trabajo Monográfico), 2010.

DASSO, J., “La insolvencia del consumidor”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial, n° 6, 2015.

DASSO, A., “La paradójica inmisión de la extraconcursalidad en el nuevo derecho concursal del Siglo XXI”, La legislación sobre insolvencia en la actual crisis financiera – *Insolvency Law in the Current Financial Crisis* (Seminario, 2012) Zaragoza. Disponible en: <http://www.lawyerseekeurope.com/boletines/ficheros/DASSO,%20Ariel%20-%20La%20paradogica%20inmision%20de%20la%20extraconcursalidad%20en%20el%20nuevo%20derecho%20concursal>

DASSO, A., “Las reformas de las legislaciones concursales en Iberoamérica y la Ley Española en el nuevo mundo concursal”. Disponible en: <http://www.estudioton.com.ar/publicaciones/Ariel%20Dasso/las%20reformas%20de%20>

DASSO, A., “Tendencias actuales del Derecho Concursal”, en Estudios de Derecho Empresario, vol. Especial n° 6, 2015.

DIAZ, S. y SCAIANSCHI, H., “Régimen concursal uruguayo”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, n° 3, 2010.

ESTECHE, E., “El sistema societario venezolano”, en AAVV. Bicentenario del Código de Comercio francés, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Coordinadores: Alfredo Morles Hernández-Irene Valera, Serie Eventos 25, Caracas: 2008.

ESTECHE, E., "Necesidad de la cualidad de comerciante en el presupuesto subjetivo de la quiebra", AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 69, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012.

ESTECHE, E., "El sobreendeudamiento del consumidor. Un desafío del nuevo milenio", en *Studi Senesi*, CXXVIII (III SERIE, LXV), Facicolo 1-2, 2016.

FERNANDEZ, J., "Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar", (Ponencia, 2009). Disponible en: <http://www.observatoridesc.org/files/seijo.pdf>

FERNANDEZ, J., "Reflexiones acerca del estatuto del consumidor norteamericano, a la luz de la concursalidad argentina", en *Ensayos de Derecho Empresario*, vol. 5, 2009.

FILIPPI, L., KEMELMAJER, A., VITOLO, D. y LORENTE, J., "Panel abierto sobre la insolvencia del consumidor", en *Derecho al Día*, Año VIII, n° 142, 2009.

FOLENA, J., "A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro", en *Revista de Información Legislativa*, a 35 n, 139 jul/set, 1998.

GOLDSCHMIDT, R., Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2003.

GÓMEZ, L., "Emprendimiento y concurso de acreedores", Universidad de Salamanca, (Máster en Derecho Privado Patrimonial), 2014. Disponible en: [http://www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123390/1/TFM\\_GomezHernandez\\_Emprendimiento.pdf](http://www.gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123390/1/TFM_GomezHernandez_Emprendimiento.pdf)

KLEIDERMACHER, A., "Hacia un ecosistema del régimen concursal", en AAVV. Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III, capítulo 65, Universidad Católica Andrés Bello, Coordinadores: Astrid Uscátegui-Julio Rodríguez, Caracas: 2012.

LOBO, J., "Directo Concursal", en *Revista de Información Legislativa*, n° 242, 1996.

MERCHAN, L. y VARGAS, P., "Análisis del régimen de insolvencia de persona natural no comerciante en Colombia", Universidad Libre, Facultad de Derecho, (Monografía). Disponible en: <http://www.repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/7716/MerchanCondeLinaMaria2014.pdf?sequence=1>

MONTILLA, J., "Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil". Disponible en: <http://www.jurídicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>.

MORLES, A., Curso de Derecho Mercantil. Los contratos mercantiles. Derecho Concursal, Tomo IV, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 2008.

PACCHI, S., "La reforma del Derecho Concursal italiano", en *Revista Derecho de los Negocios*, Año N° 17, n° 187, 2006.

PACCHI, S., "El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo", en *Anuario de Derecho Concursal*, n° 29, 2013.

PULGAR, J., "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 9, Sección Estudios, Segundo semestre, 2007.

QUIJANO, J., "Sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos al debate", AA.VV. El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate, (Recensión). Disponible en: [http://www.academia.edu/.../\\_EUROPE\\_EL\\_sobreendeudamiento\\_de\\_los\\_particulares\\_y\\_del\\_consumidor](http://www.academia.edu/.../_EUROPE_EL_sobreendeudamiento_de_los_particulares_y_del_consumidor)

QUIJANO, J., "La crisis por el sobreendeudamiento del deudor insolvente civil", en *Studi Senesi*, CXXVIII, (III SERIE, LXV), Fascicolo 1-2, 2016.

RODRÍGUEZ, M., "Bases de armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año II, n° 2, 2008.

SATTA, S., *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1951.

SENDRA, A., "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 17, 2016.

SEMENT, S., "Discharge y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español", Universidad Complutense de Madrid. Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, n° 47, 2012. Disponible en: <http://www.studylib.es/doc/.../discharge-y-sobreendeudamiento-de-particulares-en-el-ambito>

SOSA, M., "El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras", en *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, n° 20, 1998.

SOTILLO, A., "Segunda oportunidad y derecho concursal", (Seminario Interdisciplinar), Facultad de Derecho, Valencia: 2013. Disponible en: <http://www.uv.es/seminari-dret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. "Curso virtual en insolvencia para persona natural no comerciante". Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/.../Introduccio-cursovirtualinsolvencia.pdf>

TRUJILLO, G., y MUÑOZ, A., "Ley de insolvencia de persona natural no comerciante frente al sobreendeudamiento", Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, (Maestría en Derecho Empresarial). Disponible en: [http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley\\_insolvencia\\_persona.pdf?](http://www.vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/.../Ley_insolvencia_persona.pdf?)

TRUJILLO, I., "El sobreendeudamiento de los consumidores", (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Disponible en: <http://www.ecri.eu/new/system/files/13+So-breendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf>

# EL DERECHO AL OLVIDO Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN URUGUAY

PABLO SCHIAVI\*

## Resumen

Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el “derecho al olvido” se encuadran en los permanentes desafíos que la actual era digital con una sociedad hiperconectada e hiperinformada le impone al Derecho y a las distintas regulaciones.

El “derecho al olvido” deber ser analizado en el contexto de la protección de datos personales en internet y en las redes sociales con especial acento en el necesario equilibrio entre modernización y garantía del derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información.

El “derecho al olvido”, en tanto proyección de los derechos de supresión y oposición de los datos, no deber ser interpretado como sinónimo de “borrar” o de “ocultar” determinada información referida a una persona, aunque su consagración apunta al derecho del titular del dato a que su información personal no permanezca de manera indefinida y permanente, y de fácil acceso, en las redes sociales e internet.

Debemos ser muy cuidadosos en señalar que el derecho al olvido no puede interpretarse como contrario a la transparencia aunque debemos trabajar en soluciones y fórmulas que nos permitan respetar el derecho de una persona a que sus datos no permanezcan en forma indefinida en internet vinculados a hechos o acontecimientos de su vida negativos e incluso positivos y que suponen una condena social permanente en las redes sociales e internet.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado 1 (I) de Derecho Público I Y III (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de “Información Pública y Datos Personales”; de “Protección de Datos Personales en Salud “E Salud”; y de “Protección de Datos Personales Tributarios y Bancarios” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho en la Universidad de Montevideo. Profesor de “Datos Personales” en el Máster en Dirección de Empresas de Salud (MDES) en la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM). Profesor de “Derecho de la Información” y de “Investigación y Documentación” en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Profesor Asistente de “Procedimientos Administrativos” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Universidad de Montevideo. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro Titular de la Asociación Derecho Público del Mercosur. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Coordinador Nacional por Uruguay de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Asesor Director en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Presidencia de la República, Uruguay. Consultor y Asesor Corporativo Data Privacy. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad. <https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/>

## Abstract

The doctrinal and jurisprudential developments on the "right to oblivion" are framed in the permanent challenges that the current digital era with a hyper-connected and hyper-formed society imposes on the law and the different regulations.

The "right to oblivion" should be analyzed in the context of the protection of personal data on the Internet and social networks with special emphasis on the necessary balance between modernization and guarantee of the right of citizens to preserve control over their personal data and the Application of new information technologies.

The right to oblivion, as a projection of the rights of suppression and opposition of the data, should not be interpreted as synonymous with "erasing" or "hiding" certain information related to a person, although its consecration points to the right of the Holder of the data so that your personal information does not remain indefinitely and permanently, and easily accessible, in social networks and the internet.

We must be very careful to point out that the right to forget can not be interpreted as contrary to transparency, although we must work on solutions and formulas that allow us to respect a person's right to have their data not remain indefinitely on the Internet linked to facts or Negative and even positive events of their life and that represent a permanent social condemnation in social networks and the internet.

We understand that the real problem that witnessing today is not that there is secret or confidential information, - always existed type- information to the extent it is logical that certain information is not publicly available; but lies mainly in the lack of foundation and motivation of such limits to public information, on the understanding that it is not enough to say we can not access certain information because it is secret or confidential, we have to say because it is secret, or confidential.

**Palabras claves:** Internet. Redes sociales. Derechos. Datos Personales. Derecho al Olvido. Regulación.

**Keywords:** Internet. Social networks. Rights. Personal information. Right to forget. Regulation

## I) LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LAS REDES SOCIALES

El reconocimiento a las dimensiones internacionales de la protección de los datos personales en la era digital, la importancia de los desafíos a la protección de los datos personales de los más jóvenes en internet y la urgencia de elaborar marcos normativos que puedan orientar a los Estados y a las empresas en sus esfuerzos para responder a esos desafíos<sup>1</sup>, es, hoy en día, objeto de múltiples debates, conferencias y seminarios en todo el mundo.

1 BERNIER, Chantal – *El Memorándum de Montevideo: un marco de referencia para la protección de los datos personales de los jóvenes en Internet en la región Iberoamericana*; Protección de datos personales en las Redes Sociales Digitales: en particular de niños y adolescentes; Memorándum de Montevideo; Carlos G. Gregorio – Lina Ornelas, Compiladores; IIJusticia – Instituto de Investigación para la Justicia, IFAI – Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; México, 2011, p. 16.

Es un lugar común afirmar que hoy en día vivimos la era digital, en donde gracias al avance de las tecnologías de la información, el Internet se ha convertido en un medio de comunicación plenamente socorrido, al punto que forma parte ya del desarrollo de nuestras actividades cotidianas. Asimismo las redes sociales en Internet han devenido herramientas de comunicación multifuncionales, que nos permiten entrar en contacto con personas de todo el mundo y compartir experiencias de muy variado tipo en esta nueva aldea global: permiten obtener, almacenar y transmitir un sin número de datos, documentos, fotografías, videos, música, -entre otros-, y el acceso a éstos es tan sencillo con simplemente un clic<sup>2</sup>.

La irrupción de las nuevas tecnologías de marcado carácter social – *blogs, wikis, podcast, redes sociales, etc.* - ha determinado un alto grado de interconectividad entre los usuarios de Internet lo que, dicho sea de paso, les permite intercambiar todo tipo de opiniones sobre diferentes productos y experiencias con otras personas<sup>3</sup>.

La sociedad de la información y la comunicación necesariamente debe tener como su centro de atención a las personas; esto es, la aproximación a la sociedad de la información y la comunicación desde una perspectiva basada en “derechos” implica colocar la dignidad humana, el desarrollo humano y los derechos como ciudadanos globales y digitales por encima de las consideraciones tecnológicas o la relación comercial productor-consumidor. Más aún, implica educar en la ciberciudadanía y proteger en este ámbito a las niñas, niños y adolescentes para garantizar una navegación segura<sup>4</sup>.

En la era electrónica existe una considerable preocupación por el impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>5</sup>.

Dada la gran cantidad de datos personales que los usuarios publican en sus perfiles, estos se convierten en auténticas “identidades digitales” que facilitan un rápido conocimiento de datos de contacto, preferencias y hábitos del usuario. El consentimiento que presta el usuario es válido en el momento en que decide aceptar, la política de privacidad y condiciones de uso de la plataforma que constan en el formulario de registro<sup>6</sup>.

Quizás y más allá de consejos esenciales para proteger nuestros datos en Internet, a los cuales hemos hecho referencia, debemos tener presente que todo lo que se publica en *Facebook* como en *Twitter*, es en principio público, esto es, cualquier persona, en cualquier

2 PESCHARD MARISCAL, Jacqueline – *Protección de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito digital: responsabilidad democrática de las instituciones de gobierno y de las agencias de protección de datos*; Protección de datos personales en las Redes Sociales Digitales: en particular de niños y adolescentes; Memorándum de Montevideo; Carlos G. Gregorio – Lina Ornelas, Compiladores; II Justicia – Instituto de Investigación para la Justicia, IFAI – Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; México, 2011, p. 22.

3 LÓPEZ JIMÉNEZ, David – *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación*; Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, 2009.

4 PESCHARD MARISCAL, Jacqueline – *Protección de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito digital: responsabilidad democrática de las instituciones de gobierno y de las agencias de protección de datos*; Ob. Cit; pág. 22 y siguientes.

5 SCHIAVI, Pablo. – “*La protección de los datos personales en las redes sociales*”; en Estudios de Derecho Administrativo; 2013, N° 7; Director Augusto Durán Martínez; Coordinador Pablo Schiavi; LA LEY URUGUAY; Montevideo, 2013; pág. 215 y siguientes.

6 SCHIAVI, Pablo. – “*La protección de los datos personales en las redes sociales*”; en Estudios de Derecho Administrativo; 2013, N° 7; Ob. Cit.; pág. 215 y siguientes.

lugar del mundo en que se encuentre podrá acceder a lo publicado por ser parte de la famosa “comunidad *Facebook*” o de la “comunidad *Twitter*”; salvo que en el momento en que tiene lugar su registración en la red, se configuren restricciones de privacidad, permitiendo acceder a los contenidos, ya sean fotos, textos, videos, solamente a los llamados “amigos” -que se supone serian personas con las cuales nos vinculamos en la red social- en el caso de *Facebook*; o solamente en el caso de los llamados “seguidores” en el caso de *Twitter*<sup>7</sup>.

## II) EL DERECHO AL OLVIDO EN TIEMPOS DE “GOOGLE”

Hace un par de años – no muchos- para encontrar una noticia relacionada a un determinado hecho de cualquier tipo, a una determinada situación o a una determinada persona, siempre y cuando la noticia se hubiese publicado en algún medio de prensa escrito, teníamos que ir al “histórico” de Diarios y Revistas de la Biblioteca Nacional o en su defecto, averiguar qué día de la semana se había publicado la noticia en la versión impresa de un periódico para ir a comprar ese ejemplar a su Sede Central donde muy amablemente un empleado nos preguntaba cual era el día en que se había publicado el Diario para poder acceder a él.

Nadie en ese momento se imaginaba que hoy iba a existir “Google”.

Hoy todo cambió.

Para siempre.

La viralización de información y de contenidos que se nutre de datos personales de todo tipo se ha potenciado sin límites en el día de hoy con la existencia de los llamados “buscadores” o “motores de búsqueda” en internet, como por ejemplo “Google” en el cual simplemente alcanza con poner nuestro nombre y se dispara una enorme cantidad de noticias y de imágenes que refieren a nuestra persona, en una especie de biografía pública, de fácil acceso, al alcance de todos y sin ninguna restricción.

Hoy en día, toda la información referida a personas, empresas, historial y todo lo que se nos pueda ocurrir está al alcance de todos de “manera permanente”, en forma gratuita y disponible las 24 horas del día los 365 días del año.

De ahí que se ha impuesto la práctica llamada “*google tu nombre*” y los invito a hacerlo para ver toda información de cada uno que hoy en día está al alcance de cualquiera en internet.

Nos preguntamos ¿qué podemos hacer con todo esto? ¿Qué pueden hacer los titulares de los datos personales, las personas ante esta manipulación y accesibilidad irrestricta a información que concierne a cada uno, y que basta simplemente con que se haya publicado en alguna página web o en las distintas redes sociales.

*Google* es una compañía estadounidense fundada en septiembre de 1998 cuyo produc-

7 SCHIAVI, Pablo. – “La protección de los datos personales en las redes sociales”; en Estudios de Derecho Administrativo; 2013, N° 7; Ob. Cit.; pág. 215 y siguientes.

to principal es un motor de búsqueda creado por Larry Page y Sergey Brin. El término suele utilizarse como sinónimo de este buscador, el más usado en el mundo. Para realizar la búsqueda, existen dos grandes opciones: elegir “*Buscar con Google*” para que el buscador presente todos los resultados que encuentre en Internet o seleccionar “*Voy a tener suerte*”, que lleva al internauta al primer resultado hallado<sup>8</sup>.

De ahí la frase de “*googlea tu nombre*” para ver que arroja el buscador más potente del mundo sobre nuestro historial personal y profesional, ya que alcanza simplemente con que nuestro nombre figure en el sitio web de cualquier medio de prensa, así como de una Universidad, de una empresa pública, de una empresa privada, a modo de ejemplo, para que en apenas un segundo *Google* ponga a disposición toda esa información al mundo sin siquiera avisarnos o pedirnos nuestro consentimiento.

Y es en este mundo hiperconectado e hiperinformado donde surge la necesidad y donde se encuentra el fundamento del llamado “derecho al olvido”.

Google no nos avisa quién nos buscó en la red, quien “googleo” nuestro nombre y tampoco nos pidió permiso para darle, para facilitarle toda la información relacionada a nosotros y que nos identifica en un par de segundos.

Esto tiene un alto impacto en el mundo de las relaciones laborales, y sobretodo en la búsqueda de empleos, donde puede afirmarse que ninguna empresa contrata personal sin realizar previamente un “perfil público” del candidato con toda la información que relacionada a él se encuentra en internet y en las redes sociales.

Y es en este mundo hiperconectado e hiperinformado – lo que no significa necesariamente “bien informado”- donde surge la necesidad y donde se encuentra el fundamento del llamado derecho al olvido.

Es un derecho nuevo, poco desarrollado y no recogido aún en forma específica en la legislación uruguaya.

Es un paso más en la reciente regulación del derecho a la protección de datos personales con los alcances que veremos a continuación.

Cuando hablamos de derecho al olvido nos referimos al derecho de toda persona, de todo titular de datos a que determinada información personal que la hace identificable (datos personales, datos sensibles, datos laborales, datos financieros datos de salud, entre otros) no permanezca en forma permanente y de manera indefinida en internet las 24 hs del día y los 365 días del año; información a la cual se accede fácilmente y sin ninguna restricción a través de buscadores o motores de búsqueda en plataformas digitales, sin mediar consentimiento ni notificación alguna al titular de los datos.

A tales efectos entendemos que podría configurarse el derecho al olvido cuando se trata de informaciones que lucen en uno o en varios sitios web o en bases de datos que refieren a datos personales o se relacionan con situaciones personales referidas a hechos reales de la vida de una persona, no necesariamente positivos, que por distintos motivos tomaron estado público y que fueron recogidas en portales por medios de comunicación o en cualquier otra plataforma digital con la nota esencial de que perduran de manera

8 <http://definicion.de/google/>

indefinida en el tiempo en internet, incluso una vez agotada la situación que dio origen a la noticia.

El derecho al olvido no implicaría en los hechos “borrar esa información” ni “tapar o ocultar esa información” sino que supone el derecho de la persona a no permanecer expuesta o vinculada de por vida a estos hechos en las redes sociales e internet, como si fuera una extensión, en el mundo de las redes sociales, de la pena sufrida – en caso de delitos a modo de ejemplo -ante los tribunales competentes de un determinado país.

¿Como sociedad somos conscientes de estos extremos?

¿Hemos discutido si queremos que información que nos pertenece permanezca de manera indefinida y permanente en las redes?

Esto es, una persona que fue condenada por determinado delito, que cumplió con la pena que se le aplicó, tiene derecho a que su nombre no permanezca asociado de por vida a tales hechos en las redes sociales y webs por la potencia de los buscadores o motores de búsqueda.

Ejemplos pueden ser muchos y muy variados y de toda índole. Por ejemplo personas vinculadas a tráfico de drogas; contrabando; lavado de activos entre otros delitos.

Pero también hay otro tipo de situaciones vinculadas a la vida laboral. Por ejemplo una persona que trabajó durante muchos años en una determinada empresa y su nombre sigue vinculado a dicha empresa aún luego de su egreso cualquiera sean las razones.

También son comunes en el ámbito laboral, personas que en búsqueda de nuevos empleos, se presentan a concursos para determinados puestos de trabajo y los resultados de las instancias de evaluación son publicados en sitios web con lo cual otras personas al “googlear” su nombre –por ejemplo sus jefes actuales- y van a tomar conocimiento que se presentaron para tal o cual empleo – distintos del empleo actual -

En Latinoamérica hay varios ejemplos en tal sentido, algunos con soluciones favorables a lo solicitado en relación al derecho al olvido y otros no.

Entre ellos está el caso de un ciudadano argentino que fue acusado por tráfico de drogas, lo que generó la publicación de una nota periodística. Años después, el hombre encontró el artículo e invocó el derecho al olvido para que fuera eliminado de internet, para lo cual inició una acción judicial tanto contra el diario como contra Google. La resolución del caso determinó que la noticia era real al momento de su publicación y se expresó en los términos correctos (aunque no hubo una sentencia), por lo cual su eliminación no era pertinente<sup>9</sup>.

En Brasil se dio un caso similar, pero, en vez de tratarse de un sitio de noticias, el demandante cuestionó la publicación en un sitio estatal de una decisión judicial, a lo que se respondió que eliminar documentos de tal entidad atentaría contra las prácticas de transparencia del Estado. Al respecto, se explicó que existen estándares internacionales

9 DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

para garantizar el anonimato de los afectados en determinadas sentencias para preservar su nombre<sup>10</sup>.

Otro fue el caso en Colombia de una señora que se presentaba como Gloria. La mujer había sido imputada en el año 2009 en un caso de trata de personas, cuando trabajaba en una agencia de viajes y vendía pasajes a una red de tráfico. Sobre esto salió una nota en el diario local El Tiempo, la cual fue hallada por Gloria en una búsqueda en Google, años después<sup>11</sup>.

La Justicia determinó que el diario debía actualizar la noticia (según establece la norma de ese país sobre las noticias en línea), pero con el agregado de que el portal debía utilizar protocolos de exclusión. ¿Qué significa esto? Los motores de búsqueda usan programas automatizados (bots) para verificar y categorizar qué contenido, páginas y secciones de una web van a ser indexadas en los resultados. Al cambiar las listas de comandos se impide que ciertas URL sean encontradas e indexadas por los buscadores. De esta manera la noticia en la que se mencionaba a la mujer ya no aparece en los resultados de Google<sup>12</sup>.

Esta obligación de los medios de actualizar las noticias en sus portales de internet no existe en la legislación uruguaya, que ni siquiera aborda estos temas.

Chile fue por la misma línea que Colombia: una sentencia de la Suprema Corte determinó que se debía eliminar del portal del diario La Tercera una noticia sobre un carabínero procesado por delitos de abuso sexual; esto incluyó a su buscador interno<sup>13</sup>.

En Uruguay, si bien el derecho al olvido carece de una regulación propia y específica, podría considerarse comprendido en el régimen general de protección de datos personales consagrado en la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008, modificativas y decretos reglamentarios.

La Ley consagra los derechos de los titulares de los datos, entre ellos, el derecho de toda persona para solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular.

En lo que refiere a la problemática que estamos estudiando referida al derecho al olvido, no necesariamente las solicitudes que se planteen en tal sentido pueden referir a informaciones que sean erróneas, falsas o parciales.

Seguramente sean verdaderas.

Y ahí se ubica el gran problema en torno al derecho al olvido, teniendo presente el indiscutible peso que tienen hoy las redes sociales y el internet, que nos permite hablar, sin lugar a dudas, de una doble condena en aquellos casos en los cuales determinada persona por ejemplo haya sido procesada por la Justicia competente y además el hecho o la situación que generó tal procesamiento tomo estado público y permanece en forma indefinida en internet y en las redes.

10 DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

11 DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

12 DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

13 DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

En caso de que no prospere tal solicitud, el titular de los datos podrá promover la acción de habeas data prevista en la Ley ante la Justicia Competente.

Asimismo, debe destacarse la existencia de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, encargada de controlar la observancia del régimen legal, en particular las normas sobre legalidad, integridad, veracidad, proporcionalidad y seguridad de datos, por parte de los sujetos alcanzados, pudiendo a tales efectos realizar las actuaciones de fiscalización e inspección pertinentes.

Asimismo, la Unidad recibe por ejemplo denuncias de particulares y solicita a los responsables de las bases de datos o titulares de sitios Web la eliminación de determinada información, disponiendo las medidas sancionatorias que pudieren corresponder.

Olvidar es humano. Pero —a pesar de que detrás de Google hay personas— el buscador más popular del planeta no olvida fácilmente, y mucho menos el resto de internet. Lo que se sube a la red es permanente, como así lo son también sus consecuencias. Ante esta realidad es que reacciona la ley del derecho al olvido, famosa en Europa por haber arremetido contra Google, pero en Uruguay, incluso en América Latina, es difícil encontrar consenso sobre el tema<sup>14</sup>.

Europa se familiarizó con este concepto en 2014, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió que Google debía brindar a los europeos la oportunidad de solicitar que sus servicios de búsqueda "olviden" la información que les concierne, especialmente si es perjudicial o inexacta. Desde entonces, según datos presentados por Deya en su ponencia, actualizados al pasado 4 de agosto, se presentaron más de 500 mil solicitudes para retirar determinadas URL de los índices de búsqueda de Google, de las cuales se atendió al 43%<sup>15</sup>.

La nota de perjudicialidad es la clave para valorar si corresponde o no eliminar las referencias a hechos, situaciones o imágenes que hagan identificables a una persona y que surgen libremente de cualquier buscador en internet.

El derecho al olvido no es absoluto y para su ejercicio es necesario ponderar derechos y analizar caso por caso, coincidieron expertos en el foro *Derecho al olvido, tutela integral de la privacidad. Visión Iberoamericana*, organizado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y el Senado de la República<sup>16</sup>.

En el panel "*Las dimensiones del derecho al olvido*", la comisionada María Patricia Kurczyn Villalobos destacó la importancia del ejercicio de este derecho en el ámbito laboral, debido a que frecuentemente los trabajadores que inician algún juicio en contra de su patrón son ingresados a las "listas negras", lo cual les dificulta encontrar un nuevo empleo y con ello se ven vulnerados otros de sus derechos. Expuso que las listas negras pueden representar para los trabajadores una "muerte laboral" porque se rompen todas las posibilidades de que la persona pueda desempeñar otra actividad cuando ha sido cesado o despedido de una fuente de empleo, vulnerando sus derechos al trabajo y a la

14 DI CIOCO, Lucía. — "Google: olvida mi nombre"; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

15 DI CIOCO, Lucía. — "Google: olvida mi nombre"; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

16 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

igualdad. Kurczyn explicó que el derecho al olvido puede ser un medio para proteger al trabajador cuando al exigir el respeto a sus derechos y demandar a su empleador, es ingresado a las listas negras y desprestigiado, aún cuando se determine la existencia de una causa justificada para la demanda: “Los datos personales de los trabajadores y de los empleadores tienen exactamente el mismo valor porque son parte de la esencia del ser humano y no podemos distinguir en categorías ni en grados de más o de menos”<sup>17</sup>.

Felipe ROTONDO, presidente de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay, dijo que el derecho al olvido no es absoluto y que para hacerlo efectivo se deben considerar elementos, como la naturaleza de la información, el interés público, la manera de acceder a los datos y la incidencia de su difusión en el titular: “Priorizar un derecho no es hacerlo absoluto sino ver la situación en el caso concreto”. Planteó que en Uruguay el derecho al olvido es una proyección de los derechos de supresión y oposición de los datos y se aprecia en cada caso una visión de derechos humanos”, enfatizó<sup>18</sup>.

Guillermo Antonio Tenorio Cueto, profesor de la Universidad Panamericana y director del Centro de Estudios del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), aseguró que el ejercicio de este derecho depende de cada caso y que incluso servidores públicos y personalidades públicas, pueden ejercerlo. “No todos los que sean personalidades públicas son susceptibles de no pedir ningún tipo de derecho al olvido; tienen un margen de posibilidades porque tanto servidores públicos como personalidades públicas tienen derecho a la vida privada y a la protección de su honor, más en todas aquellas actividades que no tienen nada que ver con lo público”, subrayó<sup>19</sup>.

Olivia Andrea Mendoza Enríquez, investigadora del Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación (Infotec), afirmó que el ejercicio del derecho al olvido no se resuelve con reglas generales, debe existir una ponderación de derechos y un análisis caso por caso: “Los derechos que se verían afectados si se salvaguarda el derecho al olvido, de manera general, sin ponderar, es el derecho a la verdad, el derecho de acceso a la información y el derecho a la libertad de expresión, pero ojo, ningún derecho es absoluto”<sup>20</sup>.

El panel fue moderado por el senador Zoé Robledo Aburto, quien dijo que debe haber un balance entre el derecho al olvido y los derechos a la verdad y a la memoria colectiva<sup>21</sup>.

### III) DERECHO AL OLVIDO Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Puede definirse el derecho a la protección de datos personales “como la facultad o el poder que tienen las personas para actuar per se y para exigir la actuación del Estado o de quien tenga competencia para ello a fin de tutelar los derechos que pudieran verse

17 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

18 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

19 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

20 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

21 <http://www.lja.mx/2016/08/derecho-al-olvido-absoluto-necesario-ponderar-otros-derechos/>

afectados por virtud del acceso, registro o transmisión a terceros de los datos que atañen a su personalidad<sup>22</sup>”.

“En general se dice que el derecho a la protección de datos personales es un derecho nuevo”, agrega DURÁN MARTÍNEZ, citando a Carlos E. DELPIAZZO, que lo llama “*novel derecho*”, razón por la cual, se le ha considerado un derecho de la tercera generación, subrayando que “si bien el derecho a la protección de datos es considerado hoy en día un derecho autónomo, es un derecho instrumental”.

Sobre el punto destaca Carlos E. DELPIAZZO<sup>23</sup> que “la mayoría de la doctrina continental utiliza la expresión “*derecho a la protección de datos personales*” para designar el derecho bajo examen cuyo objeto es la tutela frente a la posible utilización no autorizada de los datos de la persona para confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, familiar, profesional o social”.

José Luis PIÑAR MAÑAS<sup>24</sup>, Director de la Agencia Española de Protección de Datos, señala que “... El derecho fundamental a la protección de datos reconoce al ciudadano la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos. Ello supone que el desarrollo y la aplicación de las nuevas tecnologías ha introducido comodidad y rapidez en el intercambio de datos, lo que ha contribuido también al incremento del número de tratamientos de datos que se realizan cotidianamente. La bondad que aportan estas técnicas es indudable respecto del progreso de las sociedades modernas y de la calidad de vida de los ciudadanos, pero se hace necesario garantizar el equilibrio entre modernización y garantía de los derechos de los ciudadanos. Esta ponderación entre derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la Información, es el contexto en el que el Legislador consagra el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”.

Es precisamente en el equilibrio entre modernización y garantía de los derechos de los ciudadanos, en la ponderación entre derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la Información, donde ubicamos el derecho al olvido, en tanto forma parte en forma ineludible del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Con acierto señala Cristina VÁZQUEZ PEDROUZO<sup>25</sup> que “así como la transparencia se encuentra en el origen de las regulaciones sobre acceso a la información pública, el desarrollo de la informática y su aptitud abarcadora de grandes volúmenes de información en tiempos reducidos ha creado la necesidad de tutelar los datos personales”.

22 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “*Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la Información Pública. Hábeas Data. Leyes N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381 de 17 de octubre de 2008*”; 2ª Edición actualizada y ampliada; AMF; Montevideo, 2012; pág. 11 y siguientes.

23 DELPIAZZO, Carlos. – “*A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso*”; Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de la República; Protección de datos personales y Acceso a la Información Pública. FCU - AGESIC; Montevideo, 2009, pág. 9 y siguientes.

24 PIÑAR MAÑAS, José Luis. – “*Guía del Derecho Fundamental a la protección de datos de carácter personal*”, (Agencia Española de Protección de Datos, 2004). La información de esta Guía puede ser ampliada en Servicio de Atención al Ciudadano: [www.agpd.es](http://www.agpd.es).

25 VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. – “*El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales*”; (Revista de Derecho y Tribunales, N° 15, A.M.F., Montevideo 2011), pág. 61.

Debemos ser muy cuidadosos en señalar que el derecho al olvido no puede interpretarse como contrario a la transparencia aunque debemos trabajar en soluciones y fórmulas que nos permitan respetar el derecho de una persona a que su nombre no permanezca en forma indefinida en internet vinculados a hechos o acontecimientos de su vida a los cuales ya hemos hecho referencia y que no necesariamente están acompañados de una condena social permanente en las redes sociales e internet.

## IV) LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN URUGUAYA

### 1.- Régimen general.

El artículo 1º de la Ley N° 18.331 dispone expresamente que *“el derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”*<sup>26</sup>.

Sin perjuicio de no trasladar a este trabajo los valiosos estudios de la doctrina nacional sobre el punto, si queremos destacar la conclusión a la que arriba Augusto DURÁN MARTÍNEZ<sup>27</sup> sobre el punto: *“...la ley siguió aquí las más modernas tendencias que se han impuesto en el mundo, tanto en el ámbito internacional como en los más avanzados estados nacionales...”*

En cuanto al ámbito subjetivo, el artículo 2º dispone que: *“El derecho a la protección de los datos personales se aplicará por extensión a las personas jurídicas, en cuanto corresponda.”*

Por su parte, el artículo 3º regula el ámbito objetivo: *“El régimen de la presente ley será de aplicación a los datos personales registrados en cualquier soporte que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado.”*

No será de aplicación a las siguientes bases de datos: **A.** las mantenidas por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; **B.** Las que tengan por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y sus actividades en materia penal, investigación y represión del delito<sup>28</sup>; **C.** A las bases de datos creadas y reguladas por leyes especiales”.

26 **Constitución de la República, artículo 72º.** *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.*

27 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – *“Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la Información Pública. ...”*; Ob. Cit.; pág. 45 y siguientes.

28 **Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) N° 3/2011 de 10 de febrero de 2011.** *“Los sistemas de circuito cerrado de televisión (CCTV) o videovigilancia que se encuentren instalados en las entidades financieras públicas o privadas, por imposición de la normativa del Ministerio del Interior y del Banco Central del Uruguay, en tanto se sustentan en razones de “seguridad pública”, resultan exceptuados del régimen de la LPDP, al amparo de lo previsto en su artículo 3º literal B). Por tanto, no les asiste la obligación de inscripción ante la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales”.*

En cuanto al alcance del derecho a la protección de datos apunta Carlos E. DELPIAZZO<sup>29</sup> que “cabe compartir de la enseñanza según la cual tres son las características básicas con las que se delimita el estudio de la llamada protección de datos: a) que los datos sean susceptibles de tratamiento de tratamiento o se encuentren en soporte susceptible de tratamiento; b) que haya la posibilidad de identificar el resultado del tratamiento de datos (la información como dato elaborado hacia un fin) con el titular; y, c) que el manejo o acceso a los datos se haga sin consentimiento del titular, independientemente de que tal manejo sea malintencionado o no.”

Cristina VÁZQUEZ apunta que “cuando se habla de protección de datos personales, acuden inmediatamente las nociones de “intimidad” y “privacidad”. El vocablo “privacidad” ha sido tomado por nuestra lengua, fundamentalmente del inglés “privacy” y del francés “privacité”, recordando que “la Constitución no emplea las expresiones “intimidad” o “privacidad” pero las mismas se han incorporado en diversas normas de jerarquía legal o reglamentaria<sup>30</sup>.

La ley uruguaya en su artículo 4º define al dato personal como “información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables<sup>31,32,33</sup>.”

## 2.- Principios generales

El Capítulo II de la Ley regula los principios generales a los cuales deberá ajustarse la actuación de los responsables de las bases de datos, tanto públicos como privados, y, en general, de todos quienes actúen en relación a datos personales de terceros.

El artículo 5 “Valor y fuerza<sup>34</sup> dispone que la actuación de los responsables de las bases de datos, tanto públicos como privados, y, en general, de todos quienes actúen en

29 DELPIAZZO, Carlos. – “A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso”; Ob. Cit; Montevideo, 2009, pág. 13 y siguientes.

30 VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. – “El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales”; Ob. Cit.; pág. 65.

31 **Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) N° 14/2009 de 25 de setiembre de 2009.** Ante una consulta presentada ante la URCDP, por la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) el Consejo Ejecutivo de la URCDP dictaminó que solicitud de correos electrónicos de estudiantes egresados de las Facultades pertenecientes a la Universidad de la República, por parte de un Consejero de la misma, no es conforme a Derecho “comenzando por destacarse que el correo electrónico contiene o es en sí mismo un dato personal, puesto que contiene “información... referida a personas físicas o jurídicas, determinadas o determinables” (art. 4 de la Ley N° 18.331 de 11-08-2008)”.

32 **Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) N° 13/2009 de 25 de setiembre de 2009.** A juicio de la URCDP de que no caben dudas de que los datos biométricos son “datos personales”, en tanto se los ubica perfectamente en la definición del artículo 4 literal D de la Ley N° 18.331, y como tal, su registro y tratamiento deben cumplir con los postulados y principios de la citada Ley.

33 **Resolución N° 04/009 de 14 de julio de 2009 (Expediente N° 2009/001) del Consejo Ejecutivo de la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP).** Debe entregarse a los concursantes toda la información discriminada y existente en los expedientes con excepción de: a) aquellos datos que nada hacen a la situación evaluada por ejemplo: estados civiles, documentos de identidad, direcciones postales y electrónicas, números de teléfono, y b) datos de carácter sensible como ejemplo las evaluaciones psicológicas”.

34 **Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) N° 10/2010 de 16 de abril de 2010.** La URCDP dictaminó que en la videovigilancia como toda grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes y en algunos casos de sonidos mediante la utilización de videocámaras u otro medio análogo., las imágenes y sonidos mencionados constituyen información personal y por tanto es de aplicación la LPDP y sus normas complementarias, deben observarse los principios de la protección de datos.

relación a datos personales de terceros, deberá ajustarse a los siguientes principios generales: **A.** Legalidad; **B.** Veracidad; **C.** Finalidad, **D.** Previo consentimiento informado; **E.** Seguridad de los datos ; **F.** Reserva; **G.** Responsabilidad.

Dichos principios generales servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”.

El principio de legalidad, recogido en el artículo 6º, preceptúa que la formación de bases de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptas, observando en su operación los principios que establecen la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en consecuencia. Las bases de datos no pueden tener finalidades violatorias de derechos humanos o contrarias a las leyes o a la moral pública.

Por su parte el artículo 7º recoge el principio de veracidad al disponer que los datos personales que se recogieren a los efectos de su tratamiento deberán ser veraces, adecuados, equívocos y no excesivos en relación con la finalidad para la cual se hubieren obtenido. La recolección de datos no podrá hacerse por medios desleales, fraudulentos, abusivos, extorsivos o en forma contraria a las disposiciones a la presente ley. Los datos deberán ser exactos y actualizarse en el caso en que ello fuere necesario.

A su vez el principio de finalidad se explicita en el artículo 8º al señalar que los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos deberán ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubieren sido recolectados.

Especial consideración merece el tratamiento del principio del previo consentimiento informado consagrado en el artículo 9<sup>35</sup> de la Ley a estudio.

Al respecto debe apuntarse que el artículo 152 de la Ley N° 18.719 de 27 de diciembre de 2010 da nueva redacción al inciso 2 y al literal E) del artículo 9 de la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008.

La redacción vigente del artículo a estudio es: “Artículo 9º. Principio del previo consentimiento informado- El tratamiento de datos personales es lícito cuando el titular hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso e informado, el que deberá documentarse.

*El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 13 de la presente ley.*

No será necesario el previo consentimiento cuando: **A.** Los datos provengan de fuentes públicas de información, tales como registros o publicaciones en medios masivos de

35 **DICTÁMENES/Dictamen del Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) N° 19/2010 de 27 de agosto de 2010.** La URCDP dictaminó que “no se deben comunicar los datos referidos a números de teléfono celular, por parte de Clearing de Informes a la Dirección General Impositiva”. El Dictamen en estudio se enmarca en primer lugar, en el alcance de la comunicación de datos regulada en el artículo 17 de la Ley N° 18.331, exigiendo para su legitimidad la conjunción simultánea de los siguientes requisitos, el interés legítimo del emisor y del destinatario de la comunicación, y el previo consentimiento del titular de los datos, salvo las excepciones establecidas en la norma.

comunicación; B. Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal, C. Se trate de listados cuyos datos se limiten en el caso de personas físicas a nombres y apellidos, documento de identidad, nacionalidad, domicilio y fecha de nacimiento. En el caso de personas jurídicas, razón social, nombre de fantasía, registro único de contribuyentes, domicilio, teléfono e identidad de las personas a cargo de la misma; D. Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento. E. Se realice por personas físicas para su uso exclusivo personal, individual o doméstico.

Por su parte el artículo 10 de la Ley a estudio consagra el principio de seguridad de los datos al disponer que el responsable o usuario de la base de datos debe adoptar las medidas que resultaren necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales.

En cuanto a la vulneración de la seguridad, el artículo 8º, establece “Cuando el responsable o encargado de la base de datos o tratamiento conozca de la ocurrencia de vulneraciones de seguridad en cualquier fase del tratamiento que realice, que sean susceptibles de afectar de forma significativa los derechos de los interesados, deberán informarles de este extremo”.

El principio de reserva regulado en el artículo 11º preceptúa que aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros. Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular. Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos.

Y finalmente la Ley en su artículo 12 regula el principio de responsabilidad al disponer que el responsable de la base de datos es responsable de la violación de las disposiciones de la presente ley.

### 3.- Derechos de los titulares de los datos

El Capítulo III de la Ley regula especialmente los derechos de los titulares de los datos, y también del emisor y del destinatario de los datos.

En tal sentido podemos destacar el “derecho de información frente a la recolección de datos” (artículo 13); el “derecho de acceso” (artículo 14); y el “derecho de rectificación, actualización, inclusión o supresión” (artículo 15)

El artículo 15 de la Ley en su nueva redacción, dispone: “Artículo 15<sup>36</sup>. Derecho de

36 La redacción original del inciso cuarto del artículo 15 de la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 (Publicada D.O. 18 ago/008 - N° 27.549) era: No procede la eliminación o supresión de datos personales salvo en aquellos casos de: A) Perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros. B) Notorio error o falsedad. C) Contravención a lo establecido por una obligación legal.

rectificación, actualización, inclusión o supresión.- Toda persona física o jurídica tendrá derecho a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de los datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular.

El responsable de la base de datos o del tratamiento deberá proceder a realizar la rectificación, actualización, inclusión o supresión, mediante las operaciones necesarias a tal fin en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibida la solicitud por el titular del dato o, en su caso, informar de las razones por las que estime no corresponde.

El incumplimiento de esta obligación por parte del responsable de la base de datos o del tratamiento o el vencimiento del plazo, habilitará al titular del dato a promover la acción de habeas data prevista en esta ley.

Procede la eliminación o supresión de datos personales en los siguientes casos:

- A. Perjuicios a los derechos e intereses legítimos de terceros.
- B. Notorio error.
- C. Contravención a lo establecido por una obligación legal.

Durante el proceso de verificación, rectificación o inclusión de datos personales, el responsable de la base de datos o tratamiento, ante el requerimiento de terceros por acceder a informes sobre los mismos, deberá dejar constancia que dicha información se encuentra sometida a revisión.

En el supuesto de comunicación o transferencia de datos, el responsable de la base de datos o del tratamiento debe notificar la rectificación, inclusión o supresión al destinatario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.

La rectificación, actualización, inclusión, eliminación o supresión de datos personales cuando corresponda, se efectuará sin cargo alguno para el titular.”

Es precisamente en el ejercicio de este derecho, que en Uruguay, el titular podrá presentarse para solicitar su exclusión de determinada base de datos o motor de búsqueda en internet y en las redes sociales.

Creemos que necesariamente habría que contemplar en forma específica el derecho al olvido en nuestra legislación incorporando la nota de perjudicialidad a la que refiere el Derecho Europeo.

Debemos explorar los conceptos de perjudicialidad y de incidencia de la información para su titular a los efectos de valorar si corresponde o no acceder a una solicitud de eliminación de determinada información que es pública en internet y en las redes sociales.

Felipe ROTONDO sostiene que el derecho al olvido es una proyección de los derechos de supresión y oposición de los datos y se aprecia en cada caso una visión de derechos humanos”, apuntando que la normativa uruguaya sobre derecho al olvido se aplica en casos en que los datos no son pertinentes para la información que se difunde, así como cuando caducaron o son falsos o tratados ilegítimamente. Además, agregó que

la ley uruguaya establece excepciones cuando la información tiene valor histórico, científico, cuando contribuye a la seguridad pública o por cumplimiento de obligaciones tributarias, entre otros motivos.

La norma, agrega ROTONDO, también establece que si el responsable de la publicación de la información se da cuenta de que esos datos son incorrectos, falsos o si ya no sirven a la finalidad para la cual se recolectaron, debe quitarlos sin que nadie lo solicite<sup>37</sup>.

Además de la intimidad, el derecho a borrar información protege el derecho de las personas a olvidar el pasado, dijo el experto en protección de datos del Instituto de Internet de Oxford, Viktor Mayer Schonberger, al diario británico The Guardian. "La belleza del cerebro humano es que olvidamos, lo que nos permite pensar en el presente. Eso nos ayuda a tomar decisiones", agregó<sup>38</sup>.

Es fundamental destacar la importancia de los llamados "protocolos de exclusión". Los portales deben utilizar protocolos de exclusión en la medida de que los motores de búsqueda usan programas automatizados (bots) para verificar y categorizar qué contenido, páginas y secciones de una web van a ser indexadas en los resultados. Al cambiar las listas de comandos se impide que ciertas URL sean encontradas e indexadas por los buscadores.

#### 4.- La acción de protección de datos personales

En caso de que la solicitud de supresión y/o oposición de los datos ante el Responsable de la Base de Datos -ya sea pública o privada- o ante el Responsable del Buscador o motor de búsqueda en internet no prospere, el titular del dato personal podrá entablar la acción de protección de datos personales "*Habeas data*" ante la Justicia competente.

El Capítulo VIII de la Ley N° 18331 en estudio consagra la acción de datos personales, regulando el procedimiento, la procedencia y competencia, la legitimación y el trámite de primera y de segunda instancia.

En tal sentido El artículo 37 "*Habeas data*" establece que "Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en bases de datos públicos o privados; y –en caso de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización– a exigir su rectificación, inclusión, supresión o lo que entienda corresponder. Cuando se trate de datos personales cuyo registro esté amparado por una norma legal que consagre el secreto a su respecto, el Juez apreciará el levantamiento del mismo en atención a las circunstancias del caso".

En cuanto a la procedencia, el artículo 38 dispone que "El titular de datos personales podrá entablar la acción de protección de datos personales o *habeas data*, contra todo responsable de una base de datos pública o privada, en los siguientes supuestos: A. Cuando quiera conocer sus datos personales que se encuentran registrados en una base de datos o similar y dicha información le haya sido denegada, o no le hubiese sido proporcionada por el responsable de la base de datos, en las oportunidades y plazos previstos por la ley; B. Cuando haya solicitado al responsable de la base de datos o trata-

37 DI CIOCO, Lucía. – "*Google: olvida mi nombre*"; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

38 DI CIOCO, Lucía. – "*Google: olvida mi nombre*"; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>.

miento su rectificación, actualización, eliminación, inclusión o supresión y éste no hubiese procedido a ello o dado razones suficientes por las que no corresponde lo solicitado, en el plazo previsto al efecto en la ley.

El texto legal exige y presupone la previa denegatoria tanto del titular de la base pública como del titular de la base privada, por lo que la formulación de petición ante el responsable público o privado de la base de datos, y su denegatoria expresa, tácita o por razones que el interesado juzgue no amparadas por la ley, constituye precisamente una cuestión previa, sin la cual no podrá acudir a la vía jurisdiccional.

### 5.- La Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales<sup>39</sup>

La Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, fue creada por el artículo 31 de la Ley N° 18.381 como órgano desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), dotado de la más amplia autonomía técnica<sup>40</sup>.

Estamos ante un nuevo órgano desconcentrado, en este caso de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), dotado de la más amplia autonomía técnica, como ejemplo reciente de la modalidad de ejercicio del control del Estado a través de órganos desconcentrados en la órbita del Poder Ejecutivo<sup>41</sup>.

La regulación, el funcionamiento, los procedimientos, los cometidos y las funciones así como la potestad sancionatoria del órgano de control están regulados en el Capítulo VII de la Ley (artículos 31 a 36)<sup>42</sup>.

Debe destacarse especialmente que la Unidad está encargada de controlar la observancia del régimen legal, en particular las normas sobre legalidad, integridad, veracidad, proporcionalidad y seguridad de datos, por parte de los sujetos alcanzados, pudiendo a tales efectos realizar las actuaciones de fiscalización e inspección pertinentes.

Asimismo la Unidad recibe por ejemplo denuncias de particulares y solicita a los responsables de las bases de datos o titulares de sitios Web la eliminación de determinada información, disponiendo las medidas sancionatorias que pudieren corresponder.

## V) REFLEXIONES FINALES

Hace un par de años – no muchos- para encontrar una noticia relacionada a un determinado hecho de cualquier tipo, a una determinada situación o a una determinada persona, siempre y cuando la noticia se hubiese publicado en algún medio de prensa escrito, teníamos que ir al “histórico” de Diarios y Revistas de la Biblioteca Nacional o en su defecto, averiguar qué día de la semana se había publicado la noticia en la versión

39 Sitio Web: <http://www.datospersonales.gub.uy>

40 SCHIAVI, Pablo. – “El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay”, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo, 2012; pág. 129 y siguientes.

41 SCHIAVI, Pablo. – “El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay”, Ob. Cit, pág. 129 y siguientes.

42 SCHIAVI, Pablo. – “El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay”, Ob. Cit, pág. 129 y siguientes.

impresa de un periódico para ir a comprar ese ejemplar a su Sede Central donde muy amablemente un empleado nos preguntaba cual era el día en que se había publicado el Diario para poder acceder a él.

Nadie en ese momento se imaginaba que hoy iba a existir “Google”.

Hoy todo cambió.

Para siempre.

Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el “derecho al olvido” se encuadran en los permanentes desafíos que la actual era digital con una sociedad hiperconectada e hiperinformada le impone al Derecho y a las distintas regulaciones.

El “derecho al olvido” deber ser analizado en el contexto de la protección de datos personales en internet y en las redes sociales con especial acento en el necesario equilibrio entre modernización y garantía del derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información.

El “derecho al olvido”, en tanto proyección de los derechos de supresión y oposición de los datos, no deber ser interpretado como sinónimo de “borrar” o de “ocultar” determinada información referida a una persona, aunque su consagración apunta al derecho del titular del dato a que su información personal no permanezca de manera indefinida y permanente, y de fácil acceso, en las redes sociales e internet.

Debemos ser muy cuidadosos en señalar que el derecho al olvido no puede interpretarse como contrario a la transparencia aunque debemos trabajar en soluciones y fórmulas que nos permitan respetar el derecho de una persona a que sus datos no permanezcan en forma indefinida en internet vinculados a hechos o acontecimientos de su vida negativos e incluso positivos y que suponen una condena social permanente en las redes sociales e internet.

En Uruguay, si bien el derecho al olvido carece de una regulación propia y específica, podría considerarse comprendido en el régimen general de protección de datos personales consagrado en la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008, modificativas y decretos reglamentarios.

La Ley consagra los derechos de los titulares de los datos, entre ellos, el derecho de toda persona para solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de datos personales que le corresponda incluidos en una base de datos, al constatarse error o falsedad o exclusión en la información de la que es titular.

En lo que refiere a la problemática que estamos estudiando referida al derecho al olvido, no necesariamente las solicitudes que se planteen en tal sentido pueden referir a informaciones que sean erróneas, falsas o parciales.

Seguramente sean verdaderas.

Y ahí se ubica el gran problema en torno al derecho al olvido, teniendo presente el indiscutible peso que tienen hoy las redes sociales y el internet, que nos permite hablar, sin lugar a dudas, de una doble condena en aquellos casos en los cuales determinada

persona por ejemplo haya sido procesada por la Justicia competente y además el hecho o la situación que generó tal procesamiento tomó estado público y permanece en forma indefinida en internet y en las redes.

La incorporación del derecho al olvido en nuestra legislación se impone, con especial énfasis en criterios de valoración y ponderación tales como la nota de perjudicialidad y la incidencia de la información para su titular, de modo de evitar, cuando corresponda una “doble” condena para una persona, la de la Justicia de su país y la permanente, libre, e irrestricta de internet y de las redes sociales.

Como sociedad debemos interrogarnos y preguntarnos ¿qué podemos hacer con todo esto? ¿Qué pueden hacer los titulares de los datos personales, las personas ante esta manipulación y accesibilidad irrestricta a información que concierne a cada uno, y que basta simplemente con que se haya publicado en alguna página web o en las distintas redes sociales?

El Derecho al olvido se vislumbra como un primer intento.

## VI) BIBLIOGRAFÍA

BERNIER, Chantal.- *El Memorándum de Montevideo: un marco de referencia para la protección de los datos personales de los jóvenes en Internet en la región Iberoamericana*; Protección de datos personales en las Redes Sociales Digitales: en particular de niños y adolescentes; Memorándum de Montevideo; Carlos G. Gregorio – Lina Ornelas, Compiladores; IIJusticia – Instituto de Investigación para la Justicia, IFAI –Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; México, 2011, p. 16.

DI CIOCO, Lucía. – “Google: olvida mi nombre”; <http://www.cromo.com.uy/google-olvida-mi-nombre-n955589>

DELPIAZZO, Carlos E.-“*De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa*”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 113 y siguientes.

DELPIAZZO, Carlos E.-“*Acerca del control social de la gestión pública*”, Cita On Line <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/672/458>.

DELPIAZZO, Carlos. – “*A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso*”; Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de la República; Protección de datos personales y Acceso a la Información Pública. FCU - AGESIC; Montevideo, 2009, pág. 9 y siguientes.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. – “*Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la Información Pública. Hábeas Data. Leyes N° 18.331 de 11 de agosto de 2008 y N° 18.381 de 17 de octubre de 2008*”; 2ª Edición actualizada y ampliada; AMF; Montevideo, 2012; pág. 11 y siguientes.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David.- *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación*; Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, 2009.

PESCHARD MARISCAL, Jacqueline.- *Protección de las niñas, niños y adolescentes en el ámbito digital: responsabilidad democrática de las instituciones de gobierno y de las agencias de protección de datos*; Protección de datos personales en las Redes Sociales Digitales: en particular de niños y adolescentes; Memorándum de Montevideo; Carlos G. Gregorio – Lina Ornelas, Compiladores; II Justicia – Instituto de Investigación para la Justicia, IFAI –Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; México, 2011, p. 22.

PIÑAR MAÑAS, José Luis.- *“Guía del Derecho Fundamental a la protección de datos de carácter personal”*, (Agencia Española de Protección de Datos, 2004). La información de esta Guía puede ser ampliada en Servicio de Atención al Ciudadano: [www.agpd.es](http://www.agpd.es).

SCHIAVI, Pablo. – *“La protección de los datos personales en las redes sociales”*; en Estudios de Derecho Administrativo; 2013, N° 7; Director Augusto Durán Martínez; Coordinador Pablo Schiavi; LA LEY URUGUAY; Montevideo, 2013; pág. 215 y siguientes.

SCHIAVI, Pablo. – *“Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública”* en Estudios de Derecho Administrativo 2014- N° 10; Director: Augusto Durán Martínez – Coordinador: Pablo Schiavi (La Ley Uruguay. Montevideo, 2014), pág. 399 y siguientes.

SCHIAVI, Pablo. – *“Estudios de Información Pública y Datos Personales”*, Recopilación de trabajos de investigación de los cursos de postgrado 2014-2015. Coordinador. Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo 2016.

SCHIAVI, Pablo. – *“Estudios de Información Pública y Datos Personales”*, Recopilación de trabajos de investigación de los cursos de postgrado 2012-2013. Coordinador. Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo 2014.

SCHIAVI, Pablo. – *Reflexiones a cinco años de la Ley de Acceso a la Información Pública en el Uruguay*” en Estudios de Derecho Administrativo N° 9/2014 – Director Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Coordinador Pablo SCHIAVI (La LEY URUGUAY. Montevideo, 2014), pág. 181 y siguientes.

SCHIAVI, Pablo. – *“El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay”*, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo 2012.

VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. – *“El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales”*; (Revista de Derecho y Tribunales, N° 15, A.M.F., Montevideo 2011), pág. 61.

VÁZQUEZ, Cristina; SCHIAVI, Pablo. – *“Procedimientos Administrativos”* Tomo I Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991 (LA LEY URUGUAY, Montevideo, 2013).

UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. Sitio Web: <http://www.informacionpublica.gub.uy>.

UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES. Sitio Web: <http://www.datospersonales.gub.uy>.

# HERRAMIENTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA PREVENIR Y COMBATIR EL TRÁFICO INTERNACIONAL DE NIÑOS

## TOOLS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW TO PREVENT AND COMBAT INTERNATIONAL CHILD TRAFFICKING

*POR LUCIANA B. SCOTTI\**  
(UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES)

### RESUMEN

La delicada y compleja problemática del tráfico internacional de personas, particularmente de niños y mujeres, es un asunto que preocupa cada día más a gobernantes, legisladores, activistas de derechos humanos y a la sociedad civil en general. Las facilidades del transporte y las comunicaciones gracias a las nuevas tecnologías, el tránsito internacional de millones de personas y las migraciones masivas, a la par que las crisis económicas y financieras mundiales que conllevan más pobreza y violencia, junto con la falta de medidas de protección adecuadas, son factores que inciden en el incremento de estos delitos. Los escasos estudios y/o investigaciones y principalmente la falta de estadísticas fiables impide obtener conocimientos sobre la situación, magnitud y consecuencias que acarrea el tráfico de internacional de niños, favoreciendo de algún modo la actividad de los delincuentes y sus redes. Si bien existen varios marcos normativos, su implementación y eficacia se muestran deficientes. Entendemos que la cooperación jurídica internacional entre los Estados de la región es la base esencial para la implementación y eficacia de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, y de otros convenios en vigor a nivel universal, para prevenir, controlar y sancionar este delito y mitigar los tremendos efectos sociales y económicos que genera la utilización ilícita y lucrativa de los niños.

### ABSTRACT

The delicate and complex problem of international trafficking in persons, particularly women and children, is a matter of concern governments, lawmakers, human rights activists and civil society in general. Transportation facilities and communications thanks to

---

\* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad". Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. E-mail de contacto: lucianascotti@derecho.uba.ar .

new technologies, international traffic of millions of people and massive migrations, on par with the global economic and financial crises involving more poverty and violence, and the lack of appropriate protective measures, they are factors affecting the increase in these crimes. Although several policy frameworks, implementation and effectiveness is lacking. We understand that international legal cooperation among States in the region is the essential basis for the implementation and effectiveness of the Inter-American Convention on International Traffic in Minors, and other agreements in force at the universal level to prevent, control and punish this crime and mitigate the tremendous social and economic effects generated by the illegal and lucrative use of children.

**Palabras clave:** Tráfico y trata de niños – Derecho Internacional Privado – Cooperación jurídica internacional – Adopción internacional.

**Key words:** Trafficking in children - Private International Law – International legal cooperation – International adoption.

## 1. Introducción

En el ámbito de la familia, los desplazamientos transfronterizos masivos son tierra fértil para una amplia gama de situaciones que presentan elementos de extranjería y que en muchos casos repercuten directamente en los niños, niñas y adolescentes.<sup>1</sup> Entre ellas, además de la restitución internacional de menores de la que nos hemos ocupado en varias oportunidades<sup>2</sup>, se encuentra el tráfico internacional de niños.

La delicada y compleja problemática del tráfico internacional de personas, particularmente de niños y mujeres, es un asunto que preocupa cada día más a gobernantes, legisladores, activistas de derechos humanos y a la sociedad civil en general. Es un fenómeno de alcance global, de amplias dimensiones, porque afecta a todas las naciones, pobres y ricas, de oriente y de occidente constituyendo, además, una de las actividades criminales más lucrativas, después del tráfico de drogas y armas.<sup>3</sup>

Las facilidades del transporte y la comunicación gracias a las nuevas tecnologías, el tránsito internacional de millones de personas y las migraciones masivas, a la par que las crisis económicas y financieras mundiales que conllevan más pobreza y violencia, junto con la falta de medidas de protección adecuadas, son factores que inciden en el incremento de estos delitos.

1 ALBORNOZ, M. M., “La convergencia de la cooperación interamericana en materia de adopción, sustracción y tráfico de menores”, *Seminario de derecho internacional y cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez*. OEA/Secretaría General. DDI/doc.11/11, Octubre 2011. Disponible en:

[http://www.oas.org/dil/esp/seminario\\_derecho\\_internacional\\_documentos\\_mercedes\\_albornoz.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf) [Consulta: 10/01/2017].

2 Puede verse: SCOTTI, L. (Dir.), *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, Editorial BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2014, y SCOTTI, Luciana (Coord.), *La Jurisprudencia de la CSJN en materia de restitución internacional de menores*, Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 2016, entre otros.

3 LAGOS, E., “La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores: algunos comentarios y reflexiones”, en *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, con copatrocinio de la Organización de Estados Americanos, Montevideo, 2005.

El tráfico internacional de menores es de extrema gravedad, porque los delincuentes aprovechan la vulnerabilidad de niñas y niños utilizándolos como meras “mercancías”, separándolos ilegalmente de su familia y del país de origen o residencia, y abusando de los mismos para conseguir ganancias y dividendos ilícitos, sea que estos tengan como objeto, por ejemplo, una adopción ilegal, o los casos más graves de prostitución; pornografía cibernética; explotación a través del trabajo infantil; incursión de los menores en actividades ilegales como el transporte y venta de drogas; y el trasplante de órganos; entre otros delitos.<sup>4</sup>

En la actualidad existen verdaderas redes de organizaciones delictivas dedicadas a la venta internacional de niños y niñas, que sin reconocer fronteras se aprovechan de los menores en situación de riesgo.

En efecto, en el mundo contemporáneo la globalización ha permitido al crimen organizado ampliar sus rangos de acción a través de las fronteras nacionales. El tráfico de niños es un fenómeno mundial que involucra a distintos países para su perpetración, y por ello se vuelve evidente que afrontar esta problemática sólo a nivel nacional resulta poco eficaz.

## 2. Algunas conceptualizaciones necesarias

Los instrumentos sobre esta materia que mencionaremos a continuación se refieren, algunos a “tráfico”, y otros a “trata”. En efecto, son dos figuras que suelen estar íntimamente relacionadas, pero son diferentes.

Tal como ha sido establecido en el Protocolo para prevenir y sancionar la Trata de personas, especialmente mujeres y niños”, complementario de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000), se entiende por trata de personas “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

A su turno, el tráfico consiste en la facilitación de un cruce de frontera sin cumplir los requisitos legales o administrativos, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro de orden material.

Sin embargo, la CIDIP V sobre tráfico internacional de menores lo define como la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Para evitar confusiones, utilizaremos en cada caso, el término y definición que cada convención emplea.

<sup>4</sup> LAGOS, E., “La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores: algunos comentarios y reflexiones”, en *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, con patrocinio de la Organización de Estados Americanos, Montevideo, 2005.

### 3. Planteo y alcances del problema

En la actualidad, el tráfico y la trata internacional de menores se han convertido en un grave problema que afecta la seguridad jurídica y personal de niños, niñas y adolescentes del mundo entero, ya que se ha convertido en un beneficioso negocio cuyas ganancias superan hasta las propias expectativas de las redes de delincuencia organizada.

En 2015, a propósito del dato simbólico de la superación de las 100 sentencias condenatorias de trata de personas en general, la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas ha elaborado un informe de divulgación con el análisis de las sentencias recopiladas desde la sanción de la ley 26.364 hasta la actualidad. En efecto, Argentina ha alcanzado en ese período el dictado de 106 sentencias condenatorias sólo por el delito de trata, sin tener en cuenta las condenas dictadas por los denominados “delitos conexos”. Asimismo, otros 16 casos han culminado en absolucón luego de la realización del debate oral y público.

Las sentencias comprenden a 220 personas condenadas por el delito de trata entre 2009 y 2014.

Los datos relevados muestran que es un delito que se configura con autoría plural y con múltiples víctimas damnificadas. El sesenta y cinco por ciento (65%) de las causas existentes tiene más de una víctima, y un diez por ciento (10%) tiene más de diez. Mientras que, en el caso de los condenados, el sesenta y tres por ciento (63%) de las causas tiene dos o más condenados.

Esa configuración se relaciona con la inclusión del delito de trata de personas dentro de la categoría de delitos de crimen organizado.

De las 220 personas condenadas, un sesenta y tres por ciento (63%) son varones, mientras que el treinta y siete por ciento (37%) son mujeres. Se trata de un porcentaje de mujeres condenadas más alto que el promedio general para todos los delitos, si contemplamos que la población carcelaria total está compuesta por un 96% de varones y 4 % de mujeres.

Con relación a la nacionalidad, nos encontramos con que la mayor parte de los imputados/as condenados/as son argentinos/as (147), de origen boliviano (35), paraguayo (25), y en menor cantidad encontramos a persona de nacionalidad dominicana (6) y chilena (2). La tendencia en cuanto a los extranjeros es también muy distinta de la media de la población carcelaria, que posee un 95% de argentinos.

El Informe destaca que la alta cantidad de extranjeros condenados por trata se explica a partir de la transnacionalidad, como características del delito, que no se circunscribe al hecho y las víctimas, sino también a sus autores y a la movilidad de esos autores entre puntos de captación, transporte y consumación de la explotación.

La mayor parte de las víctimas de trata de personas son mujeres (80%) y mayores de edad (82%). El alto porcentaje de víctimas mujeres se corresponde con el hecho de que el 85% de las sentencias condenatorias dictadas son por el delito de trata con fines de explotación sexual, y que todas esas sentencias de trata sexual tienen a mujeres como víctimas.

Asimismo, la mayoría de las víctimas son extranjeras: de las cuatrocientos noventa y dos (492) víctimas cuya nacionalidad fue mencionada en la sentencia, doscientos quince (215) son de origen boliviano, ciento veintiocho (128) paraguayo, ciento veintidós (122) son argentinas (en su mayoría de provincias del interior), de República Dominicana (24) y de Brasil (3).<sup>5</sup>

A su turno, el último Informe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons*, publicado en noviembre de 2014 relevó que un diecisiete por ciento (17%) de los países no han condenado a persona alguna, otro dieciséis por ciento (16%) registra menos de diez condenados por año, un veintiséis por ciento (26%) de países han obtenido entre 10 y 50 condenas por año, mientras que sólo el 15 por ciento (15%) de países han logrado más de 50 condenados por año. La Argentina forma parte de este último grupo de países con 55 condenados en el año 2014.

Además, del informe de Naciones Unidas, se infiere que la mayoría de las víctimas de la trata de personas son extranjeras. Es decir, estas víctimas - más de 6 de cada 10 víctimas - han sido objeto de trata a través de al menos una frontera nacional. Muchos casos tienen lugar dentro de una misma subregión (a menudo entre países vecinos).

Por otro lado, desde que la UNODC comenzó a recopilar información sobre la edad de las víctimas, la proporción de niños ha ido en aumento. A nivel mundial, los niños comprenden ahora casi un tercio de todas las víctimas de la trata. De cada tres niños víctimas, dos son niñas y uno es un niño.

La cifra global oculta importantes diferencias regionales. En algunas áreas, el tráfico de niños es la principal preocupación. En África y Oriente Medio, por ejemplo, los niños comprenden la mayoría de las víctimas detectadas.

En Europa y Asia Central, sin embargo, los niños son muy superados en número por los adultos (principalmente mujeres).

En América, la trata de niños representa casi el 30 por ciento del número total de víctimas detectadas. Mientras que en América del Norte y en el Cono Sur de América del Sur, la trata de adultos representa una mayor proporción de víctimas que el promedio de la región, la proporción de niños es relativamente más alta en América Central, Caribe y en la parte norte de América del Sur.<sup>6</sup>

Ante este penoso panorama que nos refleja la realidad, veamos cuáles son las fuentes normativas que se encuentran vigentes a nivel internacional y nacional.

5 PROCURADURÍA DE TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS (PROTEX), *Informe sobre las primeras 100 sentencias condenatorias por trata de personas*, Ministerio Público Fiscal de la Nación, Buenos Aires, 2015. Disponible en: <http://www.mpf.gob.ar/protex/files/2016/06/Protex-100-Sentencias-Info-Final.pdf> [Consulta: 10/01/2017].

6 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Global Report on Trafficking in Persons*, United Nations publication, Viena, noviembre 2014. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/GLOTIP\\_2014\\_full\\_report.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/GLOTIP_2014_full_report.pdf) [Consulta: 10/01/2017].

## 4. Escenario normativo

### 4.1. Fuente convencional

En virtud de la realidad descripta, los Estados han decidido aprobar varios instrumentos en la órbita internacional y regional que propenden a la protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y a la reparación de aquellos que ya han sido vulnerados por la comisión de estos ilícitos.

En primer lugar, cabe mencionar el artículo 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 que impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños, para cualquier fin o forma”.

Este artículo tiene una significativa vinculación con los artículos 11, 21 y 34 de la misma Convención, con jerarquía constitucional en Argentina (art. 75 inc. 22 CN). La primera de tales disposiciones indica que “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Como podemos observar, la Convención hace referencia no sólo a los traslados y retenciones ilícitas realizados por los progenitores y su familia, sino también los ejecutados por terceros.

Sin embargo, si bien el avasallamiento de la dignidad, identidad y libertad del niño, aparecen como comunes denominadores en ambas prácticas, existen diametrales distinciones entre unas y otras.

Es por ello que existen convenios diferenciados según se trate de la llamada restitución internacional o del tráfico internacional de niños.

Así, la Convención de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención interamericana de restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989) se ocupan de los casos referidos al traslado y retención irregular de niños por parte de sus padres u otros familiares, estableciendo la necesidad de dotar a los Estados de un procedimiento autónomo y expedito para lograr el pronto retorno de los niños al lugar de su residencia habitual. El ámbito de aplicación de estos tratados es restringido pues no está relacionado con la sustracción y tráfico de menores como actividad delictiva organizada. Debido a ello, ha resultado necesario crear nuevos marcos normativos especialmente destinados a este fenómeno. En tal sentido, cabe mencionar (por orden cronológico):

- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México, 1994): tiene como objeto la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, regulando los aspectos civiles y penales del mismo e instaurando un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte (e incluso con lo que no son

parte) para asegurar la pronta restitución del menor. Volveremos más adelante sobre esta convención.

- Protocolo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales del Mercosur (Protocolo de San Luis), de 25 de junio de 1996;
- Convenio sobre la prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (Convenio 182), adoptado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT);
- Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de 2000;
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000;
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000;
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; de 2000;
- Acuerdo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Belo Horizonte –República Federativa de Brasil- el 16 de diciembre de 2004;
- Acuerdo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile suscripto en Belo Horizonte –República Federativa de Brasil- el 16 de diciembre de 2004.

#### 4.2. Fuente interna

En el plano interno, con la finalidad de prevenir y sancionar la trata de personas y asistir y proteger a las víctimas, se ha sancionado el 9 de abril de 2008 la Ley N° 26.364, que tipifica el delito de trata de mayores y menores de 18 años.

Con posterioridad, la ley 26.842, que entró en vigencia el 5 de enero de 2013, ha modificado varios aspectos de la ley 26.364.

En efecto, de acuerdo con la ley 26.364, el artículo 145 bis del Código Penal definía al delito de trata de personas mayores de 18 años a partir de la realización de los verbos típicos de captar, transportar y acoger/recibir a una persona con finalidad de explotación pero exigía que el autor se valiera de mecanismos específicos para el logro de los verbos. Esos mecanismos específicos, conocidos como medios comisivos, han sido eliminados del artículo 145 bis (han pasado a constituir agravantes del delito establecidos en el art. 145 ter). Desde la vigencia de la nueva ley el tipo penal del art. 145 bis queda cumplido con la captación, transporte o acogimiento/recepción de una persona con finalidad de explotación. No importa entonces, para la satisfacción del art. 145 bis, si la víctima es mayor o menor de 18 años.

Además, la ley 26.842 incorporó un verbo típico más al delito de trata de personas, que es el “ofrecimiento” de una persona con finalidad de explotación. Se trata de una nueva forma de comisión que puede tener importancia especialmente en casos de menores, cuya entrega por parte de los padres o tutores no constituía una forma de comisión autónoma.

A los fines de la ley vigente se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

Cabe señalar que el consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

Por otro lado, la ley 26.842 realizó numerosas modificaciones en las escalas penales en comparación con el régimen de la ley 26.364.

Además nuestro país ha adoptado algunas medidas para luchar contra el flagelo de la trata y el tráfico de niños. En tal sentido, fueron creados la Unidad Fiscal para la Investigación de los delitos contra la Integridad Sexual, la Trata de Personas y la Prostitución Infantil (UFI Integridad Sexual), creada por Resolución de la Procuración General de la Nación (PGN) N° 63/05 dentro del ámbito del Ministerio Público Fiscal; el Programa de Prevención de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, creado por Resolución 746/2007 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en cuyo ámbito actúa; y el Programa Nacional de Prevención y Erradicación de la Trata de Personas y de Asistencia a sus víctimas, creado por Decreto del Poder Ejecutivo 1281/2007 en el ámbito del Ministerio del Interior.

A su turno, con fecha 30 de abril de 2013, a través de la Resolución PGN n° 805/13 se dispuso la creación, en el ámbito de la Procuración General de la Nación, de la “Procuraduría de Trata y Explotación de Personas” en reemplazo de la Unidad de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE), manteniendo sus funciones y facultades. El objeto de la Procuraduría es prestar asistencia a las Fiscalías de todo el país en el trámite de las causas por hechos de secuestro extorsivo, trata de personas y delitos conexos a la trata y asistir a la Procuradora General de la Nación en el diseño de la política criminal del Ministerio Público con relación a estos delitos.<sup>7</sup>

### 4.3. Enseñanzas de la Unión Europea

La Unión Europea (UE) ha utilizado diferentes herramientas para prevenir y combatir la trata de personas. Por ejemplo, el Convenio de Schengen de 1985 impuso a las partes la fijación de sanciones que penalizan el cruce no autorizado de las fronteras externas.

<sup>7</sup> Cfr. <https://www.mpf.gob.ar/protex/> [Consulta: 10/01/2017].

A su turno, en el Tratado de Ámsterdam de 1997 se mejoraron significativamente las posibilidades de coordinar las acciones contra la delincuencia organizada.

Asimismo, durante la celebración del Consejo Europeo Tampere de octubre de 1999, la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea obtuvo un papel principal en la toma de decisiones para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Cabe recordar que, actualmente, la trata de seres humanos constituye una infracción grave de los derechos fundamentales y está expresamente prohibida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 5). También está tipificada como delito en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa).

A nivel de derecho derivado de la UE, encontramos tres actos de suma importancia para la lucha contra la trata: la Decisión 2006/618/CE, en la que la UE se adhiere al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, de las Naciones Unidas; la Decisión 2011/502/UE de la Comisión, entendida como un avance importante y novedoso en la lucha contra la trata, ya que el Consejo pone en marcha un mecanismo independiente e imparcial, nombrando un grupo de expertos en la trata de seres humanos, GRETA (Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos), encargado de supervisar la aplicación de las distintas medidas tomadas por la UE; y la Directiva 2011/36/UE (*EU Anti-trafficking Directive*), del 5 de abril de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual especifica la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, sustituyendo la decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

La *EU Anti-trafficking Directive* propuso un enfoque centrado en las víctimas, incluida una perspectiva de género, para regular actuaciones en distintos ámbitos, tales como las disposiciones de derecho penal, el enjuiciamiento de los delincuentes, el apoyo a las víctimas y los derechos de estas en los procesos penales, la prevención y el seguimiento de la aplicación.

Esta última directiva es utilizada por la Comisión como instrumento en la Estrategia de la Unión Europea para la erradicación de la trata de seres humanos 2012-2016.

En la Estrategia 2012-2016 se pone de relieve: “La trata de seres humanos es un complejo fenómeno transnacional que hunde sus raíces en la vulnerabilidad ocasionada por la pobreza, la falta de cultura democrática, la desigualdad entre hombres y mujeres, y la violencia contra las mujeres, las situaciones de conflicto y de post-conflicto, la falta de integración social, la carencia de oportunidades y empleo, la imposibilidad de acceso a la educación, el trabajo infantil y la discriminación”.

La Estrategia persigue cinco prioridades: a. Detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos. b. Reforzar la prevención de la trata de seres humanos. c. Perseguir más activamente a los traficantes. d. Mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas. e. Conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.<sup>8</sup>

8 Ver <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0286> [Consulta: 10/01/2017].

Por su parte, en relación a la trata de menores, se destaca la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y Consejo Europeo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, a la vez que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Recientemente, en mayo de 2016, la Comisión adoptó el primer informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos. El informe presentó las tendencias y los problemas que plantea la lucha contra la trata de seres humanos, examinó los progresos realizados y puso de relieve los principales problemas que la UE y sus Estados miembros deben abordar con carácter prioritario.

El informe señala que, en 2013-2014, el número total de víctimas de la trata de seres humanos registradas en la UE fue de 15.846, entre mujeres, hombres, niñas y niños. Dada la complejidad para informar sobre este fenómeno, el número real de víctimas puede ser considerablemente superior al registrado por las autoridades nacionales. Según el informe, la trata con fines de explotación sexual sigue siendo la forma más extendida (67 % de las víctimas registradas), seguida de la explotación laboral (21 %). Más de tres cuartas partes de las víctimas registradas fueron mujeres (76 %), mientras que, como mínimo, el 15 % eran menores.

Una de las tendencias cuyo aumento es más pronunciado es la del número de niños que caen víctimas de los traficantes de seres humanos. También están aumentando las víctimas con discapacidades y las de etnia gitana. El informe también destaca los vínculos entre la trata de seres humanos y otras formas de delincuencia y la explotación de los más vulnerables en el contexto de la actual crisis migratoria, así como un mayor uso de internet y de las nuevas tecnologías para captar a las víctimas.

Finalmente, este informe destaca que la protección de los menores a lo largo de la ruta migratoria es una prioridad fundamental y la Comisión también está prestando especial atención a los menores no acompañados —muy vulnerables a los traficantes de seres humanos— en su reforma del sistema europeo común de asilo.<sup>9</sup>

#### 4.4. La labor del Mercosur

El 8 de junio de 2001, los Estados partes y asociados del Mercosur adoptaron la Declaración de Asunción sobre tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes, en la cual declaran: su condena a la aberrante figura del tráfico de personas y el tráfico de Migrantes; su voluntad de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias; su compromiso de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito el tráfico de personas y el tráfico de migrantes, así como las actividades ilícitas que se comentan con el fin de posibilitarlo o facilitarlos; su propósito de establecer mecanismo de cooperación regional en materia de asistencia técnica y capacitación para la investigación y detección de organizaciones dedicadas al tráfico de personas y al tráfico de migrantes; su decisión de coordinar mecanismo para la detección de documentos

<sup>9</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, COM/2016/0267 final, Bruselas, 19 de mayo de 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0267> [Consulta: 10/01/2017].

falsificados; su empeño en promover el intercambio de información y la cooperación orientada a la asistencia técnica y capacitación de recursos humanos para el tratamiento de las víctimas del tráfico de personas y del tráfico de migrantes, especialmente cuando se trate de mujeres y niños; su disposición de adoptar medidas efectivas para impedir que su países sean utilizados como rutas de tráfico de personas y migrantes hacia otros Estados, especialmente los del Mercosur, Bolivia y Chile.

Con posterioridad, en Montevideo, el 18 de noviembre de 2005, los Estados partes del Mercosur adoptaron la Declaración de Montevideo contra la Trata de Personas en el Mercosur y Estados Asociados, por cual manifiestan: I. Su condena al aberrante delito de la trata de personas. II. Su voluntad de adoptar enérgicas medidas para prevenir y combatir el flagelo de la trata de personas en la región. III. Su compromiso en impulsar la tipificación penal específica del delito de trata de personas en las legislaciones de los Estados que suscriben la Declaración. IV. Su intención de desarrollar programas de fortalecimiento institucional, a fin de mejorar la eficiencia y eficacia de las estructuras organizativas dedicadas al control migratorio, prevención, asistencia a las víctimas y combate a las redes que lucran con la explotación de personas. V. Su interés en adoptar acciones encaminadas a proteger y dar asistencia a las víctimas de la trata de personas. VI. Su decisión de propiciar medidas legislativas para confiscar los medios utilizados y las utilidades que se obtengan de este delito. VII. Su voluntad de generar campañas de difusión en medios masivos de comunicación tendientes a concientizar a la sociedad y alertar a las potenciales víctimas. VIII. Su empeño en incentivar acciones de capacitación para la formación de los funcionarios y agentes públicos especializados en la materia. IX. Su determinación de propiciar la cooperación regional para erradicar el delito de trata, estrechando la colaboración interinstitucional, el intercambio de información, optimizando los recursos informáticos existentes y la elaboración de propuestas conjuntas. X. La conveniencia de presentar esta Declaración en la Reunión de Autoridades Nacionales en materia de Trata de Personas de la Organización de Estados Americanos (OEA), para dar a conocer la postura consolidada de los Ministros del Interior del Mercosur y Estados Asociados sobre este sensible tema.

A su turno, la Decisión Mercosur/CMC N° 12/06 (Córdoba, 20/VII/06) aprobó la Campaña de información y prevención del delito de trata de personas, ante “la preocupación por el problema creciente de la trata de personas, especialmente mujeres y niñas/os”.

Esta decisión insta a los Estados partes y asociados a coordinar las iniciativas y campañas nacionales de información y prevención del delito de trata de personas, especialmente mujeres y niñas/os, con vistas a la realización de una campaña regional a través de medios gráficos y audiovisuales en el ámbito del Mercosur y Estados asociados.

Asimismo, en la XVII Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur, en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 2014, adoptaron la Declaración sobre la necesidad de crear un Instrumento Jurídico regional sobre Trata de Personas para el ámbito americano. Manifiestan que tanto el espacio Interamericano como el espacio Mercosur se beneficiarían de un instrumento propio en materia de trata de personas por las siguientes razones: “I. La trata de personas se desarrolla y configura generalmente en el contexto de los, más complejos y amplios, flujos migratorios existentes en un lugar y

época dada. Una porción muy significativa de la trata de personas en América en nuestra época se produce en el marco de procesos migratorios intra americanos...II. Dado el carácter transnacional de muchos de los procesos de trata de personas, un núcleo importante de disposiciones de un instrumento internacional para la lucha contra la trata de personas lo constituyen las cláusulas relativas a la cooperación internacional... Los representantes de los Ministerios Públicos, consideramos que un sistema de cooperación internacional en materia de Trata de Personas para los Estados Americanos establecido en una Convención sobre trata de personas, se nutriría del que ha desarrollado el Sistema Interamericano y al mismo tiempo permitiría enriquecerlo con alternativas de cooperación más acordes y funcionales para los sistemas acusatorios que se están desarrollando en la región y con mejores y más novedosos mecanismos para instrumentar la cooperación que permite la tecnología actual. III. Desde el año 2000, cuando se adoptó el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, hasta la actualidad, se ha acumulado una vasta experiencia práctica y una profunda reflexión jurídica, originada por la necesidad de dar solución a distintas constelaciones de casos y cuestiones difíciles...Muy especialmente en materia de asistencia a las víctimas de trata de personas, un instrumento actual podría establecer un catálogo de derechos y mecanismos de asistencia para las víctimas que recojan la experiencia y las principales dificultades verificadas en la práctica en los últimos años y atiendan a la realidad, características socioculturales y preferencias de las víctimas de nuestra región en las distintas modalidades de explotación... IV. Los representantes de los Ministerios Públicos del Mercosur consideramos también, que una Convención Americana permitiría generar un cuerpo jurídico con relaciones de complementariedad entre la trata de personas y los tratados derechos humanos dentro del Sistema Interamericano... En ese contexto jurídico interamericano, un instrumento de esas características contra la Trata de Personas podría además enriquecer y enriquecerse de la estructura institucional del sistema Interamericano, principalmente a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y/o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como ya se ha hecho en otros supuestos, como con la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Convención Americana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer...Una instancia de esta naturaleza en la actualidad no existe para la trata de personas en ningún ámbito internacional para los estados americanos".<sup>10</sup>

## 5. Herramientas del Derecho Internacional Privado

### 5.1. Aplicación efectiva de la CIDIP V sobre tráfico internacional de menores

La Organización de Estados Americanos, a través de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, fue precursora en la elaboración de un instrumento en la materia que nos ocupa, en particular el tráfico internacional de menores.

<sup>10</sup> Véase el texto completo en: <http://www.mpf.gob.ar/protex/files/2015/02/Anexo-9-Trata-Una-convenci%C3%B3n-sobre-Trata-para-Am%C3%A9rica.pdf> [Consulta: 10/01/2017].

Ya en la CIDIP III celebrada en Bolivia en el año 1984 se aprobó una Recomendación sobre sanción de personas que sirven como intermediarios o promotores del tráfico internacional de menores. A su turno, en la reunión preparatoria de la CIDIP IV, celebrada en San José de Costa Rica en mayo de 1989, se puso de manifiesto la preocupación de los asistentes sobre la frecuencia y variedad con la que tienen lugar desplazamientos o retenciones internacionales de menores con claras connotaciones penales.

Finalmente en México, en 1994, se aprobó la CIDIP V sobre Tráfico internacional de menores.

Este instrumento cuenta con 35 artículos distribuidos en cuatro capítulos: Normas Generales, Aspectos Penales, Aspectos Civiles, y Cláusulas finales.

A la fecha la han ratificado: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

Este texto convencional contiene normas que determinan la jurisdicción directa, disposiciones que se refieren a la jurisdicción indirecta y principalmente, reglas para la cooperación internacional.

La Convención dispone que su objeto, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Para el cumplimiento de esta finalidad, los Estados partes se obligan a: a) asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior; b) instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados partes que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito; y c) asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 1).

Tal como sostiene Mercedes Albornoz, “uno de los méritos de la convención sobre tráfico consiste en que aborda no únicamente los aspectos civiles del problema, sino también los aspectos penales... Aunque la convención no fija sanciones para estas conductas, los Estados Parte están obligados a generar internamente un marco normativo que lo haga y que además busque prevenir este tipo de conductas”.<sup>11</sup>

El ámbito de aplicación material se configura siempre que un menor se encuentre o resida habitualmente en un Estado Parte al tiempo de la comisión de un acto de tráfico internacional contra dicho menor (art. 2). Tal como advierte la mayoría de la doctrina especializada, a diferencia de otras convenciones sobre protección internacional de niños, la CIDIP V se aplica aún cuando el niño simplemente se encuentre en un Estado parte. No se exige, en cambio, que tenga allí su residencia habitual. Además, no es necesario

11 ALBORNOZ, M. M., “La convergencia de la cooperación interamericana en materia de adopción, sustracción y tráfico de menores”, Seminario de derecho internacional y cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez. OEA/Secretaría General. DDI/doc.11/11, Octubre 2011, p. 17. Disponible en:

[http://www.oas.org/dil/esp/seminario\\_derecho\\_internacional\\_documentos\\_mercedes\\_albornoz.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf) [Consulta: 10/01/2017].

que todos los Estados con los que el ilícito está conectado como el de origen, el de destino o el de tránsito del menor sean Estados partes.

La CIDIP V brinda varias definiciones a los fines de su aplicación:

- a) “Menor” significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.
- b) “Tráfico internacional de menores” significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.
- c) “Propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.
- d) “Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.

Ninguna de estas enumeraciones es taxativa, sino meramente enunciativa, ejemplificativa. Por ende, quedan comprendidos otros delitos fines como la extracción y venta de órganos y tejidos humanos, la pornografía infantil, el tráfico de estupefacientes, etc.

Como adelantamos, la Convención se ocupa tanto de los aspectos penales como de los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia (art. 3).

La cooperación jurídica entre los Estados partes es uno de sus ejes fundamentales de este tratado. A tal efecto, cada Estado Parte designará una Autoridad Central y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (art. 5).

En tanto los Estados partes están obligados a dicha cooperación entre ellos, la CIDIP V dispone que también cooperarán, en la medida de lo posible con los Estados no parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito. En tal sentido, las autoridades competentes de los Estados partes deberán notificar a las autoridades competentes de un Estado no parte, en aquellos casos en que se encuentre en su territorio a un menor que ha sido víctima del tráfico internacional de menores en un Estado parte (art. 4).

Un principio guía de este convenio es la preservación del interés superior del niño, y a tal fin se establece la confidencialidad de los procedimientos previstos.

En materia penal, en general, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores (art. 7).

En particular, se comprometen a: a) Prestarse asistencia mutua en forma pronta y expedita por intermedio de sus Autoridades Centrales, dentro de los límites de la ley interna de cada Estado parte y conforme a los tratados internacionales aplicables, para las diligencias judiciales y administrativas, la obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de esta Convención; b) Establecer por medio de sus Autoridades Centrales mecanismos de intercambio de información sobre legislación nacional, jurisprudencia, prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional de menores en sus respectivos Estados; y c) Disponer las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos que puedan afectar en ellos la aplicación de esta Convención en sus respectivos Estados (art. 8).

El artículo 9 dispone la competencia concurrente para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores: a) el Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) el Estado parte de residencia habitual del menor; c) el Estado parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y d) El Estado parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico. Tendrá preferencia el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito. El abanico de foros disponibles responde a la necesidad de permitir ampliamente el acceso a la justicia.

A su turno, la Convención prevé que si uno de los Estados partes que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado Parte con el cual no ha celebrado tratado, o en caso de haberlo no lo contemple entre los delitos extraditables, podrá considerar la Convención como la base jurídica necesaria para concederla en caso de tráfico internacional de menores.

Asimismo, los Estados partes que no supeditan la extradición a la existencia de un tratado reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.

Cuando no exista Tratado de extradición, ésta estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho interno del Estado requerido (art. 10).

En relación con los aspectos civiles, el artículo 12 dispone que la solicitud de localización y restitución del menor será promovida por aquellos titulares que establezca el derecho del Estado de la residencia habitual del menor.

La competencia para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, será de las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte de residencia habitual del menor, o de las del Estado parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido. Sin embargo, cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito (art. 13). Nuevamente la apertura de varios foros evita potenciales casos de denegatoria de justicia.

Dicha solicitud de localización y de restitución se tramitará por intermedio de las Autoridades Centrales o directamente ante las autoridades competentes previstas en el artículo 13. Las autoridades requeridas acordarán los procedimientos más expeditos

para hacerla efectiva y adoptarán las medidas para proveer la inmediata restitución del menor y, de ser necesario, asegurar su cuidado, custodia o guarda provisional, conforme a las circunstancias, e impedir de modo preventivo que el menor pueda ser trasladado indebidamente a otro Estado.

La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días.

Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.

Sin perjuicio de ello, las autoridades del Estado parte donde el menor fuere retenido podrán ordenar en cualquier momento la restitución del mismo conforme al interés superior de dicho menor (art. 14).

Quedan eximidas de legalización o formalidades similares, las solicitudes de cooperación transmitidas por vía consular o diplomática o por intermedio de las Autoridades Centrales. En el caso de solicitudes de cooperación cursadas directamente entre tribunales de la zona fronteriza de los Estados partes tampoco será necesario el requisito de la legalización. Asimismo, estarán exentos de legalización en el Estado parte solicitante los documentos que sobre el particular se devuelvan por las mismas vías.

Las solicitudes deberán estar traducidas, en su caso, al idioma o idiomas oficiales del Estado parte al que se dirijan. Respecto a los anexos, bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales de los mismos (art. 15).

Además, los Estados partes adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados partes respectivos (art 22).

Las autoridades competentes de un Estado parte que constaten en el territorio sometido a su jurisdicción la presencia de una víctima de tráfico internacional de menores deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, incluso aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado. Estas medidas serán comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor. Las autoridades intervinientes adoptarán cuantas medidas sean necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución del menor estén informados de las medidas adoptadas (art. 16).

La CIDIP V se hace cargo de la indeseable relación que puede darse entre una adopción y el tráfico de niños. Por ello, en el artículo 18 dispone que las adopciones y otras instituciones afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. En la respectiva acción

de anulación, se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor. La anulación se someterá a la ley y a las autoridades competentes del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate.

Asimismo, la guarda o custodia serán susceptibles de revocación cuando tuvieren su origen o fin en el tráfico internacional de menores (art. 19).

En materia de jurisdicción internacional indirecta, los artículos 23 y 26 establecen la posibilidad de que los Estados partes formulen ciertas declaraciones. El primero alude a la declaración de los Estados partes de que “se reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otro Estado Parte en lo relativo a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores”. Por su lado, el segundo se refiere a la declaración de que “no se podrá oponer en juicio civil en ese Estado parte excepción o defensa alguna que tienda a demostrar la inexistencia del delito o irresponsabilidad de una persona, cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada por este delito, pronunciada en otro Estado parte”.

Por último, cabe destacar que siempre en resguardo del interés superior de los niños, nada de lo dispuesto en la CIDIP V podrá interpretarse en el sentido de restringir las prácticas más favorables que entre sí pudieran observar las autoridades competentes de los Estados partes para los propósitos tratados en ella (art. 27). Asimismo, nada de lo estipulado en dicha Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes.

Sin embargo, debemos señalar que la CIDIP V ha carecido de eficacia. La escasa aplicación práctica de este marco normativo regional se evidencia en la falta de jurisprudencia, y en el poco tratamiento doctrinario en comparación con otros temas vinculados a la protección internacional de los niños. Casi podríamos afirmar que, penosamente, es una “convención olvidada”.

## 5.2. La cooperación jurídica internacional en la fuente interna

Entendemos que la cooperación internacional es un deber de los Estados de fundamental relevancia en el ámbito de la protección de los niños, máxime cuando están en una situación de peligro extremo como cuando son víctimas de estos delitos.

El concepto mismo de cooperación internacional se desprende claramente del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas como un propósito de la Organización que se despliega en diferentes esferas materiales: económica, social, cultural y humanitaria especialmente, asumiendo los Estados el compromiso genérico de adoptar medidas conjuntas o individuales para la realización de los objetivos de la Organización en el artículo 56 de la Carta.

La obligación de los Estados de cooperar entre sí también ha sido plasmada en la célebre Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de noviembre de 1970 (Resolución 2625 (XXV)).

En la actualidad, “la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas”.<sup>12</sup> En similar sentido, Elisa Pérez Vera señala que este deber de cooperación interestatal significa “la traducción de esa idea de justicia que desde sus orígenes se ha reivindicado como fundamento del DIPr”.<sup>13</sup>

El artículo 2611 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece un importante principio en materia de cooperación jurisdiccional: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”. En el ámbito del derecho civil y comercial de fuente interna, la República Argentina no había reconocido con anterioridad un deber general de cooperación internacional en cabeza de nuestros jueces.

De acuerdo al artículo 2611, el deber de cooperación en materia civil, comercial y laboral se erige en un principio que solo podría denegarse en caso de ausencia de requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

A su turno, en materia penal, la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en materia penal que en su art. 1° establece que: “La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. Las autoridades que intervengan actuarán con la mayor diligencia para que la tramitación se cumpla con una prontitud que no desnaturalice la ayuda”. Sin embargo, en el ámbito penal, el art. 3° del mismo cuerpo legal, subordina la ayuda a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad.

Este deber de cooperación se ha plasmado en los convenios en vigor con preponderancia en los aspectos penales. Sin embargo, salvo la CIDIP V y de modo parcial, tales instrumentos han minimizado la cooperación civil para el resguardo de los derechos fundamentales de los niños, avasallados por los delitos cometidos contra ellos. Tal como manifiesta, Alicia Perugini: “el aspecto penal debe iluminar y no obnubilar la valoración del interés superior del menor...Estamos preparados mentalmente para la persecución del delincuente. La restitución del menor, cuando su traslado ha tenido origen ilícito, en cambio, todavía puede plantear algunos interrogantes y controversias”.<sup>14</sup>

En consecuencia, creemos que el art. 2611 CCCN puede ser una herramienta idónea para la cooperación en el plano civil, en resguardo principalmente de la víctima y de sus derechos.

12 TELLECHEA BERGMAN, E., *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 1ª edición, FCU, Montevideo, 2002, p. 221.

13 PÉREZ VERA, E., “El Derecho internacional privado”, en PÉREZ VERA, Elisa (Dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 6ª ed., Madrid, 1997.

14 PERUGINI, A. M., “Algunas reflexiones en torno a la Convención Interamericana sobre el Tráfico internacional de menores” en *Revista de Derecho de Familia* N° 30: Familia y Derecho Internacional Privado, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 149.

### 5.3. La adopción de medidas urgentes: el artículo 2641 CCCN

El artículo 2641 CCCN se ocupa de las medidas urgentes de protección: “La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados”.

Esta disposición tiene por antecedente el art. 11 del Convenio de La Haya Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños de 1996; y el art. 118 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

No existía en las normas derogadas una disposición sobre las medidas urgentes de protección necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes.

En efecto, “la incorporación de esta norma en nuestro ordenamiento jurídico viene a cubrir una evidente necesidad para la protección de los derechos fundamentales de los sujetos alcanzados de un modo más eficiente y con esencia en el principio de cooperación internacional”.<sup>15</sup>

El art. 2641 dispone que la autoridad competente debe aplicar su derecho interno (*lex fori*) para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio. Están obligadas a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada.

Esta disposición tiene la misma finalidad y alcance del mencionado art. 16 de la CIDIP V en tanto dispone que autoridades competentes de un Estado parte que constaten en su territorio la presencia de una víctima de tráfico internacional de niños deberán adoptar las medidas inmediatas que sean necesarias para su protección, entre las que menciona aquellas de carácter preventivo que impidan el traslado indebido del menor a otro Estado. La norma convencional también indica que tales medidas deberán ser comunicadas por medio de las Autoridades Centrales a las autoridades competentes del Estado de la anterior residencia habitual del menor.

### 5.4. La necesidad de ratificar los convenios sobre adopción internacional

Ya desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por ley 23.849, posteriormente “constitucionalizada” en la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Constitución

15 RUBAJA, N., “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Sección 7ª. Artículo 2641: Medidas urgentes”, en RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 909.

Nacional), la República Argentina manifestó una clara posición contraria, de rechazo a la adopción internacional respecto de niños nacionales o con residencia en nuestro país, que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero, ante tribunales argentinos.

En efecto, la ley 23.849 estableció que la República Argentina hacía reserva a los incisos b), c), d) y e) del art. 21<sup>16</sup> y manifestaba que no registrarán en su jurisdicción por entender que para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.<sup>17</sup>

Con idéntico sentido, la ley 24.779, en lo referente al régimen de adopción, estableció en el art. 315 que la persona que desee adoptar en la Argentina deberá acreditar de manera fehaciente e indudable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

Actualmente, el art. 600 del CCCN dispone que puede adoptar la persona que resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción. Sin embargo, este plazo ya no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

Varias son las razones que motivan esta posición: evitar el tráfico y explotación internacional de niños así como el desarraigo del niño de su territorio y su cultura nacional de origen, con la consiguiente pérdida de su identidad. Por otro lado, el alto número de personas ofrecidas para adoptar, con residencia en nuestro país, respecto de los niños que pueden ser dados en adopción tornaría desaconsejable recurrir a la adopción internacional, de carácter subsidiario.

Otra objeción, entre las principales, reside en la desconfianza o la falta de control posterior que sobre los adoptantes y sobre el niño pueda hacerse en el extranjero.

En suma, la posición oficial de nuestro país, se puede resumir en un dictamen del Ministerio de Justicia de la Nación, el 321, correspondiente al Expte. 172.826/2008 del 18 de diciembre de 2008, firmado por el Procurador del Tesoro, Dr. Osvaldo C. Gugliel-

16 Artículo 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

17 Puede verse: CARIDE, E., NALLAR, F., NAVARRO QUANTIN, J. H. y SZUCS, E., "Convención sobre los Derechos del Niño y Adopción Internacional: Inconveniencia de la Reserva de la República Argentina y del art. 315 del cód. civil", 1 de febrero de 2003, en *Microjuris*. Cita: MJ-DOC-1965-AR | MJ1965.

mino, que manifiesta que: “ante el supuesto de adopción internacional, los organismos públicos se abstendrán de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias”.

Dada la postura que sostiene nuestro país, existe una notoria tendencia a asociar, sin más, las figuras de tráfico, trata y adopción internacional de niños.

Tal como podemos apreciar, si bien son figuras distintas, la adopción internacional puede encubrir, excepcionalmente, un caso de sustracción, venta y tráfico de niños.

Es decir, adopción internacional y tráfico internacional de niños son conceptos completamente diferentes. Pero se vinculan perniciosamente cuando la primera es ilegal, o sea, cuando resulta de “abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños”.

Ante esta realidad, la Conferencia de La Haya sostiene, en relación con Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que “los objetivos principales del Convenio son el establecimiento de determinadas garantías para proteger al niño en caso de adopción internacional y la instauración de un sistema de cooperación entre los Estados partes para garantizar la observancia de dichas garantías. El Convenio no previene, por tanto, de manera directa, sino tan sólo de forma indirecta, ‘la sustracción, la venta o el tráfico de niños’ tal y como se reitera en el apartado b) del primer artículo. Se espera que la observancia de las reglas del Convenio evitará tales abusos”<sup>18</sup>.

Para tal finalidad, las Autoridades Centrales asegurarán que se den los consentimientos necesarios y que se determine correctamente la adoptabilidad del niño (arts. 4 y 16). Asimismo, adoptarán todas las medidas adecuadas para prevenir los beneficios materiales indebidos o de otra naturaleza vinculados a una adopción, y para impedir todas las prácticas contrarias a los objetivos del Convenio (art. 8).

Consideramos que nuestro país debería encarar seriamente la posibilidad de ratificar los convenios internacionales vigentes en el ámbito internacional, que brindarían un marco de seguridad jurídica a las adopciones internacionales y evitarían el riesgo tan temido del tráfico internacional de niños. En especial, sería oportuna la ratificación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. En sus ya veinte años de vigencia (entró en vigor el 1º de mayo de 1995) ha demostrado cumplir con muchos de sus objetivos y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ocupa periódicamente de mejorar su funcionamiento práctico.

## 6. A modo de colofón

El tráfico y trata de personas en general, y de niños en particular es un flagelo oculto, del que no se habla, que carece de visibilidad, y que en todo caso, su abordaje se cen-

18 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional” - Guía de buenas prácticas N° 1, 2008. Disponible en: [http://www.hcch.net/upload/adoguide\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/adoguide_s.pdf) [Consulta: 10/01/2017].

traliza en la sanción de los responsables, pero minimiza la necesaria reinserción social y económica de la víctima en su centro de vida, es decir todo lo atinente a la recuperación y la reparación de los graves daños que le fueron ocasionados.

Ante el desconocimiento y la incompreensión del fenómeno, sumado a la escasez de datos y a la falta de estadísticas sobre el tema, las iniciativas para contrarrestar el tráfico y la trata internacional de niños son reactivas pues se concentran en los síntomas y en las consecuencias, y no en las causas.

Por su parte, la elaboración y entrada en vigencia de normas de derecho, ya sean nacionales o internacionales, aunque significa un paso adelante y un logro significativo de la comunidad jurídica, son insuficientes para enfrentar un fenómeno de tal envergadura y alcance mundial, que responde a una multiplicidad de causas de toda índole, principalmente socio económicas, políticas y culturales y acarrea un sinnúmero de graves consecuencias. Por lo tanto, para la implementación y la aplicación de estas normas, no se puede desconocer la complejidad y multidimensionalidad del fenómeno.

La cooperación jurídica internacional entre los Estados es la base esencial para la implementación y eficacia de la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, y de otros convenios en vigor a nivel universal, para prevenir, controlar y sancionar este delito y mitigar los tremendos efectos sociales y económicos que genera la utilización ilícita y lucrativa de los niños.

Consideramos que los mecanismos de cooperación existentes en materia de tráfico internacional de niños proponen diseños idóneos para su prevención, control y sanción, pero no funcionan en la práctica por falta de voluntad política de los Estados para su implementación. Los Estados no cumplen los compromisos internacionales asumidos o no los traducen en medidas de carácter nacional eficaces.

Por último, es necesario señalar que la implementación de políticas públicas y mecanismos de control que permitan combatir eficazmente el tráfico internacional de menores en el Mercosur es una necesidad ineludible de nuestro proceso de integración regional tendiente a configurar un mercado común entre sus Estados miembros.

## **Bibliografía**

ALBORNOZ, María Mercedes, “La convergencia de la cooperación interamericana en materia de adopción, sustracción y tráfico de menores”, Seminario de derecho internacional y cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez. OEA/Secretaría General. DDI/doc.11/11, Octubre 2011. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/seminario\\_derecho\\_internacional\\_documentos\\_mercedes\\_albornoz.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/seminario_derecho_internacional_documentos_mercedes_albornoz.pdf) [Consulta: 10/01/2017].

ARAYA CASTELLI, Denisse y RAMOS VEGA, Rosmary, “Propuesta de Acción Conjunta para Enfrentar el Tráfico de Niñas, Niños y Adolescentes en los Estados Miembros del Mercosur, Bolivia y Chile”, ONG RAÍCES - Save the Children Suecia, Santiago, Junio de 2004.

AZAR, María Cecilia, “Tráfico internacional de menores. Aspectos penales”, en WEINBERG, Inés M. (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 451 – 466.

BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 2, 2001, p. 356.

BOQUÉ MIRÓ, Roberto, “El tráfico y venta de menores, como forma de maltrato y abuso infantil. La adopción internacional”, en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina*, Córdoba, Comercio y Justicia, Volumen 1989-A, pp. 17 – 19.

BUIS Emiliano, HAIK Inés, LAJE Rodrigo, “Aspectos penales de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP-V): Una lectura comparativa desde el Derecho Internacional”; en *Libro de Ponencias del XII Congreso Latinoamericano, IV Iberoamericano y IX Nacional de Derecho Penal y Criminología*; La Plata, septiembre de 2000.

CALCETA-SANTOS, Ofelia, *Informe sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Comisión de Derechos Humanos, ONU, E/CN.4/1999/71, 29 de enero de 1993.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, COLEX, Madrid, 2004.

CAVAGNARO, María Victoria, “El Tráfico Internacional de Menores. Su tratamiento en la Convención sobre los Derechos del Niño”, abril de 2010, Id Infojus: DACF100028. Disponible en: <http://www.saij.jus.gov.ar> [Consulta: 10/01/2017].

CERDEIRA, Juan José, “Tráfico, trata y venta de menores: panorama desde la perspectiva nacional, con proyección regional e internacional”, en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes: la protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Volumen III, 2015, pp. 3077 – 3093.

CUELLAR MURILLO, Alba, “Trata y tráfico de personas: niños, adolescentes y mujeres”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 59, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 75 – 86.

DREYZIN de KLOR, Adriana y URIONDO de MARTINOLI, Amalia, “Sustracción, restitución y tráfico de menores”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador), *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 615-646.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad*, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2012.

FEUILLADE, Milton C., “Tráfico y trata internacional de menores”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Volumen 2015-4, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 197 – 203.

FUGARETTA, Juan Carlos, "Investigación, venta y tráfico de niños en la Argentina. Defensa de los niños – Internacional", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 4, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990 pp. 202-205.

GONZALEZ MARTIN, Nuria y RODRIGUEZ JIMENEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N° 586, 2011.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Tráfico de personas: La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, 2ª edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

HERZ, Mariana, "Responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del deber de adoptar medidas de acción positiva, preventivas, punitivas y reparadoras, en materia de trata de personas con fines de explotación sexual comercial. A propósito de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso 'Rantsev'", en *El Derecho*, tomo 248, Buenos Aires, 2012, p. 1101.

LAGOS, Enrique, "La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores: algunos comentarios y reflexiones", en *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, con copatrocinio de la Organización de Estados Americanos, Montevideo, 2005.

LEAL, Gustavo, "La explotación sexual de niños", en *Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*. OEA, Tomo 67, n° 234, Montevideo, octubre 1997, pp. 15-38.

MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo, "La C.I.D.I.P.-V (MÉXICO 1994): Una nueva contribución al Derecho Internacional Privado", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, n°. 5, 1993/1994, pp. 101 - 144. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:-BFD-1993-1994-5-D79797E2/PDF> [Consulta: 10/01/2017].

MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Bases para un Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", en *Informe Final de la Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños, preparatoria de la CIDIP-V* (Oaxtepec, 13 al 16 de octubre de 1993), Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1994, pp. 25-26.

NAJURIETA, María Susana, "Cooperación jurisdiccional y la lucha contra el tráfico internacional de niños", en *Prudentia Iuris*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Volumen 58, Universidad Católica Argentina, 2004, pp. 57 a 71.

PÉREZ VERA, Elisa, "El Derecho internacional privado", en PÉREZ VERA, Elisa (Dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. I, 6ª ed., Madrid, 1997.

PERROT, Celina Ana, "Algunas reflexiones acerca del tráfico de menores y la adopción internacional", en *La Ley*, 1993 - D, Buenos Aires, pp. 920-922.

PERROT, Celina Ana, “La adopción internacional y el tráfico de menores. (Bases para una legislación)”, en *La Ley*, 1993 - E, Buenos Aires, pp. 1182-1186.

PERUGINI, Alicia M., “Algunas reflexiones en torno a la Convención Interamericana sobre el Tráfico internacional de menores” en *Revista de Derecho de Familia* N° 30: Familia y Derecho Internacional Privado, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 127 – 149.

RETA, Adela, “Desaparición, tráfico y venta de menores en el Uruguay”, en *Informe Final de la Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños, preparatoria de la CIDIP-V* (Oaxtepec, 13 al 16 de octubre de 1993), Instituto Interamericano del Niño, Unidad de Asuntos Jurídicos, Montevideo, 1994, pp. 27-36.

ROMANO, Carlos A., “Sustracción y trata de niños. Análisis de la eficacia operativa”, en QUAINI, Fabiana M. [et al.], *Restitución internacional de menores: Aspectos civiles y penales*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, pp. 349 – 452.

RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

SANTOS BELANDRO, Ruben, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2007.

SANTOS BELANDRO, Ruben, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2009.

SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, Editorial BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2014.

SCOTTI, Luciana, *Derecho Internacional Privado, de la Colección Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigida por el Dr. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

SCOTTI, Luciana, “El deber de cooperación en materia de adopción internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A propósito del caso “Banfi, Karina Verónica y otro s. información sumaria” (CNCiv Sala M, 16/12/2014), en prensa para *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, 2015.

SEAMAN, Brian y TOMASI, Anna D., “¡Llora por mí, Argentina! El tráfico de menores por motivos sexuales en América del Sur”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 54, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 197-199.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aprobada en México el 18 de Marzo 1994. Un nuevo paso en la codificación del derecho internacional privado interamericano de la minoridad”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Volumen: Extraordinario, 1996, pp. 155 – 182.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, 1ª edición, FCU, Montevideo, 2002.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *Derecho Internacional Privado*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México 1994)”, en *ED*, Volumen 160, UCA, Buenos Aires, 1995, pp. 727-736.



## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

*CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo*

**El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales**

*GAVERNET, Haroldo Ramón*

**Derecho y tradición**



## EL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL: REFLEXIONES SOBRE EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL TRABAJO, LA REGULACIÓN LABORAL Y LAS RELACIONES LABORALES<sup>1</sup>

GERARDO CEDROLA SPREMOLLA

La ponencia pretende abordar la situación que el avance de las nuevas tecnologías está produciendo sobre el mundo del trabajo, en particular, sobre las formas de trabajar, sobre las formas de organización de las empresas, sus modelos de negocio y sobre la regulación laboral y las relaciones laborales.

En el ámbito de las relaciones laborales, desde los tradicionales trabajos de John Dunlop a la fecha, se ha enfatizado sobre la necesidad de analizar el contexto tecnológico como una variable central capaz de explicar distintas situaciones propias del mundo del trabajo. Durante las décadas de los 70, 80 y 90, la literatura especializada en Relaciones Laborales fue prolífica en trabajos que buscaron analizar el cambio tecnológico sobre las empresas, como una forma de explicar los importantes cambios que se estaban produciendo en el mundo empresarial de esos años. En las últimas décadas, el cambio tecnológico ha sido vertiginoso, y la aparición de nuevas tecnologías, ha superado en cantidad y calidad, a la que se generó en décadas anteriores. Todo ello, justifica largamente la necesidad de continuar explorando los impactos que la tecnología ha generado y está generando sobre el mundo del trabajo, fundamentalmente como forma de entender qué adaptaciones se habrán de requerir para posibilitar los menores inconvenientes para los trabajadores, las empresas y los propios clientes de las mismas.

A efectos de realizar el propósito que hemos señalado, la ponencia habrá de partir de los cambios que las tecnologías de la información vienen impulsando en el mundo actual de forma esencial para entender como se está configurando la revolución digital, el futuro de la economía, el trabajo y la vida diaria. Para ello entonces en el punto N° 2 abordaremos aspectos principales de la revolución tecnológica actual, en particular aquellos aspectos vinculados con la digitalización.

Luego, en el punto N° 3, se habrá de considerar los impactos que la digitalización y el cambio tecnológico actual han generado y habrán de generar sobre el trabajo, intentando definir una morfología para el trabajo del futuro.

El punto N° 4 será consagrado a estudiar el impacto que se genera sobre la forma en que las empresas crean y producen valor para sus clientes y la recompensa que obtienen de ello.

Finalmente, el numeral 5 abordará la discusión sobre los impactos que pueden generarse sobre la regulación laboral y en las relaciones laborales, analizando la eventual per-

1 Universidad de Bérghamo, 11 de noviembre de 2016.

tinencia de posibilitar cambios al respecto. Luego por último, en el numeral 6 habremos de exponer nuestras conclusiones.

## I) El contexto tecnológico: cambio e innovación tecnológica en un mundo globalizado

### II.1 Concepto de Tecnología

La importancia de la tecnología en el desarrollo de las sociedades, ha sido siempre subrayada tanto por la economía como por la sociología. En el mundo académico de las relaciones laborales, tal situación ha sido también apuntada, desde los trabajos más tradicionales bajo el enfoque sistémico, como en análisis más modernos, especialmente en las teorías de las opciones estratégicas<sup>2</sup>. Hablar de tecnología supone referirse al progreso técnico, y en adición, supone apreciar los impactos que aquel puede configurar respecto de las condiciones de vida y de trabajo. En efecto, desde hace ya varios años, se ha aceptado pacíficamente que las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas a la actividad laboral, determinando cambios en la forma de producir, en la forma de realizar las tareas y en la forma de organizar el trabajo.

Por tecnología habitualmente se ha entendido el conjunto de conocimientos propios de una técnica y por esta, los conocimientos y procedimientos empleados para obtener un resultado determinado. En el marco de los conceptos antes explicados, a efectos de este trabajo entenderemos entonces por tecnología, cualquier conocimiento, habilidad o competencia capaz de poder ser empleado de una manera más o menos sistematizada a efectos de lograr un objetivo determinado.

### II.2 Tipos de tecnología

Del concepto que anteriormente asumíamos se desprende que no existe una sola modalidad de tecnología. En efecto, la evolución de la técnica y la historia social muestran como las tecnologías han evolucionado, desde la máquina de vapor hasta la mecánica, los ordenadores, la informática o la robótica en tiempos más modernos.

Ha sido tradicional a partir de los trabajos de J.THOMPSON, distinguir- según como la tecnología incida en las empresas, instituciones u otras organizaciones,- entre tecnologías blandas y duras y tecnologías flexibles o fijas. Por tecnologías blandas se entiende el conjunto de habilidades y conocimientos asociados a la creación e innovación sin que ello configure la producción concreta de un objeto o artefacto. Se trata de meros conocimientos aplicados a la mejora del funcionamiento de las organizaciones a través de múltiples modalidades. Por el contrario, por tecnologías duras se entiende la transformación de materias para producir objetos o artefactos. De igual modo entiende por tecnologías flexibles aquellas aptitudes, conocimientos o materias que pueden ser utilizadas en otros productos o servicios; y por tecnologías fijas aquellas no pueden ser utilizadas en otros productos o servicios<sup>3</sup>.

2 Ver al respecto DUNLOP, John : *"Industrial Relations System"*, Holt Rinehart and Wwinston, New York, 1958 y también KOCHAN, Thomas y KATZ, Harry : *"An introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations"*, Irwin Mc-Graw Hill, Boston, 1998.

3 THOMPSON, James: *"Organizations in Actions. Social Science bases of Administrative theory"*, New Yersey, 1967.

No habremos de entrar en tales detalles, sino que a los efectos de nuestro análisis, solamente distinguiremos aquellos cambios tecnológicos que se configuraron a partir de la primer revolución industrial, de los que actualmente se vienen desarrollando, en torno de la transformación digital de las empresa, y que ha dado lugar a lo que en la literatura especializada se han denominado las nuevas tecnologías de la información o la era de la digitalización o más sencilla y simplemente digitalización.

Tales tecnologías tienen que ver concretamente con el uso intensivo de la microelectrónica, la informática, las telecomunicaciones, la automatización, y la inteligencia artificial. Estas tecnologías, habitualmente denominadas “nuevas tecnologías”, configuran claramente una nueva revolución técnica, por cuanto no existe prácticamente ningún trabajo en la actualidad, que no pueda recibir algún tipo de realización por medio de alguna de ellas. Estas tecnologías a la vez que están produciendo un gran incremento del progreso material también son susceptibles de producir efectos sobre situaciones tan dispares como el volumen y la sectorialización del empleo, las formas de contratación, las formas de trabajar, los sistemas de control del trabajo, y las cualificaciones profesionales. Estas nuevas tecnologías pueden ser aplicadas a la producción (automatización, robótica), a la información (informática, base de datos), o a la comunicación (teléfonos celulares, intranet, redes).

### II.3 Innovación y cambio tecnológico actual

Por innovación tecnológica entendemos cualquier incorporación de nueva tecnología a los efectos de generar un cambio en las formas de producir, trabajar, desarrollar un negocio u organizar una empresa<sup>4</sup>.

La innovación tecnológica que actualmente se está produciendo en las empresas configura claramente un cambio tecnológico de importantes magnitudes y con una importancia de futuro, capaz de generar consecuencias de diversa índole.

A las innovaciones tecnológicas actualmente en curso, y en función del cambio brusco que producen con el pasado, se les ha englobado bajo el amplio concepto que se ha dado en llamar “disrupción”<sup>5</sup>.

La innovación tecnológica en el mundo empresarial no es una novedad, ya que siempre ha habido incorporación de diversas tecnologías destinadas a mejorar la performance de las empresas. No obstante ello, la innovación tecnológica actual tiene la singularidad de reposar sobre técnicas y conocimientos mucho más complejos y sofisticados que los que hasta la fecha se han registrado en el mundo empresarial. En mérito de ello, la innovación tecnológica actual se diferencia de la del pasado por cuanto ha avanzado y continúa todavía avanzando a una velocidad mucho más rápida que las innovaciones de otra época.

4 GABRIELLE TREMBLAY, Diane: “*Innovation, technologie et qualification: une introduction*”, en *Innovation, technologie et qualification, Multidimension et complexité du processus d’innovation*, Presses de l’Université du Québec. 1996. Québec.

5 AUTORES VARIOS: “*Disrupción, Economía compartida y Derecho: Enfoque jurídico multidisciplinario*”. FCU, 2016, Montevideo.

Entre estas innovaciones tecnológicas destaca en la actualidad aquella configurada por la digitalización.

#### II.4 Digitalización y transformación digital como innovación tecnológica

Como hemos visto, la evolución de las nuevas tecnologías ha generado una época nueva de innovación tecnológica configurada en torno de la digitalización.

Por digitalización entendemos el proceso de convertir información analógica en formato digital, permitiendo de esta manera el manejo electrónico de datos. De esta forma, la información contenida en documentos de papel puede ser convertida en archivos digitales o imágenes electrónicas<sup>6</sup>.

La innovación tecnológica constituida por lo digital es una formidable oportunidad de transformación para las empresas y sus formas de trabajar. En adición, esta nueva situación tecnológica, no debidamente controlada y manejada por las empresas, puede perfectamente constituirse en una amenaza para las mismas. El desarrollo de la digitalización y la búsqueda de perfeccionar la empresa en torno de una cultura y una organización digital, puede encajar perfectamente con la búsqueda de una mejora de la propia competitividad de las empresas. La innovación digital ha generado a nivel mundial impactos tanto a nivel de los trabajadores como de los consumidores. En efecto, millares de personas a nivel mundial utilizan terminales móviles para conectarse con su trabajo, leer la prensa o interactuar con redes sociales. Los clientes aspiran a que la conectividad les permita una mejor personalización de su vínculo con las empresas, una mejor interacción a menos tiempo y con menos onerosidad. Y ello lleva a las empresas a buscar mecanismos y soluciones digitales destinadas a atender estas aspiraciones del cliente, en todas y cada una de las distintas etapas de su vinculación con la empresa.

#### II.5. Globalización y Digitalización

Las innovaciones tecnológicas que venimos comentando se insertan en la coyuntura económica actual en un marco de economía globalizada. Esta situación de innovación tecnológica en un escenario mundial caracterizado por la globalización de los mercados adquiere especial singularidad bajo la modalidad tecnológica que configura la digitalización.

Las tendencias a la tecnologización y a la mundialización de la producción convergen en un mismo marco y al mismo tiempo producen importantes efectos para la dinámica socio-económica de los países. De esta forma, se dibujan nuevas divisiones de trabajo entre naciones y regiones, que tienen que ver no solamente con los antecedentes socio-económicos e industriales de cada estado sino también con la forma en que las empresas se relacionan con el mundo tecnológico y la globalización<sup>7</sup>.

6 Business Services Orange: *“Les nouveaux modes de travail à l’ère du digital: enjeux et opportunités, exemples et enseignements”*. Avril, 2014. Así también puede verse SOETE, Luc y BAMBER, Neel Editors: *“The economy of the digital society”*, Northampton, Massachusetts, 2005.

7 VILLAVICENCIO, Daniel: *“L’apprentissage technologique ou comment repenser les rapports technologie-qualification”* en *Innovation, technologie et qualification, Multidimension et complexité du processus d’innovation*, Presses de l’Université du Québec. 1996. Québec.

El desarrollo de empresas digitales y la comunicación digital en red vía internet son elementos que confluyen a efectos de acrecentar la globalización actual que se presenta en la economía capitalista a nivel mundial. En efecto, el trabajo en red y la hiperconexión de personas a nivel global, permite que cualquier persona ubicada en cualquier lugar del mundo resulte cliente o usuario de bienes y servicios de forma inmediata, a los que anteriormente, no hubiera podido acceder simplemente por razones de distancia.

## II) El trabajo en la era digital: morfología del trabajo del futuro

Como hemos visto la innovación tecnológica configurada por la transformación digital de las empresas es susceptible de producir importantes cambios en las empresas y en el mundo del trabajo.

Por tal razón habremos de analizar los impactos que tal situación es capaz de generar sobre el empleo, por un lado y sobre las formas de trabajar, por otro.

### III.1 Impactos de la digitalización sobre el empleo

Para que una innovación tecnológica tenga efectos económicos generalizados e implicaciones importantes sobre el empleo, es necesario que genere una gran variedad de nuevos productos y/o servicios, y que su aplicación sea posible en muchos sectores de la actividad económica, que reduzca costos o genere importante rentabilidad y ventaja competitiva de sus aplicaciones<sup>8</sup>.

La discusión sobre el impacto de la innovación tecnológica sobre el empleo, ha sido un aspecto que ha provocado ácidas discusiones. Alcanza con recordar la historia del movimiento obrero para ver incluso las reacciones a veces violentas que la incorporación de cambios tecnológicos ha generado sobre los trabajadores. No obstante ello, sostener en la actualidad que los procesos de digitalización suponen por sí mismos un retroceso para los trabajadores no hace más que estimular el temor y generar resistencias al cambio que atentan contra las posibilidades de progreso y de mejora de las condiciones de trabajo que en definitiva, afectan a los propios trabajadores.

En cuanto refiere a los impactos que la innovación tecnológica genera sobre el empleo, nos limitaremos a repasar la literatura económica que presenta una clara evidencia de una vinculación positiva al menos en tres perspectivas. Primeramente, desde la segunda revolución industrial el progreso tecnológico ha sido el motor de crecimiento y del desarrollo económico y si bien ha destruido algún empleo ha dado lugar a la creación de otros nuevos. En segundo lugar, más recientemente con la rápida difusión de las tecnologías digitales y de la economía del conocimiento, la eficiencia económica, resultado de la explicación del crecimiento económico a partir de la incidencia de la innovación tecnológica sobre la productividad total de los factores, se ha ido reforzando. Y finalmente, bajo una perspectiva de pura investigación en el ámbito empresarial, las evidencias empíricas demuestran que el progreso tecnológico está asociado con un elevado ritmo de crecimiento de la ocupación, fundamentalmente del trabajo cualificado, aún reconociéndose que puede destruir ciertas forma de empleo menos calificado<sup>9</sup>.

8 TORRENT-SELLENS, Joan: Cambio tecnológico digital sesgador de habilidades, ocupación y salarios, Paper Universitat Oberta de Catalunya, Abril, 2008

9 Idem op.cit. nota 6.

De esta forma la evidencia empírica nos dice que la innovación tecnológica actual configurada por las tecnologías digitales y los flujos de la información, generan tres contradicciones sobre el mundo del empleo. En primer lugar se da un proceso de sustitución de habilidades, de nuevos tiempos de trabajo y de nuevas competencias, contradictorio en relación de las anteriores habilidades, tiempos y competencias. En consecuencia de esto, se configura una segunda situación que tiene que ver con la contradicción entre el trabajo genérico y el trabajo autoprogramable, y finalmente, la tercer contradicción se da entre la destrucción que se genera de aquellos puestos que requieren de menor calificación para la realización de sus tareas frente a la aparición de nuevos puestos, inexistentes antes en el mercado, de contenido hiperespecializado y complejos, situación que en un balance de corto o mediano plazo, elimina más puestos de trabajo que los que genera<sup>10</sup>.

### III.2.- Impactos de la digitalización sobre el trabajo

La transformación empresarial que supone la digitalización genera consecuencias sobre el trabajo de manera inexorable.

A efectos de desarrollar estos impactos habremos de distinguir: i) impactos sobre la forma de trabajar, ii) impactos sobre la organización del trabajo, iii) impactos sobre la gestión de los recursos humanos, iv) impactos sobre la cultura de las empresas.

#### i) Impactos sobre la forma de trabajar

Las nuevas tecnologías han incidido claramente sobre las formas de trabajar y tal situación se manifiesta por la aparición de nuevas formas y situaciones de trabajo, que sustentados en procesos y técnicas tales como la telemática, la digitalización y las bases de datos, permiten la deslocalización de los puestos de trabajo, la simplificación del contenido de las tareas de los puestos, y la prestación de las mismas por parte del trabajador sin la necesidad de salir de su casa. Esta situación sería el caso del denominado teletrabajo en el cual se sustituye la interacción física en la relación laboral, por un trabajo a distancia, focalizado en aquellas actividades que no necesitan de supervisión continua, ya sea porque se refiere a actividades de alta creatividad o de baja cualificación. De esta manera, se produce un traslado del lugar físico de trabajo, de la oficina o de la fábrica, a la casa del trabajador o en telecentros, vinculados por un puente electrónico que no es más que un ordenador conectado a una red de telefonía (RDSI). Esta tecnología de técnica digital, utiliza para su funcionamiento el transporte de señales e imágenes mediante la fibra óptica y los satélites de comunicación, lo que permite en tiempo real, recibir y trasladar por una sola línea, imágenes y datos<sup>11</sup>.

Esta forma de trabajar rompe el contacto físico del trabajador con su lugar de trabajo y con sus demás compañeros de trabajo, ya que su contacto con la empresa, es a la distancia, a través del terminal de su ordenador. No existe contacto físico tampoco con

10 Al respecto puede verse *“Ciencia, tecnología e innovación en la economía digital. La situación de América Latina y el Caribe”*, CEPAL, setiembre, 2016, donde se realizan estimaciones de creación y destrucción de puestos de trabajo, pag.60 y 61. Según este informe en el período que va del 2015 al 2020, se destruirán 5,1 millones de puestos de trabajo, cifra que es la diferencia de estimar en 7,1 millones los puestos de trabajo que se perderán y en 2 millones, los puestos de trabajo que se habrán de crear.

11 AUTORES VARIOS: *“Reinventar la empresa en la era digital”*, Open Mind BBVA, 2015, Madrid y también THOMPSON, Peter and MAITLAND, Alison: *Future Work*, 2011.

otros teletrabajadores, y cada uno realiza su trabajo en absoluta ausencia de control en sus procesos laborales, supervisando por el contrario, el resultado del mismo.

Otra nueva forma de trabajar configurada a consecuencia del impacto de esta nueva tecnología sobre el trabajo es la virtualización de las relaciones laborales, esto es el reemplazo de las reuniones y desplazamientos físicos por las reuniones virtuales a través de conferencias telefónicas o video conferencias. Estos equipos virtuales de trabajo, entre personas situadas en distintos lugares, que pueden ser o no trabajadores de la empresa, se concretan en el ciberespacio a través de un sistema de comunicación y van desarrollando un proyecto común de trabajo, caracterizado por cierta autonomía laboral, colaboración de datos y conocimientos, interdependencia, y por una valoración de su trabajo en función de los resultados producidos.

Un tercer impacto de la digitalización sobre las formas de trabajar tiene que ver con la automatización de algunas tareas de funciones de soporte. De esta forma esta nueva tecnología favorece los procesos de automatización en la realización de tareas administrativas, favoreciendo el autoservicio por parte de los trabajadores en el proceso de la atención de cuestiones concretas: llenado de peticiones, formularios, solicitud de licencias, reembolso de gastos, reservaciones, etc.

Finalmente, un último impacto de la digitalización sobre las formas de trabajar tiene que ver con la reorganización de los espacios de trabajo, donde algunas empresas han roto los viejos espacios burocráticos y jerarquizados, para reemplazarlos por espacios abiertos sin posiciones fijas, que se van moviendo en función de diferentes proyectos de trabajo<sup>12</sup>.

Gráficamente podemos representar lo expuesto en la siguiente figura:

ii) Impactos sobre la organización del trabajo



Las nuevas tecnologías y en especial la digitalización también generan efectos importantes sobre la organización del trabajo. Como es sabido la organización del trabajo,

12 THOMPSON, Peter: "Nuevas formas de trabajar en la empresa del futuro" en "Reinventar la empresa en la era digital", Open Mind BBVA, 2015, Madrid

es una consecuencia del poder de dirección que tiene cualquier empleador, por el cual, tiene la potestad de diseñar y resolver la forma en que habrá de estructurarse la empresa en su funcionamiento. Esto tiene vital importancia en lo que refiere a los puestos de trabajo ya las tareas de los mismos.

Como consecuencia de la digitalización, los puestos de trabajo comienzan a exigir seis nuevas características: a) centrado en las personas, b) movilidad, c) servicios, d) simplicidad, e) social y f) continuo<sup>13</sup>.

Centrado en las personas: reconocer la importancia del avance tecnológico no significa desconocer la importancia de las personas. Son las personas las que ocupan los puestos de trabajo que se rediseñan y quiénes componen el principal capital de las empresas. La tecnología simplemente permitirá – focalizándose en las personas – que su trabajo sea más productivo, más ágil e innovador. Y a efectos de tal situación debe realizarse una necesaria sinergia entre las herramientas tecnológicas y las necesidades y posibilidades de los usuarios de las mismas.

La posibilidad de trabajar desde cualquier sitio, transforma a la movilidad en una característica esencial de los nuevos puestos de trabajo. La posibilidad de estar conectado mediante dispositivos diversos, que interactúan mediante técnicas digitales, fragmenta a los viejos puestos de trabajo localizados en un lugar determinado, dando libertad de movimiento a sus ocupantes. El trabajo digital gira en torno de las personas, y les sigue donde estas vayan, pudiendo llevar todo su lugar de trabajo en la palma de la mano. Y es esta movilidad la que destruye las ataduras a horarios, a edificios, a lugares o un entorno determinado, ya que el trabajo digital sigue a la persona con prescindencia de tales aspectos.

En lo que refiere a servicios, estos son claves para favorecer el desarrollo del trabajo digital. El trabajador digital requiere que su entorno de trabajo le proporcione – sin importar donde se encuentre- los servicios necesarios que le permita como usuario, poder realizar sus tareas.

La Simplicidad supone que las tareas de los nuevos puestos habrán de ser más sencillas por consecuencia de la necesaria simplificación a la que conduce el trabajo digital. Los trabajadores del conocimiento deberán integrar mayor cantidad de conocimiento en sus puestos de trabajo, debiendo entender la nueva lógica digital de funcionamiento de los mismos, pero seguramente tendrán tareas de menor contenido rutinario que antes o podrán realizar las mismas de una manera más sencilla.

El aspecto Social tiene que ver con la forma de diseño de la tecnología digital para que ella se ajuste con la naturaleza humana y de esta forma pueda beneficiar sus comportamientos colaborativos.

Finalmente el componente continuo como elemento caracterizados de los nuevos puestos de trabajo tiene que ver con la necesidad permanente de evolución en los mis-

13 CIPD: *“Smart working: The impact of work organisation and job design”* y también, BERG, Oscar: *“Los seis pilares del nuevo lugar de trabajo digital”* en blog The content economy. También puede verse ISMAIL, Salim: *“Exponential Organizations”*. *A singularity Univesity Book, New Yor, 2014.*

mos, dado que la tecnología no se detiene y permanentemente requiere de adaptación a la misma.

### iii) Impactos sobre la Gestión de los Recursos Humanos

La digitalización de las empresas afecta también claramente las formas de gestionar los recursos humanos. Esta transformación empresarial, no puede ser acometida sin el involucramiento de la Dirección de Recursos Humanos, y sin la necesaria adaptación que ella debe realizar en sus propias formas de gestión<sup>14</sup>.

Si la forma de relacionarse del trabajador con la empresa, a consecuencia de la digitalización resulta más flexible, entonces las formas de gestión de recursos humanos deben recoger en sus prácticas dicha flexibilidad.

Tal situación se refleja en cuestiones de gran importancia para la gestión tales como: la movilidad y la organización del tiempo de trabajo, la definición de las competencias laborales y sus contenidos, los riesgos psico-sociales, y la gestión del propio proceso de cambio.

La movilidad supone asumir que el trabajador, como parte de su formación, debe rotar entre diversas posiciones que le permitan asegurar un desempeño polivalente.

Las competencias ya no serán los conocimientos y habilidades de los puestos tradicionales sino que serán reemplazados gradualmente por competencias digitales necesarias para manejarse en el nuevo entorno y para poder interactuar en su trabajo con la nueva tecnología.

Los riesgos psico-sociales tienen que ver con los riesgos que todo proceso de cambio es capaz de generar sobre los trabajadores y en especial con las tareas tendientes a mitigar el clima de incertidumbre y nerviosismo que se genera inexorablemente en cualquier cambio organizacional profundo.

Finalmente, la intervención de la gestión de recursos humanos a través de sus políticas y prácticas de gestión es clave a la hora de orientar el proceso de cambio de una forma ordenada, no solamente mitigando las incertidumbres y los temores anteriormente señalados sino además, permitiendo asegurar el correcto funcionamiento de la compañía.

En adición, algunos estudios sobre gestión de recursos humanos en compañías digitales subrayan los siguientes elementos claves que se incorporan a su gestión del capital humano: altos niveles de exigencia y diferenciación, aprendizaje permanente, fomento de las competencias digitales, foco en el trabajo en equipo, accountability, respeto y confianza, y HR analytics<sup>15</sup>.

Los altos niveles de exigencia y diferenciación vienen dados por los contenidos de las tareas de cada puesto, los que de alguna forma, privilegian una mayor concentración de conocimientos y habilidades, que van sofisticando cada vez en mayor medida, la calificación exigida para tener un correcto desempeño en ellos. Tal situación deviene inexorablemente en la necesidad de estar permanentemente capacitándose y por ello la formación profesional continua, se convierte en una herramienta clave a los efectos de

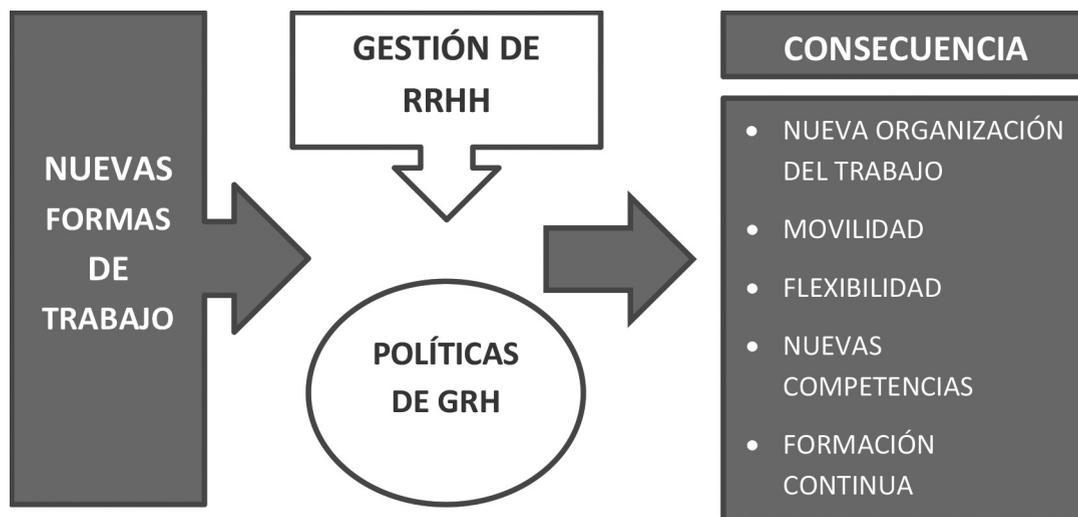
14 Idem op. Cit notas 5 y 10.

15 Idem op.cit. nota 10.

mantener empleabilidad. De igual forma, y por los motivos que venimos exponiendo las competencias laborales tradicionales, van complementándose cada vez más con la necesidad de desarrollar competencias digitales que permitan al trabajador poder comprender el funcionamiento de la organización y realizar sus tareas adecuadamente.

El trabajo en equipo se convierte en un elemento esencial del funcionamiento de las empresas, pero con la singularidad a diferencia del pasado, de tratarse de equipos transversales, de reducida cantidad de personas, y con amplia autonomía decisoria.

*Accountability* y *HR analytics* tienen que ver con la confianza en el criterio y las capacidades de las personas que trabajan, medidas fundamentalmente a partir de los resultados que obtienen, a través de métricas previamente acordadas<sup>16</sup>. La siguiente figura representa los conceptos que venimos desarrollando:



#### iv) Impactos sobre la Cultura de empresa

Los impactos culturales que la digitalización como nueva tecnología genera sobre la empresa, tienen que ver con la concepción de cultura corporativa que la empresa mantenga.

Por cultura de empresa entendemos el conjunto de valores, creencias, experiencias y costumbres que una empresa pretende difundir entre las personas que la componen. De esta forma estos elementos configuran la forma de ser de una empresa<sup>17</sup>.

Los rasgos más salientes de las empresas que han adoptado culturas digitales según la literatura especializada son: agilidad, creatividad y curiosidad, colaboración interna alta, equipos reducidos con importante capacidad de decisión y tolerancia al error, ciclos cortos de productos, foco en el cliente<sup>18</sup>.

La agilidad resolutiva, la creatividad y la curiosidad como la búsqueda permanente

16 BERGER, Roland: *“Reinventar le travail: Comment saisir les opportunités de l’ère digitale?”* Think Act, 2014.

17 DELCOURT, Jacques: *Sociologie du travail*, Université Catholique de Louvain, 1999.

18 AUTORES VARIOS: *“Rasgos característicos de una cultura digital”* Idem. Op.cit.nota 10.

de un funcionamiento disruptivo con prácticas del pasado se convierten en valores importantes que pasan a integrar la cultura de muchas empresas que eligen constituirse en empresas digitales.

La colaboración interna se convierte en un componente cultural de absoluta importancia en este tipo de compañías. La economía colaborativa y del conocimiento requiere cada vez más en las empresas de una mirada transversal, en donde cada sector de las empresas colabore con los otros a efectos de posibilitar el cumplimiento de los objetivos empresariales. La colaboración incrementa la creación de valor y permite una mejor gestión del conocimiento así como asegura la generación de sinergias entre equipos transversales. Este rasgo se apoya en la tecnología que expande el ámbito colaborativo en el que pueden interactuar los distintos trabajadores, inclusive estando ubicados en diferentes lugares del mundo, y la configuración óptima de los espacios de trabajo abiertos.

La autonomía y confianza en el criterio y las capacidades de las personas son otra forma de hacer destacables desde la cultura corporativa, una base necesaria para acceder al valor de la agilidad.

De esta forma, la confianza otorgada a los colaboradores se sustenta en otro comportamiento que se asume como un valor cultural: la tolerancia al error.

De igual forma se prioriza el lugar del cliente de tal manera que ello se convierte en un valor cultural para la compañía la que se convierte en una organización que trabaja *Customer Centric*.

La siguiente figura pretende representar los rasgos más característicos de la cultura empresarial digital:



### 3.3. Características del Trabajo del Futuro.

De las consideraciones que venimos exponiendo podemos delinear las siguientes características que harán del trabajo digital el trabajo del futuro:

- i) Trabajo basado en talento
- ii) Cambiante
- iii) Conectividad
- iv) Competitivo
- v) Entorno digital
- vi) Trabajo inteligente y flexible
- vii) Medido en resultados

**Trabajo basado en talento:** El trabajo del futuro prescindirá de títulos, diplomas, o trayectorias acumuladas. Lo único que cuenta a los efectos de asegurar empleabilidad es el talento del individuo, medido por su capacidad de hacer, de crear, de innovar y de adaptarse a los requerimientos de las nuevas formas de trabajar. Esta situación es consecuencia necesaria de los cambios que se han venido produciendo en el mundo del trabajo a partir del nuevo entorno digital. Como bien afirma Peter Thompson estamos asistiendo a una revolución de la información que nos enfrenta a cambios profundos en nuestra manera de vivir y de trabajar, a ritmos vertiginosos. En efecto, la revolución en curso ha puesto en una sola década, tantos cambios, como la revolución industrial a lo largo de un siglo. Hace 20 años, la web no existía. Hace 10 años las redes sociales tampoco existían. Y hace tan solo 5 años no teníamos *smartphones*, ni *tablets*, ni *big data*, ni posibilidades de conectividad similares. Todo esto ha generado la aparición de puestos de trabajo que antes no existían, y que se sustentan pura y exclusivamente en un trabajo basado en el puro talento.

**Cambiante:** es innegable que todo el desarrollo argumental de esta ponencia se articula sobre la idea de cambio. El trabajo del futuro entonces no podrá ser sino cambiante. Como la evolución tecnológica no se detiene, los contenidos de las tareas serán permanentemente cambiantes.

**Conectividad:** el trabajo del futuro es un trabajo que se realiza en conexión con las demás personas que trabaja en la empresa, sin importar el lugar o el espacio físico desde el cual trabajen. En un mundo cada vez es más hiperconectado y con alta intensidad digital, la integración de equipos de trabajo supondrá conectividad, el desarrollo de proyectos transversales se realiza en forma de interconexión y en definitiva el tipo de trabajo colaborativo que supone el trabajo del futuro, configura una modalidad de trabajo de imperiosa necesidad de hiperconectividad.

**Competitivo:** que el trabajo del futuro sea competitivo significa que los mercados se expanden simplemente porque caen las fronteras y las empresas puedan contratar

servicios de personas que puedan prestar sus tareas sin necesidad de estar en plantilla y sin siquiera estar presente en la ubicación geográfica donde se encuentra la empresa que demanda el servicio.

Entorno digital: el trabajo del futuro así como la vida social del futuro deberá tener la capacidad de interactuar digitalmente por la sencilla razón que cada vez más vivimos en un entorno digital.

Trabajo inteligente y flexible: Este nuevo enfoque del trabajo supone una transferencia del control desde la empresa al empleado. En la era del trabajo digital e inteligente, los empleados son los dueños de su tiempo. Deciden cuando y donde trabajar y su jefe deposita su confianza en ellos. Esto significa que el trabajo puede realizarse no necesariamente en el horario de trabajo y desde los lugares habituales. De esta manera el concepto de jornada laboral fija y de control de procesos durante la misma, se destruye, dado que la jornada se vuelve flexible y lo que importa es el resultado de las tareas y no los procesos que configuran el desarrollo de las mismas.

Medido en resultados: El trabajo de futuro enmarcado en un entorno digital y realizado desde no importa que ubicación física, solamente será medido por sus resultados. Lo que importará es el resultado que se genera, la aportación de valor que realiza quien trabaja al valor final de la compañía. Los viejos esquemas de control, o los controles de procesos mediante supervisores directos involucrados durante todo el desarrollo de las tareas, serán cada vez más, una cuestión del pasado.

### III) Nuevos Modelos de Negocio

#### 4.1. Concepto de Modelo de Negocio

Las empresas no pueden entenderse en su funcionamiento y acción sin apreciar sus modelos de negocio.

Por modelo de negocio entendemos la lógica de la empresa, la forma en que esta crea y captura y ofrece valor para sus stakeholders. En otros términos, es la forma en que la empresa genera valor para sí mismo y para sus clientes. Bajo este concepto se engloban un conjunto de situaciones que representan aspectos centrales para el desarrollo de un negocio: el propósito empresarial, el proceso de negocio, el mercado objetivo, las ofertas de negocio, la estructura y las políticas de empresa<sup>19</sup>. De esta manera, el proceso de construcción de un modelo de negocio, es parte de la estrategia de negocios, esto es de la estrategia de la propia empresa.

#### 4.2 Impacto de la tecnología sobre los modelos de negocio

Como se ha visto siempre han existido modelos de negocio en las distintas empresas. Y siempre han emergido oportunidades de crear modelos de negocio distintos, innovadores y actualmente disruptivos, que han cambiado las reglas de juego de un sector y han llevado a extremar las condiciones de la competencia.

<sup>19</sup> RICART, Joan: "Modelos de negocio en la empresa del futuro" en Reinventar la empresa en la era digital" Open Mind BBVA, 2015, Madrid

Actualmente, la combinación de elementos indicados en el cambio tecnológico, junto con los cambios en globalización, desregulación y demás cuestiones propias de la innovación, hacen posible también un impacto sobre las formas de concebir los distintos modelos de negocio.

De esta manera la empresa del futuro habrá de desarrollar sorprendentes innovaciones en sus modelos de negocio. De alguna manera, actualmente ya podemos relevar experiencias bastantes innovadoras que están configurando que el futuro comienza hoy día.

Para ello, vamos a intentar tipologizar los diferentes modelos de negocio que comienzan a desarrollarse.

### 4.3 Tipos de modelos de negocio

A estos efectos distinguiremos dos grandes tipos: i) modelos de negocio según la forma de desarrollar la actividad que configura el negocio y ii) modelos de negocio según las bases de sus fundamentos.

i) Modelos de Negocio según la forma de desarrollar la actividad que configura el negocio.

En esta categoría distinguiremos: modelos de negocio obsesionados por el costo; modelos de negocio de plataforma; modelos de negocio globales y modelos de negocio obsesionados por la búsqueda de la excelencia<sup>20</sup>.

Los modelos de negocio obsesionados por el costo, son aquellos cuya línea de acción fundamental es reducir drásticamente los costos operativos de las compañías. El paradigma de este modelo ha sido el de las líneas aéreas de bajo costo, que aprendieron a partir del modelo inicialmente desarrollado por Southwest en Estados Unidos, la única aerolínea que nunca ha dejado de ganar dinero. Southwest en su momento decidió volar punto a punto, entre aeropuertos más pequeños y menos congestionados, utilizando medidas para tener los aviones más tiempo en el aire y llenos de pasajeros. De esta manera el costo baja claramente, atrayendo más público y haciendo más rentables las rutas. Con algunos ajustes este es el modelo de negocio de Ryanair en Europa y Air Asia en Asia. Esta obsesión por el costo en el negocio del *retail*, es el desarrollado por Walmart. Se trata de eliminar costos superfluos y organizarse para aprovechar las economías de escala alcance utilización y experiencia en beneficio de los clientes. Todo lo que no crea valor para los consumidores, debe eliminarse<sup>21</sup>.

Los modelos de negocio de plataforma suponen el desarrollo de una plataforma digital-informática desde la cual el cliente se vincula y a partir de tal conexión, se desarrolla el negocio. De esta forma a partir de estas plataformas virtuales pueden desarrollarse una gran cantidad de actividades que pueden suponer además una gran diversidad de formas de interactuar con la plataforma y de trabajar para las mismas. Estas plataformas permiten servir a dos o más mercados en forma simultánea, de forma continua las 24

20 Idem op.cit. nota 18.

21 Idem op.cit. nota 18.

horas del día, siendo accesibles desde cualquier lugar. Entre estos tipos de modelos de negocio podemos mencionar E-bay, Uber, Airbnb<sup>22</sup>, entre otras empresas<sup>22</sup>.

Un tercer tipo de modelo de negocio que debemos distinguir es el configurado por las empresas que desarrollan un modelo de negocio global. Surgen como empresas de carácter local, pero rápidamente se abren al mundo, y crecen internacionalmente para obtener ventajas de escala. Muchas veces utilizan como instrumento de desarrollo del modelo global, las franquicias, pero la clave de tal situación, no es el instrumento en que se desarrolla sino la concepción global del negocio: el tipo de productos que se vende, pretende configurar una marca global, de cierto renombre, capaz de lograr aceptación y por ende clientes, en cualquier mercado, más allá de las singularidades propias de las personas que compongan dicho mercado. Entre estas empresas podemos mencionar a Max Mara, Mango, Desigual, Mac-Donalds, solamente por mencionar a algunas de ellas<sup>23</sup>.

Finalmente el último tipo de negocio que habremos de distinguir dentro de este grupo, es aquel configurado por aquellas empresas que destacan por su obsesión en la búsqueda de la calidad y la excelencia. Este tipo de empresas se caracterizan por focalizarse en la innovación, tratando de satisfacer a sus clientes con novedades o buscando crear productos y necesidades nuevas en sus clientes<sup>24</sup>. Apple es seguramente el mejor ejemplo de este tipo de modelo de negocio. Después de destacar en el mundo de los ordenadores personales, y de casi perecer en el él, comenzó a desarrollarse con gran suceso revolucionando el mundo de los aparatos de oír música con el Ipod, el de la telefonía con el Iphone y creando las tabletas Ipad.

#### ii) Modelos de Negocio según las bases de su fundamento.

Bajo esta categoría distinguiremos modelos de negocio basados en la eficiencia, modelos de negocio basados en la transformación; modelos de negocio basados en el crecimiento y modelos de negocio basados en la creación.

Los modelos de negocio basados en la eficiencia tienen por finalidad buscar aumentar el rendimiento de un modelo de negocio ya existente. Su prioridad organizativa es la explotación y las habilidades se usan para continuar en la línea ya trazada, sin alteraciones sustanciales<sup>25</sup>.

Los modelos de negocio basados en la transformación pretenden realizar cambios a un modelo ya existente. Para ello pretenden desarrollar nuevas habilidades dinámicas<sup>26</sup>.

Los modelos de negocio basados en el crecimiento, pretenden sin alterar el modelo existente, centrarse en explorar nuevos mercados o productos, apoyándose en habilidades que ya se poseen<sup>27</sup>.

22 Idem op.cit. nota 18.

23 Idem op.cit. nota 18.

24 Idem op.cit. nota 18.

25 Idem op.cit. nota 18.

26 Idem op.cit. nota 18.

27 Idem op.cit. nota 18.

Finalmente, los modelos de negocio basados en la creación, dan lugar al surgimiento de un modelo enteramente nuevo, resultado de la exploración de nuevas oportunidades en el mercado, la tecnología o cualquier otro factor externo<sup>28</sup>.

Como resulta congruente y razonable de acuerdo a los desarrollos que venimos exponiendo en este documento, estos diversos tipos de modelos de negocio, generan impacto sobre la forma de trabajar, sobre la estructura de la empresa y sobre la gestión de la misma. En efecto, cada uno de estos modelos se soporta en diversas modalidades de trabajar – en algunos casos fuerte teletrabajo, en otros *crowdworking* de equipos, en otros equipos altamente especializados y con alto desempeño, células especializadas bajo objetivos técnicos, etc- las que se configuran como un componente esencial para el desarrollo de la empresa según el propio modelo de negocio y sin cuyo funcionamiento y estructura no sería viable el funcionamiento del propio modelo de negocio elegido. Pero también, de igual manera, estos modelos de negocio influyen sobre el *management* de la empresa, ya que los directivos de las compañías no pueden seguir gestionando las mismas, bajo los principios tradicionales del *management* del Siglo XX. El *management* de este tipo de empresas se ve interpelado a desarrollar nuevas habilidades y procesos que les permitan recuperar habilidades propias de un *design thinking*, para no solo posibilitar su gestión de la empresa de forma coherente con estos nuevos modelos, sino además para resolver sus problemas, activar el virtuosismo del modelo y manejar las dificultades del entorno.

Los diferentes modelos de negocio que hemos comentado se exponen en la siguiente figura:



28 Idem.op.cit.nota 18.

## IV) Impactos sobre la regulación laboral y las relaciones laborales

### 5.1 Concepto de regulación laboral y relaciones laborales

Por regulación laboral entendemos el conjunto normativo de origen autonómico o heterónomo, por el cual se orienta la prestación de tareas bajo relación de dependencia así como bajo otras modalidades que supongan la realización de tareas para un tercero sin que se verifique subordinación jurídica.

De igual forma, por relaciones laborales entendemos conjuntamente con Gerard Dion<sup>29</sup> el conjunto de relaciones sociales y económicas, individuales y colectivas, estructuradas y no estructuradas, que nacen y se establecen en ocasión del trabajo, así como el conjunto de conocimientos que se dedican al estudio de tales relaciones.

De esta manera, pretendemos analizar los efectos que la innovación tecnológica configurada por la digitalización puede tener sobre estos dos ámbitos detallados anteriormente.

### 5.2 Impactos posibles en la regulación laboral y las relaciones laborales

Si la digitalización es capaz de generar nuevas formas de trabajar e impactos en la organización del trabajo de las empresas, así como también nuevos modelos de negocio, capaces de provocar necesarias adaptaciones en el *management* de las compañías, cabe entonces preguntarse si todo ello, no debería impactar sobre la regulación laboral.

Y claramente nuestra respuesta a tal pregunta, es afirmativa. Los cambios que se vienen apuntando y comentando a consecuencia de la digitalización, ciertamente nos llevan a cuestionarnos el contenido de la regulación laboral y el funcionamiento de las relaciones laborales.

En términos de regulación laboral, las nuevas formas de trabajar que hemos visto, expanden por la vía de los hechos el concepto de trabajo subordinado, llevándonos a nuevas realidades en las que si bien pueden no verificarse los elementos distintivos de una relación de dependencia, la persona que trabaja realiza sus tareas sin dejar de ser un trabajador, razón por la cual parece razonable otorgarle la protección tradicional que le garantiza el derecho del trabajo. En consecuencia, y por la vía de los hechos, esta situación nos lleva a una ampliación de los límites tradicionales y naturales de tal derecho los que se van lentamente corriendo y constituyendo mucho más en torno de un derecho del empleo o de un derecho del trabajo en el sentido más amplio de su expresión. En consecuencia resulta a todas luces claro como evidencia, la insuficiencia del enfoque tradicional que hasta el momento ha nutrido la base jurídica de esta rama del derecho y en especial, se torna crítico el concepto de subordinación<sup>30</sup> Y por tal razón, necesariamente deberíamos asistir en los próximos años, a una etapa más expansiva del contenido regulatorio de la legislación laboral. Como bien lo señala Gauthier<sup>31</sup> siguiendo a Monereo, esa nueva legislación seguramente deberá contemplar las nuevas realidades laborales,

29 DION, Gerard: *Dictionnaire des relations industrielles*, Presses Université de Laval, Montreal, 1986.

30 SEGHEZZI, Francesco: “*Lavoro e Relazioni Industriali nell’industry 4.0*” en *Bollettino ADAPT*, N.10, 2016.

31 GAUTHIER, Gustavo: “*Economía compartida, Crowworking y Derecho del Trabajo*” en op. Cit nota 4.

protegiendo aquellos aspectos que sea necesario proteger para evitar cualquier forma de explotación, pero al mismo tiempo aceptando situaciones que merecen ser concebidas de otra manera, bajo una impronta conceptual del Derecho del Trabajo capaz de combinar garantismo laboral con menor rigidez regulatoria.

En lo que respecta a las relaciones laborales pensamos que el mayor impacto estará dado por la introducción por la vía de los hechos, de ciertas formas de flexibilidad. En efecto, si la innovación tecnológica actual y en especial la digitalización es flexible por su propia naturaleza, destacándose por su capacidad de adaptación a situaciones nuevas y fluctuantes, entonces también como consecuencia deberán adaptarse los trabajadores a las nuevas condiciones de una organización del trabajo que necesariamente deberá ser más flexible. Esta flexibilidad laboral adquiere especial relevancia en torno de una posible flexibilidad numérica y otra necesaria flexibilidad funcional<sup>32</sup>.

Por flexibilidad numérica hacemos referencia a los aspectos vinculados a la contratación y extinción de las relaciones individuales de los trabajadores. En este marco, esto permitirá un incremento del trabajo coyuntural y a tiempo parcial, en detrimento del trabajo estable o bajo contratación a tiempo indeterminada y a tiempo completo que ha caracterizado la contratación laboral tradicional. El empleo temporal de esta manera, deja su rol marginal en el mercado de trabajo, y pasa bajo formas atípicas de contratación, caracterizadas por la temporalidad y la flexibilidad del tiempo de trabajo, a convertirse en una forma permanente de empleo para muchos trabajadores y una modalidad de empleo habitual para muchas empresas.

La flexibilidad funcional tiene que ver con la utilización variada y permanente de los trabajadores en la empresa, aumentando los ritmos de trabajo al eliminarse los tiempos muertos, y haciendo más sofisticadas las competencias laborales. La nueva organización del trabajo se torna más compleja, requiriéndose de nuevas competencias que hacen a una mayor cualificación del trabajador, a la adaptación a nuevas exigencias en los nuevos puestos de trabajo, que agrupan entre los cometidos de un mismo trabajador la realización de diversos tipos de actividades. Este tipo de flexibilidad se enmarca además, dentro de una organización del trabajo que fragmenta la actividad dentro de la empresa, integrando a ciertos grupos de trabajadores en pequeños grupos especializados o autónomos.

Otro de los aspectos que debemos considerar a la hora de apreciar los impactos de la digitalización sobre las relaciones laborales es el vinculado en torno del contralor del trabajo. Las especiales características de las innovaciones tecnológicas que venimos analizando permiten la sustitución del control periférico, discontinuo y parcial que tradicionalmente se verificaba en las formas tradicionales de trabajo. En efecto, el viejo control de origen taylorista, donde el supervisor o capataz, controla las formas de trabajar a medida que se van desarrollando, en algunos casos cronómetro en mano, quedan definitivamente de lado, pasándose a un sistema centralizado orientado por procesos digitales en máquinas. Mientras en el viejo taylorismo el capataz debía manejar y presionar a sus obreros a fin de mantener ágiles los ritmos de producción, los nuevos sistemas de control tecnológico incorporan el control a la propia maquinaria. Tal es el caso del software in *accounting*, el cual permite identificar para cada operario, los tiempos de trabajo, los errores cometidos y la frecuencia y duración de sus interrupciones.

32 Al respecto del debate sobre flexibilidad laboral puede verse: MEDINA CASTILLO, Enrique: "Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales" y ATKINSON, J: "Manpower strategies for flexible organizations", Personnel Management, 1984.

Finalmente, en lo que tiene que ver con cuestiones de índole colectiva, debemos considerar el tema de la organización sindical.

### 5.3. Nuevas regulaciones y nuevas relaciones laborales?

Las consideraciones que venimos exponiendo nos llevan a formular esta línea de reflexión respecto de la cual no queremos abundar dado que ello, nos llevaría a escribir otro documento de extensiones similares a este. No obstante ello, es nuestra intención dejar planteada la cuestión: el trabajo de futuro en la medida que presente y se desarrolle conforme a la morfología que hemos expuesto en estas páginas, no debiera generar nuevas regulaciones y nuevas relaciones laborales?

En nuestra opinión, la pregunta antes formulada solo puede responderse positivamente, en función de los tantísimos argumentos que hemos formulado en esta ponencia.

No puede existir un trabajo del futuro con una regulación laboral del pasado ni con un funcionamiento de las relaciones laborales – en especial de aquellas colectivas – sin adaptarse a las singularidades de los tiempos.

## V) Conclusiones

De las ideas que hemos desarrollado en los capítulos precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- i) **Repensar el trabajo:** Tal como lo hemos expuesto anteriormente, la digitalización está cambiando las formas de trabajar. De esta forma no podemos seguir pensando el trabajo en los términos tradicionales. Tradicionalmente el trabajo era un lugar al que se asistía, pasándose allí las horas estipuladas en la jornada prevista por los contratos de trabajo. En tal lugar se realizaba un conjunto de tareas, que se consideraban la aportación del trabajador a la empresa, y por la cual, se recibía en contrapartida un salario. En el mundo actual el trabajo ha cambiado y la situación es cada vez más compleja. La tecnología y en especial la digitalización, libera al trabajador de las limitaciones de un emplazamiento fijo, y entonces el trabajo ya no es un lugar al que hay que ir. Es cada vez más una actividad que se cumple con un propósito y que genera un resultado. Y lo que se remunera será tal resultado. En consecuencia, se cambia la lógica tradicional del contrato de trabajo histórico, priorizándose de esta manera, la lógica del rendimiento y no la premiación de un esfuerzo que puede no contribuir al éxito del negocio.
- ii) **Repensar su regulación:** La situación comentada en el numeral anterior es de por sí lo suficientemente importante, como para interpelarnos a repensar rápidamente el rol y el contenido de la regulación laboral. Cualquier omisión al respecto no solamente corre el riesgo de exponer a los trabajadores del futuro a una inadecuación regulatoria, sino también a eventuales abusos por parte de las empresas. En consecuencia no se trata aquí de eliminar la regulación laboral, sino simplemente de repensar su rol y contenido de forma tal de permitir su adaptación a las características del trabajo del futuro.

- iii) **Equilibrar fronteras:** La digitalización ofrece a las empresas nuevas oportunidades de desarrollo y de eficiencia, aún a riesgo de desdibujar las fronteras entre la vida profesional y la vida familiar. Por ello, es menester encontrar un equilibrio entre tales situaciones de forma de asegurar una base conveniente a la transformación empresarial sustentada en una situación de comodidad para los trabajadores.
- iv) **Repensar el *management*:** Las nuevas formas de trabajar como hemos visto, convulsionan la jerarquía de la empresa y sus formas de gestión. Por tal razón, el *management* de la empresa no puede seguir realizándose sobre viejas prácticas de gestión que enfatizan supervisiones de procesos y no de resultados. La adaptación del *management* empresarial a la gestión del modelo de negocio deviene en un elemento esencial a la hora de desarrollar el proyecto de transformación digital.
- v) **Trabajar formas de integración a la empresa en el marco de una nueva cultura empresarial:** Como hemos visto, la innovación por vía de la digitalización es capaz de impactar en la cultura empresarial. A partir de la modalidad de trabajo colaborativo, las personas van desarrollando un conjunto de situaciones novedosas, mediante una conectividad que configura una red de trabajo. Los valores que se desarrollan en esta forma de trabajar irán plasmados en una cultura empresarial diferente, con rasgos propios de las características de una cultura digital. Este cambio significa entonces reformular las formas de involucrar a los trabajadores con la cultura de la compañía así como también, las formas de lograr su movilización en relación al cumplimiento de los objetivos empresariales.
- vi) **Repensar la organización y los puestos de trabajo:** La organización del trabajo y el contenido de los puestos que la componen también deberán ser revisados y repensados a los efectos de ser adaptados al nuevo entorno digital. En efecto, hemos visto como las nuevas tecnologías y en particular la digitalización transforman profundamente la organización del trabajo, como una forma previa y necesaria de adaptar la estructura empresarial al nuevo modelo de negocio a desarrollar.
- vii) **Nuevas capacidades: competencias digitales:** Como un corolario del punto anterior, se desprende la necesidad de trabajar y de adaptar el contenido de los puestos de trabajo y las competencias que deberán aprender sus ocupantes a los efectos de poder realizar sus tareas. En la nueva empresa digital, las competencias necesarias para desarrollar las tareas de cada puesto de trabajo, ya no serán solamente un conjunto de conocimientos y habilidades tradicionales, sino también un conjunto de nuevas competencias digitales.
- viii) **Nueva vía de búsqueda de la competitividad:** El vínculo entre digitalización y organización del trabajo se encuentra en el corazón de la competitividad de la empresa. De esta forma, la innovación se presenta como uno de los pilares de la economía digital y competitiva, lo cual se convierte en un elemento clave del éxito empresarial. Para ello la transformación digital de la empresa necesariamente deberá considerar sus formas para la generación de nuevas ventajas competitivas, lo que le posibilitará a futuro, fortalecer su capacidad de competir y por ende, asegurar su supervivencia empresarial.

- ix) **Nuevo rol de la función de Recursos Humanos:** El proceso de transformación empresarial que supone la conformación de una empresa digital, requiere necesariamente un nuevo rol para la función de Recursos Humanos. Tal función empresarial será clave a la hora de desarrollar las condiciones necesarias para permitir las bases de una nueva gestión de las personas que componen la compañía, así como para lograr la comprensión y el involucramiento de los trabajadores de la empresa en el proceso de cambio que supone esta transformación empresarial.
- x) **Búsqueda del trabajo colaborativo:** Como hemos visto un elemento central en el trabajo del futuro será la modalidad de trabajo colaborativo. La colaboración entre todos los componentes de las empresas, sin importar el lugar desde donde se prestan las tareas, será vital a los efectos del funcionamiento. El desarrollo de un funcionamiento mediante la participación en proyectos multisectoriales intraempresa y que involucren la movilización de diversos equipos, supondrá como requisito indispensable, la existencia de un trabajo de ánimo colaborativo.
- xi) **Trabajo frente a empleo:** Finalmente dentro de los impactos que la innovación digital genera en el trabajo del futuro, se deberá de considerar la dualidad que se configura en torno de trabajo y empleo. Como consecuencia de las situaciones comentadas en esta ponencia, los empleadores necesitarán cada vez menos, ofrecer empleos, una carrera profesional y/o algún tipo de estabilidad para obtener que alguien realice un conjunto de tareas. Al momento que se requiera hacer alguna cosa, simplemente se buscará de manera virtual y remota alguien que tenga voluntad de hacerlo, y a quien se le pagará solamente por la realización de tal trabajo, una vez que el mismo sea finalizado. Tal situación fragmenta los mercados de trabajo, convulsionando el mercado de trabajo tradicional, posibilitando que las personas compitan desde distintos lugares del mundo a fin de prestar un servicio. De igual manera, esta situación pone en cuestión el concepto tradicional de subordinación que se ha desarrollado para encauzar el trabajo realizado bajo relación de dependencia.

Las situaciones antes apuntadas nos deberán llevar a asumir como principio que el futuro será de aquellas organizaciones que se adapten rápidamente a los continuos cambios del ámbito digital, y que tales cambios, inexorablemente deberán generar nuevos análisis, respuestas y políticas, de parte de los actores sociales, como componentes esenciales de las relaciones laborales. En efecto, la masiva difusión de tecnologías digitales está dando lugar a un nuevo tiempo, que cambia la realidad económica, alterando las cadenas de valor y obligando a las empresas a adaptar sus modelos de negocio.

Esta revolución tecnológica impulsada por la internet móvil, la computación en la nube, la internet de las cosas, la robótica y la inteligencia artificial configura una nueva era capaz de diseñar una nueva economía, en la que los trabajadores, las empresas, y los propios Estados, deberán realizar esfuerzos de adaptación a efectos de evitarse problemas y de poder dar respuesta a estos efectos disruptivos de la nueva economía digital.



# DERECHO Y TRADICIÓN<sup>1</sup>

HAROLDO RAMÓN GAVERNET<sup>2</sup>

## I

Al observar los diversos países latinoamericanos, encontramos distintos **sistemas jurídicos**, conformados por un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas dispares.

Así también existen tales sistemas jurídicos en organismos como las Naciones Unidas, o la Comunidad Europea: e incluso dentro de un mismo país entre los diferentes estados, si se trata de un estado federativo como el nuestro, Argentina, donde las provincias pueden mostrar sistemas jurídicos propios.

Es que estando el mundo organizado en estados soberanos, y en organizaciones de estados, existen múltiples sistemas jurídicos, que pueden ser clasificados en grupos o familias, pero no por ello ha de entenderse que posean normas jurídicas, procedimientos e instituciones idénticas. Por el contrario hay una diversidad que va más allá de la regulación legal.

Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, etc. tienen sus propios y característicos sistemas legales, como ocurre con Italia, Francia, Alemania, aunque a todos ellos podamos englobarlos como *naciones del derecho civil*. Del mismo modo que pueden encasillarse dentro del *derecho común anglosajón* los sistemas de Inglaterra, Nueva Zelanda, o los Estados de California o Nueva York.

No obstante es menester marcar las diferencias resultantes entre ellos en punto a normas sustantivas, procedimientos jurídicos e instituciones legales, dado que coexisten numerosos sistemas dentro de una misma familia.

Ahora bien, pese a esas diferencias encontramos algo que les resulta común, que comparten, que da un criterio para su agrupamiento, y permite hablar de *tradición jurídica* y ubicarlos como sistemas “del derecho civil”, o el “consuetudinario”, o incluso colocarlos en una situación peculiar como por ejemplo a los sistemas del derecho escandinavo, o a aquellos del Norte de África, Medio Oriente y Asia que pertenecen al mundo musulmán, etc.

Como se ve, existen diversas **tradiciones jurídicas**, hoy por hoy las más significativas parecen ser las del derecho civil y el derecho anglosajón, sin obviar otras como las de origen socialista, o las ya mencionadas anteriormente.

1 Exposición efectuada en la “Jornada Ius Commune Latinoamericano”, UNPaz, 20 de noviembre de 2015

2 Profesor de Derecho Romano en las Universidad Nacional de La Plata, Universidad Católica de La Plata y Universidad de Montevideo. Director del Instituto de Derecho Romano y Cultura Clásica de la UCALP. Ex presidente (por dos períodos) y Presidente Honorario de la Asociación de Derecho Romano de la Argentina.

En definitiva una *tradición jurídica* nos refiere no a una regulación legal sobre los contratos, las sociedades, los delitos, etc. aunque tales normas en alguna medida reflejan a la tradición a que pertenecen.

La define más bien una conjunción de actitudes, que hondamente arraigadas y conectadas históricamente, contienen una concepción del derecho y su función en la sociedad, proponiendo los modos en que debe crearse el derecho, la naturaleza de la ley, la forma de gobierno. Es decir sobre la manera como el derecho debe aplicarse, enseñarse, perfeccionarse.

Al relacionar el derecho con la cultura. La *tradición jurídica* viene a colocar al sistema dentro del ámbito cultural del que es parte.

## II

Si atendemos a los países latino americanos, por su origen, no deberíamos dudar en afirmar su pertenencia a la tradición jurídica del derecho civil.

La sola mención de la legislación ibérica en la regulación colonial de estos territorios, que se muestra clara e históricamente indudable, proporciona razonables fundamentos para aseverar que, a través de ella, se ha exportado en mayor o menor medida a nuestras naciones el modelo propio de esta tradición jurídica.

Pero, ¿qué es esto de la tradición del derecho civil? ¿De donde parte hasta llegar a la regulación hispano lusitana, cuales son los moldes que conforman esta tradición?

La tradición del derecho civil ha sido la más antigua y ampliamente difundida. Si bien muchos autores, no particularmente romanistas, suelen datarla en el 450 a C, por la supuesta fecha de la Ley de las XII Tablas (tal vez para señalarla como la tradición del derecho escrito, por oposición al anglosajón); creo que ya en las *mores* están las características que la conformaran. Y eso si no queremos ir más lejos, incluso a épocas precivicas, atendiendo a *legis Actionis* como el Sacramentum o la Manus Iniectio por ejemplo.

En cuanto a su extensión, sin exagerar puede decirse de su predominio en casi la totalidad de Europa occidental (incluso en organismos supranacionales), América del Sur y Central, en muchos países asiáticos y africanos, incluso en algunos de aquellos del ámbito del derecho consuetudinario como ocurre en Louisiana, Quebec, Puerto Rico, demuestran su amplia esfera de pertenencia.

## III

Pero no ha de pensarse que desde los lejanos tiempos de las *mores* y la Ley de las XII Tablas, ésta tradición se ha mantenido inmutable. Más bien se ha enriquecido y conformado a través de los devenires históricos, uniendo al Derecho Romano, aportes del Derecho canónico, el Derecho Mercantil, y aún los sufridos a partir de la Revolución Francesa y las Codificaciones, como también de la llamada Ciencia Jurídica.

Sería demasiado extenso y tedioso profundizar en estas que podríamos catalogar como subtradiciones conformantes de nuestra tradición jurídica. Y ya vengo aburriéndolos demasiado.

Sin embargo, abusando de vuestra paciencia, permítanme una referencia, que prometo será breve, a la que podemos nombrar como la subtradición más antigua, la que viene del Derecho Romano.

Sin olvido de lo ya expresado sobre la Ley de las XII Tablas, es a partir de la compilación justineana del siglo IV, que se marcan los caracteres de la *tradición jurídica del derecho civil*,

No obstante los cambios que desde el 533, algunos producidos drásticamente, se advierten en las legislaciones vigentes, sustancialmente siguen tratando los mismos problemas y relaciones. El derecho de la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad, las obligaciones los contratos, y los medios para la protección de los intereses a ellos referidos, se cubren siguiendo el espíritu de la antiquísima compilación.

De los avatares resultantes de la caída del Imperio Romano en la conformación de esta que podríamos catalogar como nuestra tradición jurídica, las incidencias de las leyes romano bárbaras, el renacimiento operado en Bolonia y las escuelas de Glosadores y Comentaristas, el Derecho Canónico, las regulaciones mercantiles, el historicismo y las Codificaciones podríamos intercambiar opiniones largo y tendido.

También sería tema para considerar la incidencia y los efectos que el estatismo, el positivismo, y conceptos como soberanía, nacionalismo y racionalismo, desenfrenados, entre otros factores, han tenido para el apartamiento o mayor cercanía de los pueblos integrados es esta tradición jurídica, y la posibilidad de afirmar todavía hoy, (como en lo personal creo), que entre los países de Latinoamérica persiste un *Ius Commune*.

#### IV

Sin embargo, puede advertirse que, como en el pasado, la interacción entre los sistemas, con la incorporación e institutos de disímiles características, altera en cierta medida la pertenencia a una u otra tradición, con parciales modificaciones que rompen el equilibrio propio y deseable del cuerpo legal, y la coherencia del sistema jurídico.

Estas influencias, a menudo respondiendo a idiosincrasias distintas y a modos de vida y valores foráneos, restan cohesión a la estructura legal de los pueblos incorporando regulaciones contradictorias al espíritu y particular forma de ser de cada nación.

Párrafo aparte es la consideración de leyes y códigos que so pretexto de una trasnochada y utópica pretensión de conformar un sistema jurídico simple, sin presuntos tecnicismos, cuya simple lectura permitiera entender las necesarias e inevitables complicaciones propias de la materia jurídica, nos retrotrae a lo más oscuro de la ideología libertaria de la Revolución de 1789. Códigos que parecen más destinados a indicar a los jueces que deben hacer, que a regular los derechos de los ciudadanos.

Pretendiendo obviar de tal manera la imprescindible tarea del *Iurisprudens* que, considerando las particularidades del caso a la luz de la realidad, podía encontrar la respuesta justa, capaz de asegurar los derechos, la vida, la libertad, el honor y los afectos de las personas, honrando a la Justicia y la Verdad.

A pesar de ello, todavía hoy se descubren las notas comunes que permiten sostener la subyacente existencia de un *ius commune*, que por las raíces y evolución engloba a los pueblos latinoamericanos.

## V

Para concluir sólo me queda una reflexión sobre la **tradición**, en estos tiempos en que el progresismo parece despreciar como perimido, obsoleto, aquello que proviene del pasado.

Frente al progreso que trae tantas esperanzas y despierta en nosotros la expectativa de un porvenir pleno de logros positivos, aún hay todavía un lugar para la tradición.

Como decía Jean D’Ormesson, hace ya años, en la Academia Francesa: “...*existe una esperanza para la tradición. Pero con dos condiciones: que más allá de las tentaciones, del cansancio y de los compromisos, sepa permanecer fiel a si misma, y que más allá de la rutina y las mezquindades sepa abrirse a todo lo que hay en el tiempo que pasa y aspire a más verdad y más justicia. El porvenir sin el pasado es ciego, el pasado sin el porvenir es estéril*”

Quien no siente, alguna vez, la nostalgia que despierta el recuerdo de lo que se ha querido, de lo que nos ha traído hasta aquí; de los cantos y las fiestas, de los aciertos y los errores, de los fracasos y los logros; de los amores, las amistades, las costumbres; de la Patria y el pago, de las montañas que ha escalado, los ríos donde ha navegado, de los horizontes que ha visto...

Es que junto a la tradición está la vida, que de ella se nutre. Como decía Miguel Ángel: “*Dios ha dado una hermana al recuerdo y la llamó esperanza*”.



## JURISPRUDENCIA COMENTADA

*ANIDO BONILLA, Raúl*

**De los bienes adquiridos por un concubino a costa del esfuerzo o caudal común**



# DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR UN CONCUBINO A COSTA DEL ESFUERZO O CAUDAL COMÚN

RAÚL ANIDO BONILLA

## DE LA DISPOSICIÓN LEGAL

En el capítulo “Reconocimiento judicial de la Unión Concubinaria” de la ley 18246, por el que se dictan normas relativas a la unión concubinaria, en artículo 5º, bajo el acápite “Objeto y sociedad de bienes”, se dispone que “la declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar, junto a la fecha de comienzo de la unión, “la indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.”

## DE LAS SENTENCIAS Y SUS RAZONES

En la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de primer turno el 6 de junio de 2012 se sostiene que los bienes adquiridos por uno de los concubinos durante la vigencia del concubinato a costa del “esfuerzo o caudal común” de ambos antes del reconocimiento judicial, aún cuando se llegare a dicho reconocimiento y a su inscripción, nunca devendrán en “concubinarios” –conformando la respectiva “sociedad de bienes”-, manteniéndose en la situación de bienes “propios” de quien fuera su adquirente. Así leemos que dicho reconocimiento “no implica per sé que los bienes adquiridos antes de ese reconocimiento pertenezcan a ambos concubinos”. Ello en cuanto “la mera indicación de bienes de los arts. 5º lit. b y 9º lit. A, implica tan solo reservar acciones personales entre los unidos”. La razón la hallan, siguiendo a Arezo y a Domínguez Gil, en

que transformar la naturaleza jurídica de las adquisiciones, implica la mutación de la respectiva titularidad dominial; lo que, de admitirse, causaría grave distorsión a la seguridad jurídica, derecho de terceros (acreedores, cónyuge de algunos de los concubinos, alteraciones en el tracto sucesivo registral, valores fundamentales del Estado de Derecho). De ahí que, aquel concubino que “aportare” “esfuerzo o caudal” a fin de la adquisición onerosa de un bien por el otro concubino, sólo será titular de un crédito; aún cuando “la declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato” determine que dicho bien fue adquirido a expensas del esfuerzo o caudal común.

En la misma sentencia, además, se sostiene que, aún siendo los bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común, su titular es una persona jurídica, que “es diferente de la persona física, y los bienes que tenga en propiedad aquella, aunque suene redundante le pertenecen a la misma, las personas físicas en todo caso, podrán ser titulares de acciones de la misma, pero no de los bienes de la misma.”

En la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno el 7 de octubre de 2015 también se niega la existencia de una comunidad de bienes entre los concubinos con anterioridad al nacimiento de la respectiva “sociedad de bienes”, reconociéndosele a la concubina “un crédito sobre el valor de las cuotas abonadas por el demandado a la cooperativa de vivienda durante la duración de la unión concubinaria reconocida” que se fija en el 25% de dicho valor.

En la sentencia número 217/2016 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de primer turno el 22 de junio de 2016 se mantiene el referido criterio, entendiendo que “la mera “indicación de bienes” de los arts. 5º lit. b y 9º lit. A, implica tan solo reservar acciones personales entre los unidos. Sin alcanzar jamás a transformar la naturaleza jurídica de las adquisiciones, esto es sin modificar la titularidad dominial. En tal postura, en tal sentencia, además de las posiciones de Arezo y Domínguez Gil, citan las de Luz Calvo y Ema Carozzi; en cuanto la primera escribiera que los bienes adquiridos antes del reconocimiento no cambian de naturaleza al producirse el mismo, y la segunda agrega que ello es así si la unión concubinaría se disuelve sin reconocimiento previo.

## DE LOS BIENES ADQUIRIDOS A COSTA DEL CAUDAL COMÚN POR LOS CÓNYUGES

La expresión a costa del “esfuerzo o caudal común” no es nueva en nuestro sistema jurídico. En el artículo 1955 numeral 1º del Código Civil se dispone que “Son bienes gananciales: 1º.- Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos”.

Rams Albesa<sup>1</sup>, al comentar el artículo 1347-3º del Código Civil español<sup>2</sup>, ha escrito que con la referencia al “caudal común” “se intenta por el legislador situar una frontera clara y terminante...entre lo adquirido a costa o en sustitución de bienes privativos...o en sustitución de otros

1 Joaquín J. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Tecnos, 1992, pág. 131

2 El que dispone que “Son bienes gananciales:... 3º. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos.”

gananciales que darán lugar al ingreso en la masa común de nuevos o distintos gananciales...”; por lo que, a su juicio, sería elemental concluir “que nos encontramos en presencia de un supuesto ordinario de subrogación real...”. La construcción gramatical, nos dice, “nos sitúa ante un supuesto lineal y directo de subrogación por empleo, es decir, ante la inversión de unos caudales, que ya vienen calificados de comunes o gananciales, con los que se adquiere un nuevo bien al que corresponderá en lógica y en derecho el mismo tipo de titularidad que tenían aquéllos, por los que será sin más ganancial”.

Pero, además, a pesar de disponer dicho caudal común, la adquisición puede efectuarse, conforme el artículo 1955 numeral 1º de nuestro Código Civil, “para la comunidad o para uno solo de ellos.” En el caso que se adquiriera para uno solo de ellos, igualmente será ganancial. Y, en consecuencia, participará de la naturaleza asignada a tales bienes y de la misma sociedad conyugal. En tal sentido recordamos, las afirmaciones de Martínez Sanchíz<sup>3</sup>, quien, al estudiar las fuentes castellanas de la sociedad conyugal, ante afirmaciones de que “...la mujer, que no adquiere la propiedad en acto, sino en potencia o “en crédito”, observa “un dominio nebuloso por contraste con el que ejerce *in solidum* su marido”. Pero aún así, sostiene que el dominio marital, de aquel entonces, no estaba exento de limitaciones. Por de pronto, nos dice, “se encuentra afecto a la carga de la comunicación, *onus comuniónis*, en expresión feliz de Covarrubias; es decir, de algún modo débilmente atemperado.” Y dicha carga de comunicación la hallamos presentes aún hoy en nuestro Código Civil que determina “la comunicación” del dominio de cada cónyuge en relación a cada bien que hubiera adquirido a título oneroso “a costa del

3 José Ángel MARTÍNEZ SANCHÍZ, *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 81

caudal común” al patrimonio autónomo comunidad postganancial.

Y ese dominio, de cada cónyuge, “afecto a la carga de la comunicación”, “de algún modo débilmente atemperado”, se aproxima a lo que, en la doctrina italiana, voces como las de De Paola y Busnelli -citadas por Corsi<sup>4</sup>- nos plantea como patrimonio de destinación; frente a afirmaciones, como las de Oppo y Schlesinger, que nos hablan una “masa fluida y mutable” que se expresa como una “entidad-valor” y no como cotitularidad de bienes. Pero ya estemos ante un patrimonio de destinación o una “entidad-valor”, en ambas fluirá plenamente la subrogación real, la que integra la tipificación de todo patrimonio autónomo. Y la respectiva comunicación.

Así vemos cómo en nuestro sistema jurídico, a consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, se verifica una comunicación de bienes de un dominio individual o condominio a un patrimonio de destinación (comunidad postganancial). Y, precisamente, creemos que no genera, como se sostiene en la jurisprudencia comentada, “una grave distorsión a la seguridad jurídica”. La que, en su caso, en prevenida por la publicidad registral, a través de disposiciones como la de que “mientras la sentencia (de separación de bienes) no sea inscripta no surtirá efectos contra terceros” (artículo 1985), junto a la que “la separación de bienes no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores” (artículo 1993).

Vaz Ferreira<sup>5</sup> y Arezo<sup>6</sup> han sostenido, respectivamente, que la partición de la co-

munidad postganancial retrotrae sus efectos al día en que el respectivo bien que se le adjudica a un comunero entró en “la comunidad” y que la eficacia de la partición “atraviesa todo estado que no sea de derecho exclusivo” que sólo “se a detener en el momento en que el bien ingresa a la sociedad conyugal, porque la misma sociedad es un estado –si no de indivisión- donde no hay un derecho exclusivo, en el sentido estrictamente romano de la palabra.” Por ello Arezo creía “que el efecto declarativo de la partición de la indivisión postcomunitaria se retrotrae al momento en que el bien ingresa a la comunidad”. Sin embargo Cambiasso<sup>7</sup> ya se planteaba la duda de hasta qué momento se retrotrae el efecto declarativo de la partición en la comunidad postganancial. Creemos, junto a ella, que dicho efecto se retrotrae hasta el momento que nació la comunidad, al disolverse la sociedad conyugal, en el que, como dijéramos, se produjo la comunicación de la titularidad de un cónyuge o cotitularidad de ambos a la universalidad de derecho “comunidad postganancial”. En tal sentido recordamos que Martínez Sanchíz<sup>8</sup> nos dice que la comunicación se produce al disolverse el matrimonio (la sociedad conyugal); lo que implica “transformar la naturaleza jurídica de las adquisiciones”.

## DE LA DOCTRINA DE LA TRANSFORMACIÓN

Creemos que dichas razones y explicaciones hallan su justificación en la llamada por Vallet de Goytisolo<sup>9</sup> “doctrina de la transformación”, que fuera iniciada por

4 “Il regime patrimoniale della familia”, Milano-Dott. A. Giuffrè editore, 1979, pág. 59

5 Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de la sociedad conyugal*, tomo II, 3ª edición actualizada, ASTREA, Buenos Aires-1979, pág. 318

6 Enrique AREZO PÍRIZ, “La liquidación de la sociedad conyugal”, Rev. de la AEU, tomo 75 (7-12), 1989, pág. 315

7 Susana CAMBIASSO, en Rev. de la AEU, tomo 75 (7-12), 1989, pág. 315

8 Ob. cit. pág. 102

9 Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio sobre derecho de cosas*, 2ª edición, ampliada, volumen I, Montecorvo, Madrid-1985, pág. 245

Windscheid y defendida principalmente por Böking y Elvers. Dicha doctrina la utiliza Vallet de Goytisolo a fin de explicar la figura de los derechos sobre derechos, recordándonos que por la misma “el derecho sobre derecho se concentra en un vínculo obligatorio del titular del derecho principal, dirigido a transformar el derecho sobre derecho en derecho sobre la cosa objeto del derecho base.

Así vemos cómo un usufructo sobre un crédito que deriva de la obligación de dar un bien corporal se transforma en un usufructo sobre el respectivo bien corporal que sustituye a aquél, o la prenda sobre un crédito se transforma en una prenda sobre el bien corporal que, al satisfacerse el crédito, ingresa en el patrimonio del deudor prendario en sustitución del respectivo crédito. Aquí observamos nuevamente como se transforma la naturaleza de un usufructo de un crédito en un usufructo sobre un bien corporal, un derecho de crédito en un derecho real. Por el mismo camino se puede sostener la “transformación”, retomando el verbo “transformar” que se recoge en las sentencias, de la cotitularidad en el “caudal común” en los bienes que lo sustituyan total o parcialmente.

Aunque Vallet de Goytisolo nos plantea otras teorías, como la “teoría del doble objeto”, que, recogiendo el planteo de Ennecerus, afirma que algunas facultades del titular influyen sobre el derecho mismo y otras recaen sobre su objeto. Y, él mismo<sup>10</sup>, continuando en su estudio sobre los derechos sobre derechos, nos dice que en los derechos positivos, constituidos sobre otros derechos, se observa que el verdadero objeto no es el derecho limitado, sino aquél bien que lo sea de éste. Sin perjuicio de afirmar<sup>11</sup> que la categoría de los dere-

chos sobre derechos se corresponde a una expresión lingüística figurada que encubre un fenómeno jurídico más complejo”.

Volvamos al caso de los concubinos. Si un concubino fuera titular de un derecho real limitado sobre un crédito del otro concubino, al cobrar éste el mismo, cumpliéndose la respectiva prestación, aquél usufructo recaerá sobre el bien de cuya prestación de dar era acreedor, por lo que, siguiendo la postura manejada por Vallet de Goytisolo y Ennecerus, veríamos como el objeto de aquél derecho real limitado de un concubino sobre el crédito, no tenía por objeto tanto el respectivo derecho sino el objeto (bien) del mismo, o, más bien, el bien que se corresponde a la prestación de dar de que era titular el concubino acreedor.

Por consiguiente, admitiendo que los derechos se transforman, creemos que no puede situarse en situación más desventajosa el concubino que es cotitular del “caudal común” que el concubino que es titular de un derecho real limitado en un crédito del que es único titular el otro concubino.

## DEL ESFUERZO O CAUDAL COMÚN

En dicha disposición se nos habla de bienes “adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común”. Si acudimos al significado de “caudal” hallamos<sup>12</sup> el de “hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero”; como significado de “expensas” encontramos el de “a costa, por cuenta, a cargo de alguien”; como significado de “común” se nos presenta la locución adverbial “en común” que significa en comunidad, entre dos o más personas, conjuntamente” y el adjetivo “dicho de

10 Ob. cit. pág. 248

11 Ob. cit. pág. 249

12 Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición.

una cosa: Que, no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios”; y como significado de “esfuerzo” hallamos el de “empleo de elementos costosos en la consecución de algún fin”. Así en la expresión “del esfuerzo o caudal común” encontramos el sentido de bienes en comunidad entre los concubinos, que, aunque no fueren privativamente de ninguno de ellos, le pertenecen en cuanto fueron adquiridos (a costa) en común.

La expresión “caudal” la hallamos en el artículo 1937 del C.Civil, refiriéndose al “caudal social”, en comunidad entre quienes fueran socios de la disuelta sociedad civil; en el artículo 1955 numeral 1º del Código Civil, en que se enuncia como bienes gananciales “los adquiridos por título oneroso...a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos”; en el artículo 2006, en materia de comunidad postganancial, en que se habla de “caudal” de dicha comunidad; en el artículo 2008 del Código Civil se nos habla del “caudal” que “compondrá el fondo de gananciales”. En el artículo 991 se habla del “caudal hereditario”. En el artículo 377 del Código Civil se habla del “caudal inventariado”, para, en materia “De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela”, referirse al conjunto de los bienes del menor, incluso “todos los créditos y deudas del menor de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas y, en general, todo lo perteneciente a la sucesión”. Y finalmente se habla del “caudal” en el artículo 122, que dispone que los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da... Como vemos, en el horizonte de la normativa que conforma nuestro Código Civil, la expresión “caudal” se corresponde a un conjunto de bienes que son considerados unitariamente a fin de la disolución de la

sociedad civil, del inventario de la comunidad postganancial, del cumplimiento de las obligaciones del albaceazgo, del ejercicio de la tutela o de la determinación de la cuantía de una prestación dineraria. Por lo que la expresión “caudal” se corresponde a un conjunto de bienes que son considerados unitariamente a determinados fines.

Así en los bienes que componen que se correspondan al “esfuerzo o caudal común” hallamos una situación de comunidad, la que fuera funcional a fin de la adquisición de nuevos bienes. Y, además, en dichas sentencias se admite como fuente generadora del “caudal común” el esfuerzo o trabajo de cualquiera de los concubinos, en lo que encontramos una situación análoga a la prevista en el artículo 1913 del Código Civil, en el que, en el título “De las compañías o sociedades”, se prevé la figura del “socio industrial”. De ahí que la solución marcada por el citado artículo 5º literal de “esfuerzo o caudal común” es coherente con nuestro sistema jurídico, en el que ya al “esfuerzo” (“industria”) se lo admitía como aporte, y, por ende como bien.

## DE LA COMUNIDAD

Miquel González<sup>13</sup> nos recuerda que el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad es un problema enlazado íntimamente con temas tales como sujeto, objeto y derecho subjetivo. Se trata básicamente de si un mismo objeto, o una pluralidad de ellos considerados unitariamente se atribuyen a varios sujetos mediante un único derecho subjetivo o mediante varios derechos subjetivos. En todo caso, hay que explicar cómo se distribuye o reparte tal atribución entre los distintos sujetos; lo que consigue partes intelectuales de la cosa, del derecho o de su valor. Igualmente hay que explicar cómo se compatibilizan tantos

13 Jose María MIQUEL GONZÁLEZ, en comentario al artículo 392 del Código Civil Español, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2º, pág 8

derechos iguales sobre la misma cosa. Hay que explicar cómo la propiedad de toda la cosa puede seguir siendo propiedad sin ser exclusiva y la limitación que sufre sin que se haya constituido un derecho real sobre ella.

Creemos que, a fin de contestar las preguntas de Miquel González, en los bienes que conforman el conjunto del “caudal común” nos hallamos ante un único objeto, aunque esté conformado por una pluralidad de bienes, que son considerados unitariamente, y en relación a los cuales, en razón de dicha consideración, cada concubino sólo es titular de un derecho subjetivo. En similar sentido Miquel González nos plantea que cuando los únicos dos copropietarios disponen enajenan conjuntamente “la cosa común”, no asistimos a tres disposiciones, una de cada parte y otra del conjunto; sino que tal enajenación tiene de especial en la disposición conjunta la coordinación, pero no objetos distintos.

Larenz<sup>14</sup> sostiene que el Derecho común no está dividido, sino articulado en derechos parciales que son diversos del derecho total, no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, permanecen ligados entre sí y en su conjunto representan el derecho total. En el caso del “caudal común” de los concubinos la cotitularidad de cada uno de ellos en el “derecho total” (que recae en dicho caudal) está ligada entre sí. Ligazón de la que se derivan los límites respectivos, entre los que se presentan los vínculos de destinación.

## DE LA ADMINISTRACIÓN DEL “CAUDAL COMÚN”

En las situaciones de comunidad se ha entendido aplicable la regulación presente

14 Citado por MIQUEL GONZÁLEZ en comentario al artículo 392 del Código Civil Español, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2º, pág. 10

en regulación de la administración de la sociedad civil, y, concretamente en el artículo 1904 del Código Civil. Así Cestau<sup>15</sup> ha entendido que se aplica a la comunidad (“indivisión”) por extensión lo dispuesto en el artículo 1904 numeral 2º del Código Civil, ya que en la opinión corriente lo dispuesto en el citado numeral no lo es en función del *affectus societatis*. Ahora, frente a la regla contenida en el inciso primero del artículo 1904, Cestau nos dice<sup>16</sup> que “según la doctrina, no es dable aplicar extensivamente la regla contenida en el inciso primero del artículo 1904 y, por tanto, no cabe presumir (el mandato recíproco en) la indivisión hereditaria”, lo que nosotros llevamos a toda comunidad. En el inciso primero de dicha disposición leemos que “Si no se ha confiado la administración a ninguno de los socios, se entiende que cada uno de ellos a recibido de los otros el poder de administrar...”.

Pero, a su vez, aunque entendamos que cada uno de los comuneros del “caudal común” es titular de la facultad de administración, se nos plantea la determinación de los actos y negocios de administración. Así Larrondo Lizarraga<sup>17</sup> nos remite a la opinión de Miquel, quien considera que el ámbito de la administración es económico y no jurídico, por lo que caben en ella los actos de disposición, tales como las ventas de cosas perecederas. De ahí que Larrondo Lizarraga nos diga que se está en presencia de un acto de administración, simple administración u ordinaria administración, cuando se realizan actos de conservación y defensa del patrimonio, disfrute o inver-

15 Saul D. CESTAU, “Indivisión hereditaria” en Rev. AEU, tomo 72, enero a junio de 1986, números 1 a 6, pág. 414

16 Ob. cit. pág. 33

17 Joaquín María LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. 1994. Págs. 216 y ss.

sión de sus rendimientos y mejoramiento de aquel, de suerte que se emplean normalmente sus elementos patrimoniales conforme a su naturaleza y destino económico, sin que por ello se vea afectada su sustancia. Desde que estamos ante una comunidad (del “caudal común”) que se presenta dinámica, en cuanto en “su naturaleza y destino económico” se encuentra presente la adquisición de bienes a su “costa”, la *ratio legis* de esta peculiar comunidad se aproxima a la de la sociedad civil; por lo cual podemos llegar a admitir que adquisición de bienes a costa de dicho caudal común se corresponde a un acto de administración, en cuanto la misma se halla delimitada y admitida por la “naturaleza y destino” del fondo común.

Mientras que, por el contrario, nos dice Larrondo Lizarraga, se está en presencia de un acto de disposición, riguroso dominio o extraordinaria administración, cuando se realizan actos de enajenación, renuncia, gravamen o alteración, de suerte que se emplean anormalmente sus elementos patrimoniales de manera distinta a su naturaleza y destino económico, disminuyendo o alterando su sustancia. Si nos adentramos en el mundo de los conceptos, el uso de todo o parte de bienes que conforman el “caudal común” se corresponde a un acto de disposición, riguroso dominio o extraordinaria administración, que requerirá el consentimiento de ambos comuneros.

Por consiguiente debemos estar en presencia del concreto negocio jurídico a fin determinar si, en razones económicas, se corresponde a una u otra categoría. Pero aún cuando se entendiera que se está ante un acto de administración, la afectación del bien a la comunidad (“caudal común”) se mantendrá. En los casos decididos por las citadas sentencias creemos que nos hallamos ante negocios de disposición,

de riguroso dominio o de administración extraordinaria; por lo que, a fin de la disposición del “caudal común” a tal fin, fue necesaria el consentimiento de ambos comuneros.

## DE LA SEGURIDAD JURÍDICA ESTÁTICA

En la disposición del dinero que conformara el “caudal común” necesariamente se encuentra presente el principio de seguridad jurídica estática, que Vallet de Goytisoló<sup>18</sup> describiera como la seguridad jurídica del propietario poseedor, que, en nuestro Código Civil se concretiza en el artículo 489, en que se dispone que “El dominio o propiedad se considera como una calidad inherente a la cosa, como un vínculo real que la liga al dueño y que no puede romperse sin hecho suyo”. Por lo cual la disposición del dinero que conformara el caudal común necesariamente tuvo que ser consentida por el concubino no adquirente, ya expresamente, ya tácitamente. Y, tácitamente, a través de conductas como las enunciadas en disposiciones como el artículo 2294 del Código Civil, en que leemos que “vale..., la prenda de cosa ajena, cuando el dueño, capaz de contratar, ...estando delante calla y no contradice”, que se corresponde a la “a ciencia y paciencia del dueño” de que nos habla del artículo 751; sin perjuicio de planteársenos, en el artículo 1453 inciso segundo, la convalidación del respectivo poder de disposición (o de adquisición) del titular del derecho afectado, ya mediante la ratificación, ya mediante el aprovechamiento de la respectiva adquisición. En esta última disposición leemos la expresión “se aprovecha de ella”, en el caso la concubina cotitular

18 Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO, “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, en Revista Jurídica del Notariado, número 33 (enero-marzo 2000), pág. 212

del “caudal común” se aprovecha de la adquisición que con dinero del mismo otorga exclusivamente el otro concubino. Y, aprovechar, significa<sup>19</sup> “emplear útilmente algo, hacerlo provechoso” tanto como “hacer bien, proteger, favorecer”. Lo que equivale al “útil” del artículo 393 del Código Civil. Así Schlesinger<sup>20</sup> escribía que el aprovechamiento (“*profitto*”) “concepto genérico, subsiste toda vez que sea posible concluir que la prestación destinada al acreedor le haya generado, aún indirectamente, una ventaja equivalente a la que le hubiera procurado si se hubiese ejecutado directamente en sus manos”.

Si un solo concubino dispuso de dinero que conformaba el “caudal común” a fin de adquirir un bien sólo por él, creemos que, a fin de entender legítima su conducta, lo hizo “a ciencia y paciencia” del restante concubino, quien, quizás, callara y no contradijera la utilización de dinero que integraba el “caudal común” a tal fin. Pero si de algo debemos estar seguros es que, aún en tales casos, la concubina que no consintió la respectiva adquisición, necesariamente se debe “aprovechar” de ella. Tanto como, en el caso del artículo 393 del Código Civil, el menor se aprovecha de “los actos y contratos” otorgados por su tutor en los que éste omitiere que los otorgaba “en representación del menor”. Creemos que en esta disposición hallamos una norma ejemplar, de la que no podemos apartarnos al resolver casos como los que originaran las citadas sentencias. Fijémonos en las similitudes, el tutor adquiere formalmente para sí con dinero del menor, y el concubino adquiere formalmente para sí con dinero del “caudal común”. Aquél se aprovecha del respectivo “acto o contrato”, el concubino no adquirente no puede

tener diferente suerte. Si la tuviera, estaríamos ante una incoherencia en el sistema jurídica, la que no podemos admitir.

## DE LA AUTORIZACIÓN CONSTITUTIVA

Auricchio<sup>21</sup> nos habla, en el ámbito del consentimiento preventivo del acto jurídico ajeno, junto a la autorización integrativa, de la autorización constitutiva; la que plantea, siguiendo a Carraro, como aquella que determina el nacimiento de un poder jurídico de disposición o de una legitimación a actuar en relación a un patrimonio ajeno. Así, nos dice, el consentimiento preventivo subordina no solo el válido ejercicio de un poder ya existente, sino la misma existencia de dicho poder.

Esta autorización se concretiza en el parágrafo 185.1 del BGB, en el que leemos que “Una disposición que sobre un objeto adopta un no titular, es eficaz si se efectúa con el consentimiento del titular.” Recordemos que el dinero que integraba el “caudal común” fue utilizado por quien no era su titular, o, por lo menos su único titular. En la doctrina alemana, Medicus<sup>22</sup>, al tratar las asignaciones objetivas, escribe que el propietario no sólo puede transmitir su propiedad en conjunto, sino también constituir a favor de un tercero facultades taxativas, por ejemplo, mediante un poder de disposición; remitiéndonos a la antes transcrita disposición.

Sin embargo, la dificultad mayor de la figura se encuentra en la imposibilidad de considerar el poder de disposición como situación jurídica autónoma, para poder ser atribuida negocialmente a otro suje-

19 Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición.

20 Piero SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Giuffrè, Milano-1961, pág. 168

21 Alberto AURICCHIO, “Autorizzazone” en *Enciclopedia del Diritto*, pág. 504

22 Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales, volumen I*, Bosch, 1ª edición, marzo de 1995, pág. 661

to. Von Schey y Carraro<sup>23</sup> nos dice que también se ha hablado de la autorización como fuente de obligaciones para del patrimonio del autorizante; de modo que la obligación que nace del “consentimiento preventivo” del *dominus* hace que ingresen en su patrimonio las consecuencias activas y pasivas del negocio cumplido por el autorizado. Tal postura, nos dice Mengoni<sup>24</sup>, se explica solo en relación a los negocios de adquisición, pero no explica la autorización a disponer, que es la que más le interesa, en cuanto el acto de disposición del autorizado es destinado a tener, por lógica necesidad, una repercusión inmediata en el patrimonio del autorizante, titular del derecho en objeto.

En casos, como los que motivaran las citadas sentencias, si estuviéramos ante una autorización constitutiva, y la admitiéramos, vemos cómo igualmente ingresa en el patrimonio del concubino no adquirente, la cotitularidad del bien adquirido, a fin de integrar el “caudal común” del que saliera el dinero a fin del pago del respectivo precio.

Frente a aquella postura la doctrina italiana reaccionaba repitiendo la disposición que excluye los actos unilaterales como fuente de obligación que se concreta en el artículo 1987 del Código Civil de 1942<sup>25</sup>. Y, para superar tal objeción, Minervini ha hablado de contrato con efectos en relación al solo proponente, basándose en el artículo 1133 de aquél Código. Mientras que Mengoni<sup>26</sup>, partiendo del presupuesto de que la autorización crea solo una facultad de disposición, afirma que la legitimación del tercero se presenta como un efecto reflejo de la autorización, en cuanto la legitimación a actuar viene ligada directamente a

la facultad de disponer, y no al acto que constituye la fuente de dicha facultad.

Por tal vía Mengoni nos dice que la autorización excluye la ilicitud del negocio dispositivo del autorizado, con referencia a la pérdida o limitación del derecho; en cuanto en la autorización a disponer del derecho de parte de otro sujeto (autorizado) no tanto se revela como acto sino como efecto jurídico. Así Mengoni<sup>27</sup> postula la autorización para disponer como un medio de legitimación en razón de la atribución de la facultad de disposición. En tal sentido afirma que el negocio de autorización no puede ser concebido, a la par de la representación, como una apropiación anticipada de los efectos jurídicos conexos a un acto sucesivamente otorgado por otro sujeto; mientras que el acto de disposición del autorizado es otorgado *in nomine proprio*, y, por consiguiente, los efectos son destinados a producirse inmediatamente en su patrimonio: solo en el aspecto real, por lógica necesidad, ellos repercuten directamente en el patrimonio del autorizante, provocando la pérdida o limitación de un derecho subjetivo. El autorizante se limita a reconocer la legitimidad de la influencia en su patrimonio del negocio otorgado en nombre propio por el autorizado.

Pero si la autorización le provoca al autorizante la pérdida de su derecho, al mismo tiempo que la afectación del “caudal común”, la lógica, por lo menos teleológica, determina que la correlativa adquisición le beneficie, restituyendo el equilibrio al “caudal común”. Si aquella autorización determina una repercusión patrimonial en el patrimonio (“caudal común”) del concubino no disponente del precio, también determina la misma repercusión del subrogado en dicho “caudal común”.

23 Citados por Auricchio, ob. cit., pág. 507

24 Luigi MENGONI, *L'acquisto a "a non domino"*, società editrice “vita e pensiero”, MCMXLIX, pág. 48

25 “La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley (2821)”.

26 Luigi MENGONI, *L'acquisto "a non domino"*, società editrice “vita e pensiero”, MCMXLIX, pág.

27 Ob. cit. pág. 51

Así Mengoni insiste en que la autorización no significa apropiación, sino reconocimiento, por el autorizante de la licitud del acto dispositivo de su derecho, y, por tanto, sujeción al mismo, que se produce en cuanto al autorizado le es conferida la facultad de disposición. En similar sentido se pronuncia Auricchio, concluyendo que el consentimiento preventivo del *dominus* no es de por sí irrelevante, aunque no alcanza a dar vida en cada caso a una figura jurídica autónoma, pero la razón de su relevancia varía cada vez según las circunstancias.

## DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA DE PARTE DEL CONCUBINO ADQUIRENTE

Creemos que debemos recordar las figuras de “la representación indirecta *ad alienandum* o mandato para enajenar” y del mandatario que obra a nombre propio. En nuestro Código Civil hallamos esta figura en el artículo 2068 del Código Civil, en el que se nos habla que “el mandatario puede en el ejercicio de su cargo contratar a nombre propio...”

Ante el artículo 1717 del Código Civil español<sup>28</sup>, Gullón<sup>29</sup> ha entendido que lo adquirido pertenece directamente al mandante, que el mandatario que posee los bienes adquiridos no es poseedor en concepto de dueño, y que el mandatario no puede oponer a la acción del mandante la prescripción adquisitiva ordinaria por falta de

28 Dicho artículo dispone que “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante” “En este caso el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.” “Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.”

29 Citado por Luis Díez-Picazo, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid-1979, pág. 274

posesión en concepto de dueño. De ahí que Gullón sostuviera que en las relaciones entre mandante y mandatario se producen los mismos efectos que en la representación directa, si bien con un *plus*, que es la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización o apariencia.

Díez-Picazo<sup>30</sup> nos dice que el fundamento último de la postura de Gullón, a la que él adhiere, es el rechazo al discurso de quienes sostienen que el propietario es el mandatario, cuando el artículo 1717 no establece más consecuencia que la de *denegatio actionis*, y el concepto dogmático de la representación se demuestra inexacto. Como se parte del postulado de que la representación indirecta no es verdadera representación, hay por ello que negar dogmáticamente que produzca unos efectos similares a los de la auténtica y genuina representación.

Si aplicamos la construcción de Gullón y Díez-Picazo, desde que el concubino que adquiere lo hace a su nombre con una necesaria autorización (mandato tácito) del restante concubino, lo adquirido por aquél necesariamente ha de ser común, integrando el “caudal común”.

## DEL NACIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE DAR

Ante la actuación del mandatario a nombre propio, Luminoso<sup>31</sup> nos cuenta cómo en los primeros años de vigencia del Código Civil de 1942, la doctrina predicaba la tesis de la transferencia directa a favor del mandante, por la que el bien adquirido por el mandatario en nombre propio

30 Ob. cit. pág.273-274

31 Angelo LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici. Corso di diritto civile*. Giuffrè editore, Milano-2007, págs. 22 y 23

se transfiere recta vía del tercero hacia el mandante y el acto del que habla el artículo 1706 se correspondía a un mero acto de reconocimiento, necesario al solo fin de inscripción registral, y no de un negocio con efectos traslativos. Aún cuando reconocían la inadmisibilidad de los negocios abstractos en el sistema jurídico italiano; en tal línea se pronunciaban voces como la de Pugliatti.<sup>32</sup> Vemos cómo tal postura coincide con las de Gullón y Díez-Picazo en España, generando las mismas consecuencias jurídicas.

Otras voces en la doctrina italiana aplicaban un tratamiento análogo al de la venta de cosa ajena: el mandatario se encuentra gravado, en razón del mandato, por la obligación de hacer adquirir el derecho al mandante mediante la estipulación de un negocio gestorio, de modo que una vez adquirido el bien por el mandatario, la propiedad del mismo pasaría automáticamente al mandante en base a un mecanismo (al que llaman doble adquisición automática) idéntico al previsto en el primer inciso del artículo 1706, en que se lee que “el mandante puede reivindicar las cosas muebles adquiridas por su cuenta por el mandatario en nombre propio, salvo los derechos adquiridos por terceros por efecto de la posesión de buena fe.” Por lo cual, nuevamente, estamos ante una adquisición del respectivo bien por ambos concubinos a fin de integrar el correspondiente “caudal común”.

Sin embargo, Luminoso<sup>33</sup> nos cuenta que la doctrina más seguida, apegada al texto de la disposición, postula el nacimiento, por efecto del mandato, de una verdadera y propia obligación de dar, la que se ejecuta mediante un negocio de pura transferencia a favor del mandante, un verdadero pago traslativo. Pero, aclara

32 S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, págs. 419 y ss., 439 y ss.

33 LUMINOSO, *ob.cit.* pág. 23

Luminoso, a fin de la validez del negocio traslativo de ejecución es necesaria la *expressio causae*, que, en el caso, se trata de un válido mandato, el que deviene la causa en sentido objetivo del pago traslativo. Si seguimos esta postura vemos cómo el restante concubino deviene acreedor, pero no como se lo trata en las referidas sentencias, sino de la transferencia a su favor del respectivo bien (o su cuota, o derecho parcial) adquirido “a costa del caudal común”, y, dicho pago transitará, conforme la regulación contemplada en el artículo 1449 inciso primero del Código Civil, a través de un acto de cumplimiento (paga) y transferencia; conformando uno de los casos que Luminoso ha llamado de prestaciones aisladas, y que la jurisprudencia italiana, en sentencias como la de casación número 454 de 14 de febrero de 1973, calificara de “pagos traslativos”, configurando de pura transferencia a favor del mandante. Mientras dicho pago no se ejecute permanecerá en el patrimonio del concubino que adquirió un bien “a costa del caudal común” con su concubino una afectación a tal fin.

## DE LA AFECTACIÓN

Bianca<sup>34</sup>, ante la nueva redacción del artículo 2645-ter del Codice Civile, que la reglamenta el “vinculo real de destinación de fuente negocial”, nos dice que la eficacia real del mismo surge a través de su relevancia externa y su oponibilidad a terceros aún cuando nazca de la voluntad de uno o varios sujetos. Así encuentra en tal figura un acto atípico de destinación patrimonial (la conformación del “caudal común” y la adquisición de bienes con el mismo destino), el que califica, remitiéndonos a Rascio<sup>35</sup>, como “acto real”, y siguiendo a Bian-

34 Mirzia BIANCA, “L’atto di destinazione: problema applicativi”, en *Rivista del Notariato*, 2006, pág. 1175-1176

35 V.RASCIO: “Universalità patrimoniali”, en *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, página 105

ca<sup>36</sup>, “de organización de bienes en una unidad funcional”. Ya hemos señalado que, por lo menos, en el “caudal común” presenciamos una comunidad funcional, que bien podemos llamar, siguiendo a Rascio “organización de bienes en una unidad funcional”. Lo que nos lleva a que la afectación, en situaciones de comunidad (como la del “caudal común”), transite, por lo menos instrumentalmente, por el camino de la “obligación real”; recordándonos Roca Juan<sup>37</sup> que en la cotitularidad las obligaciones más que *propter rem*, son *propter comunitatem*, conformando situaciones en las que “en la relación concreta de reparto vive y se mueve el derecho subjetivo real” en que la obligación real engarza en la estructura de la concreta relación. Por lo que, en el caso en que un concubino adquiera un bien a su nombre (*nomine proprio*) con dinero que estaba marcado por la destinación patrimonial del “caudal común”, aquel bien, y la respectiva titularidad (derecho subjetivo) se encuentran marcados por la referida afectación *propter comunitatem* derivada de la cotitularidad y destinación del patrimonio denominado “caudal común.”

En la doctrina quebequense, Roy<sup>38</sup> nos ha dicho que la afectación se presenta como un acto de autoridad del propietario en relación a su bien o a una masa de bienes, un acto de autoridad por el que se reserva una cosa a un fin determinado. Y, repetimos, dicho acto de autoridad se halla presente en la constitución del mismo “caudal común”. Así, nos dice, la afectación imprime al bien una destinación, una

dirección, un fin. Entre las funciones de la afectación nos plantea la determinación de una opción entre las varias utilidades. Por tal vía Roy<sup>39</sup> nos dice que la afectación es la expresión del *jus utendi* en su aspecto jurídico. Y, precisamente, la afectación recaerá en el “caudal común”, y, concretamente, en el *jus utendi* del mismo. La utilidad jurídica del derecho de propiedad que recae sobre el “caudal común” se halla tan limitada, como las que se presentan en los patrimonios de destino; tanto que leemos cómo Canals Brage<sup>40</sup> escribe que la hipoteca se corresponde a “un negocio de separación patrimonial que crea un destino”, y que<sup>41</sup> “el derecho de crédito es la obligación garantizada, a la que viene destinado, sujeto o vinculado el bien afecto”. Atias<sup>42</sup> nos ha planteado la utilidad de la cosa como expresión del aspecto jurídico de la propiedad, escribiendo que el derecho de disposición implica la libertad de dejar de ser propietario.

## DE LA SUBROGACIÓN REAL

Ello coincide con el fundamento que Saleilles<sup>43</sup> asignara a la subrogación real. Ello en cuanto él señalaba la importancia que tiene en la subrogación la idea de afectación de un bien a un fin determinado, al cual sirven sus rentas. Cuando un bien recibe una afectación de este género, se le considera en su valor pecuniario más que en su individualidad material y viene a ser un simple medio de realizar el fin querido. También para Henry<sup>44</sup> la subrogación real

36 Quien plantea la destinación unitaria en sentido subjetivo, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, La proprietà, Milano 1999, pág. 82

37 Citado por de CASTRO VÍTORES, *La obligación real en el derecho de bienes*, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 446

38 Brigitte ROY, *L'affectation des biens en droit civil québécois*, La Revue du Notariat, Montréal, Vol. 103, diciembre de 2001, pág. 388

39 Ob. cit. pág. 390

40 Fernando CANALS BRAGE, *La hipoteca como patrimonio de destino*, Fundación registral, 2013, pág. 107

41 Ob. cit. pág. 157

42 Christian ATIAS, *Droit Civil. Les biens*. Tomo I, Librairies Techniques, pág. 83

43 Citado por María Luisa MARÍN PADILLA, “La formación del concepto de subrogación real” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pág. 1177

44 Citado por María Luisa MARÍN PADILLA, ob. y pág.

es un procedimiento jurídico abstracto, independiente de las causas que lo motivan; asociada a las relaciones económicas de las que ella no es más que la traducción, es decir, asociada a la idea de valor y de propiedad de afectación. Así la afectación, en este caso, inherente al “caudal común”, determina una separación patrimonial de los bienes que lo componen frente al patrimonio de sus cotitulares, en razón de su destino. Y ello, precisamente, determina la admisibilidad de la subrogación real. Y, por consiguiente, que la finca que se adquiriera a título oneroso con dinero del caudal común por cualquiera de los concubinos, necesariamente integrará dicho “caudal común” y el patrimonio determinado por el vínculo de destino que él encarna.

Ello lo reconoce Marín Padilla<sup>45</sup>, nos dice que las clases de subrogación real que los autores modernos reconocen se derivan de su distinción entre bienes o patrimonios de afectación y de restitución. En consecuencia, nos dice Marín Padilla, dichos autores plantean como efecto de la de la subrogación real la conservación sobre el bien nuevo de la afectación y la obligación de restituir a que los bienes antiguos estaban sometidos. Así se conserva la “entidad-valor” de que nos habla parte de la doctrina italiana.

La afectación como *ratio legis* de la subrogación real se mantiene en la doctrina española. Así Roca Sastre<sup>46</sup> nos ha dicho que la subrogación real debe admitirse normalmente siempre que se trate de conservar para su destinación el valor de un bien sometido a una *afectación especial* o siempre que se trate de asegurar *la restitución de un cuerpo de bienes*. De ahí que

crea<sup>47</sup> que la subrogación real tiene su campo de aplicación no sólo en los casos concretamente contemplados por la ley, sino en todos aquellos otros en los que concurren supuestos análogos de aplicación de la subrogación real. Así observa cómo se aplica la subrogación real en los patrimonios especiales (ganancial, dotal, del ausente, hereditario en caso de aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, fideicomiso, patrimonio hereditario en la petición de herencia y en la cesión de derechos hereditarios), en los patrimonios de fin, y en los patrimonios de restitución, y, “respecto de *bienes concretos* o singulares, la subrogación tiene lugar en los previstos expresamente por la ley y en los asimilados por aplicación analógica, y cuando existe disposición o convenio de los interesados estableciendo la subrogación, bien autorizándola a priori, bien concertándola a posteriori. Y, al analizar los efectos de la subrogación real, Roca Sastre<sup>48</sup> sostiene que consisten simplemente en que la situación jurídica preexistente subsiste intocada, sólo que en vez de afectar a la cosa originaria pasa a afectar a la que ha sustituido a ésta. Y, al comentar su funcionamiento en la régimen de gananciales, nos dice<sup>49</sup> que por ella “queda asegurado el equilibrio económico entre las...masas patrimoniales y su ajuste a la realidad...”. Y, ello precisamente lo vemos, aún en la regulación del ordenamiento territorial en disposiciones como las contenidas en el artículo 41 de la ley 18308, en que se nos habla de “en proporción a sus aportaciones”, y en el artículo 286 inciso tercero de la ley 19149. Y, así, nuevamente se nos impone la subrogación real en los casos que originaran las citadas sentencias que comentamos.

cit.

45 Ob. cit. pág. 1179

46 Ramón Ma. ROCA SASTRE, “La subrogación real” en Revista de Derecho Privado, año XXXIII número 385, abril de 1949, pág. 284

47 Ob. cit. pág. 286

48 Ob. cit. pág. 290

49 Ob. cit. pág. 291

Marín Padilla<sup>50</sup> nos dice que la subrogación real es un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más, distinto de la acción “*in rem verso*” y de la “*condictio*”, para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado. Y, en relación al que llama elemento estable de la subrogación real, afirma<sup>51</sup> que, en aplicación del mismo, el derecho real “se traslada sobre el nuevo objeto que sustituye al antiguo, se traslada en toda su identidad y con todas sus características”. Desde que se trata de un principio, como lo dijera Larenz<sup>52</sup>, encontramos el principio a través de un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de la regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando de se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado. Así Larenz<sup>53</sup> enseñaba que se debe distinguir el principio, como pensamiento jurídico director o conductor, y las regulaciones o decisiones de casos concretos, en que el principio se concreta o se despliega en el interior de un Derecho positivo. Ante esto nos preguntamos que, si no admitimos la afectación, y en base a ella la concreción de una subrogación real ¿Qué sentido se le encuentra a la disposición que establece que “La declaratoria de reconocimiento judicial de concubinato” tenga “por objeto determinar” “la indicación de los bienes

que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes”?<sup>54</sup>

También García-Bernardo Landeta<sup>55</sup> halla el fundamento de la subrogación real en un principio conservador de los derechos subjetivos, a pesar del cambio de su objeto o del destino de los mismos en los derechos que le sustituyan para perpetuar sus afectaciones. Entre los elementos de la subrogación real se encuentran la fluctuación, el contravalor y la decisión, pudiendo surgir ésta de la voluntad, testamentaria o contractual, o de la ley.

Además García-Bernardo Landeta<sup>56</sup> liga la afectación y la subrogación real; afirmando que la afectación sirve para tipificar la subrogación real sin necesidad de un casuismo. Y la afectación, sostiene, es un destino determinado por un fin, que en la subrogación real se concreta en impedir, inmediatamente, un enriquecimiento injusto en caso de una fluctuación patrimonial. Así anticipa un concepto de subrogación real como el de que aquella institución cuyo fin es conservar el destino de los de-

50 Ob.cit. pág. 1192

51 Ob.cit. pág. 1195

52 Karl LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, reimpresión 1991, pág. 35

53 Ob. cit. pág. 36

54 García-Bernardo Landeta nos ha dicho que la deuda de valor utiliza la subrogación real con fines liquidativos para evitar los daños de una novación prematura. Así nos dice que Pierre-Francois destina un capítulo al estudio de la subrogación real como procedimiento técnico de conservación y revalorización de la deuda de valor; afirmando que cuando la deuda de valor tiene por objeto un valor incluido en un bien o representa el valor de un bien, esta obligación se ha extendido al valor del bien que sirve de medida al momento del pago. Pierre-Francois afirma que la deuda de valor es utilizada por el legislador francés en el párrafo último del artículo 1469 para mantener el equilibrio pecuniario entre las masas. Sin embargo García-Bernardo Landeta afirma que la subrogación real interviene para asegurar la permanencia de la deuda de valor, mantener la variabilidad de su expresión monetaria y evitar el efecto novatorio que podría resultar de las diversas vicisitudes que afectan el bien en caso de enajenación o pérdida. De ahí que nos diga que la subrogación real tradicional confiere una protección “*in natura*” a los derechos amenazados y la imperfecta asegura una garantía en valor.

55 Ob. cit. pág. 108

56 Ob. cit. pág. 118

rechos en sí mismos (a pesar del cambio de su objeto), o en los que los reemplacen impidiendo inmediatamente un enriquecimiento injusto. Y el destino, en esta materia, ya lo habíamos hallados en el mismo del “caudal común”. Además, creemos, que el principio de subrogación real se liga con el de proporcionalidad, que Larenz<sup>57</sup> planteara como “interdicción de la excesividad”. Ello en casos como los que plantea la relación concubinaria en relación a los bienes que se adquieren a expensas del “caudal común”, los que, precisamente, se los determina a fin de “determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes”; la que, de por sí, revela un sentido de proporcionalidad.

A su vez García-Bernardo Landeta<sup>58</sup> contrapone a la fórmula general del Derecho privado “tantos objetos, tantos derechos”, la de la subrogación real “dos objetos, un solo derecho”; aclarándonos ella vale para un solo titular y es subjetiva, la que completa a través de la afirmación de De Castro: “una sola fuente, un solo derecho”. Sin embargo García-Bernardo Landeta distingue entre subrogación real perfecta e imperfecta. En la subrogación real perfecta no hay adquisición ni pérdida de derechos, sino cambio de sus objetos; mientras que la subrogación real imperfecta afecta a la titularidad del nuevo derecho de reemplazo, la cual queda marcada por la procedencia del bien antiguo o reemplazado que les señala el mismo destino. El título adquisitivo del derecho enajenado o reemplazado indica la afectación al mismo destino del derecho nuevo o de reemplazo, bien a un patrimonio especial, bien a un fin determinado y el destino del derecho adquirido o de reemplazo queda sellado por su procedencia, por el destino del derecho sustituido o enajenado.

57 Ob. cit. pág. 144

58 Ob. cit. pág. 121

En la materia creemos que estamos ante un nuevo derecho, por el que él y su objeto, reemplazan al dinero que integrara el “caudal común”; manteniéndose la afectación y destino referidos. Y, por consiguiente, la cotitularidad del derecho subjetivo que tienen como objeto al mismo.

### DE LOS BIENES QUE HAYAN SIDO ADQUIRIDOS A EXPENSAS DEL CAUDAL COMÚN PARA DETERMINAR LAS PARTES CONSTITUTIVAS DE LA NUEVA SOCIEDAD DE BIENES

En el artículo 5° en el acápite “objeto y sociedad de bienes” se nos dice que la declaración de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar...B) La indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes”.

A través de la expresión “la indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes” observamos los índices de tipo propios de las universalidades. Barbero<sup>59</sup>, al analizar la estructura jurídica de la categoría de la *universitas*, nos la presenta como categoría lógica que se compone de tres elementos: las cosas, el conjunto (*il complesso*), y la consideración unitaria (*sub specie universitatis*). Así nos explica que las cosas son los efectivos objetos de derecho, que no vienen considerados en base a su individualidad singular, sino en base a la individualidad del conjunto. Y el conjunto desarrolla una función de determinación, de cuáles y cuántos son objeto

59 Domenico BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Giuffrè, Milano -1936, pág. 85

de derecho: cumple la función de elemento determinante. Ello conlleva que la identidad de los objetos de derecho se determine en base a la individualidad del conjunto. Y el tercero elemento de que nos habla Barbero<sup>60</sup> es la consideración del conjunto mismo sub specie universitatis, lo que conlleva la unidad de la consideración.

Los bienes que integran dicho “caudal común” conforman un conjunto, el que, precisamente, es considerado unitariamente a fin de la determinación de las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes. Pero, al constituirse esta “nueva sociedad de bienes”, aquellos bienes considerados unitariamente como “caudal común” se comunican a la ella. En tal sentido recordamos la expresión de MARTÍNEZ SANCHÍZ<sup>61</sup>, quien, ante la explicación histórica del régimen económico matrimonial, nos habla del reconocimiento de que la causa última de la comunicación se localiza en la ley. Y, en este caso, la ley es el artículo 5° literal B de la ley 18.246.

Además, debemos recordar que las universalidades están marcadas por la subrogación real. Así Barbero<sup>62</sup>, comentando la regla “*in universalibus praetium succedit ecc.*”, nos la presenta en una doble formulación: A) “*Solum* (no “*semper*” por consiguiente) *in universalibus iudiciis praetium succedit loco rei ut hic* (se nota: habla de la *hereditatis petitio*); *in particularibus secus*”. B) “*In universalibus praetium succedit loco rei, secus in particularibus*”.

La segunda de las reglas bartolianas, referida a la subrogación “en el campo del derecho sustancial”, Barbero<sup>63</sup> nos dice que tiene razón de ser y es plenamente justificable, expresándolo a través de la sucesión

de cosa a cosa; en cuanto el precio (las monedas que lo componen), en el fondo, no es más que una particular especie de cosa. Además nos dice que en casos en que la naturaleza del conjunto devenga menos rígida, crece la posibilidad de sustitución; siendo en las *universitas iuris* donde alcanza el máximo de elasticidad, desde que se trata de conjuntos puramente ideales en los que es máxima la posibilidad de sustitución; permitiendo la del precio a cualquier cosa.

Sin perjuicio de ello, Vallet de Goytiso-lo<sup>64</sup> nos advierte que en las universalidades la subrogación real coexiste con la determinación *sub specie universitatem*. En tal sentido nos remite, entre otros, a De Luca, en cuanto éste escribiera que la taberna, como cuerpo universal, siempre es una y la misma, y no cambia por las variaciones de las mercancías, sino que, con razón, se subrogan las nuevas en lugar de las antiguas. Frente a lo cual Vallet de Goytisolos ha dicho que la aparente subrogación, que no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem*. Como ejemplo de ello menciona el caso de la nueva oveja que queda comprendida en el usufructo del rebaño, las nuevas mercancías en la hipoteca de la *tabernae*. Y estos casos son aplicación, más que de la subrogación real, de la determinación *sub specie universitatem*. Y, en tal sentido nos dice que De Luca<sup>65</sup> empleaba la subrogación en su más amplia acepción jurídica, comprendiendo incluso la producción orgánica de las *universitas facti* animadas, *verbi gracia, grege vel armento*. A través de ellos vemos que, aunque no exista sustitución, pueden nuevos bienes ingresar al régimen jurídico del “caudal común”.

## DE LA FIJACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO

En la regulación del objeto y sociedad de bienes, contenida en el artículo 5° de la

60 Ob. cit. pág. 88

61 “Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes”, Colegios Notariales de España, Madrid-2003, pág. 87

62 Ob. cit. pág. 109

63 Ob. cit. pág. 120

64 Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, segunda sección, Editorial Montecorvo, Madrid-1984, págs. 348-349

65 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. última citada, pág. 353

ley 18246, se nos dice que “la declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar:...B) La indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común....”

De tal modo nos hallamos ante una “declaratoria” de “reconocimiento” de los bienes “adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común”. El reconocimiento, en materia de derechos reales, es admitido en nuestro Código Civil en el artículo 634, en el que leemos que “El título constitutivo de las servidumbres que no pueden constituirse por sólo la posesión, según el artículo precedente, puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño actual del predio sirviente.” Y, en el artículo 633, se dispone que “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas no aparentes, sólo pueden constituirse en virtud de título.” Nin y Silva<sup>66</sup> indica entre las fuentes de aquella disposición el artículo 883 del Código Civil chileno, el artículo 695 del Código Civil francés y el 634 del Código Civil italiano de 1865.

Granelli<sup>67</sup> ha apreciado en este caso una *contra se pronuntiatio* junto a un negocio de fijación<sup>68</sup>, aún cuando en sentencias, como la casación número 5924 del 14 de noviembre de 1979, adviertan de la inidoneidad de la fijación negocial a fin de producir *ex se* efectos traslativos de *iura in re*. ¿Pero se tratan en esta materia del “caudal común” de “efectos traslativos”? Granelli<sup>69</sup> también distingue dicha situación de aquella en que se plantea de la disociación entre titularidad formal por un lado, y titularidad jurídica (coincidente con la situación de “*appartenenza sostanziale*” por otro. Así como también nos habla de jurisprudencia

que afirma que las situaciones de adquisición de propiedad no surgen de meros actos declarativos que determinen la titularidad de un derecho, sino que presuponen lógicamente que tal derecho exista efectivamente; no pudiéndose reconocer lo que no existe. A lo que decimos que el referido reconocimiento de la referida “... indicación de bienes”, presupone la existencia de dichos bienes conformando un patrimonio autónomo (universalidad) distinto del patrimonio de cada concubino. Lo que determina la necesaria admisibilidad de la subrogación real.

Durante la vigencia del Código civil italiano de 1865, autores como Pacifici Mazzone<sup>70</sup>, y durante la vigencia del actual Código Civil italiano, Graziani, sostienen que la norma presenta como única *mens legis* la de operar exclusivamente en el campo probatorio. Frente a dicha postura, autores como Cicu y Giorgianni<sup>71</sup> hallan en la figura del reconocimiento “una función sustancial de acto constitutivo” con eficacia de transformar en situación de derecho una situación de hecho, consistente en el ejercicio de la servidumbre, eventualmente ilegítima por defecto originario de título. Mientras que, entre ambas, se presenta una postura ecléctica que nos dice que el reconocimiento de servidumbre presenta alternativamente relevancia procesal y probatoria, o bien sustancial y dispositiva, dependiendo que preexistiese o no un válido título constitutivo de la servidumbre reconocida. Creemos que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un reconocimiento de relevancia meramente procesal y probatoria, pues el “caudal común” y el derecho subjetivo a él ya existían.

## DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DINÁNIMA

En dichas sentencias se sostiene que, de admitirse una cotitularidad en los bienes que se adquieran por un concubino a

66 Celedonio NIN Y SILVA, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, A. Monteverde y Cía., Montevideo-1943

67 Carlo GRANELLI, *La dichiarazione ricognitiva di diritti reali*, Giuffrè editore, Milano-1983, pág. 43

68 Ob. cit. pág. 47

69 Ob. cit. pág. 55

70 Citados por GRANELLI, ob. cit. págs. 218-219

71 Citados por GRANELLI, ob. cit. págs. 219-220

expensas del “caudal común” con el restante, se causaría una “grave distorsión a la seguridad jurídica, derecho de terceros (acreedores, cónyuge de algunos de los concubinos, alteraciones en el tracto sucesivo registral, valores fundamentales del Estado de Derecho).”

Canaris<sup>72</sup> nos ha planteado el sistema como ordenamiento de “principios generales del derecho”; definiendo el sistema como un *ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho*, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna. A lo que ha agregado<sup>73</sup> que *los principios despliegan su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación*.

Si bien la cotitularidad del “caudal común” implica un patrimonio de destino que determina la subrogación real, ello se corresponde a la llamada seguridad jurídica estática. La que Vallet de Goytisolo<sup>74</sup> llamara la *seguridad jurídica del propietario poseedor*.<sup>75</sup> Pero ese principio, y las normas que lo concretizan, coexisten con otros principios generales del derecho, limitándose recíprocamente. Y, entre estos otros principios hallamos la seguridad jurídica dinámica, la buena fe y la confianza.

La seguridad jurídica dinámica la describe Vallet de Goytisolo como la *segu-*

*ridad jurídica de quien se buena fe adquiere de un titular aparente* (seguridad jurídica dinámica). Esta seguridad, en nuestro sistema jurídico, se concretiza en disposiciones como la contenida en el artículo 1318 del Código Civil; en la que leemos que el propietario (“el que pagó lo que no debía”) “no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso”, mientras que en el artículo 1317 se dispone que “el que de buena fe ha vendido la cosa cierta y determinada que se le dio como debida, es sólo obligado a restituir el precio de venta y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no la haya pagado íntegramente”.

Fijémonos que a través de las citadas normas se protege a quien adquiere de buena fe a título oneroso de quien no es propietario; y, aún en tal caso, adquiere la propiedad, no necesitando de prescripción alguna. Así en sentencia número 120 dictada por la Suprema Corte de Justicia dictada el 27 de mayo de 2005 se protege a los terceros adquirentes de buena fe del quien fuera un adquirente solo aparente en razón de la nulidad de contrato hábil por el que, seguido de la tradición, formalizara una adquisición inexistente o nula. Postura que fuera seguida, en nuestra doctrina, por BLENGIO<sup>76</sup> y BERDAGUER<sup>77</sup>. La razón: los principios de seguridad jurídica dinámica y de confianza que se concretan en normas como el citado artículo 1318 del C. Civil. Y, por el mismo principios, se protegerá a quien adquiera del concubino que se cree es legítimamente único propietario, sin afectación alguna, del respectivo bien.

72 Claus-Wilhelm CANARIS, *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 55

73 Ob. cit. págs. 63-64

74 “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 22, pág. 212

75 Luis-Felipe RAGEL SÁNCHEZ, en *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, tirant lo blanch, Valencia-1994, pág. 161, nos ha dicho que “todo derecho dominical necesita para su plena eficacia una forma notoria, y por otra parte, toda exteriorización adecuada de un derecho real produce efectos jurídicos específicos. Esta idea no es nueva. Aparece ya recogida en el Fuero viejo, al ordenar que “ninguna eredit non se deben vender de noche nin de día puertas cerradas” (Ley 2ª, tít. I, lib. IV.”

76 “El alcance de la nulidad con relación a terceros. La tutela de la apariencia” en LJU número extraordinario t. 111 págs. 51 y ss. y *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 3 año 2006, pág. 145

77 “Fundamentos del Derecho Civil”, t. II FCU, Montevideo-2000, págs. 434 y ss.

En relación a la buena fe, en el ámbito inmobiliario, Vallet de Goytisoló<sup>78</sup>, refiriéndose al sistema español, escribía que la buena fe “a efectos hipotecarios” se define como “...la creencia fundada en la inscripción registral a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho”. Así la buena fe dinámica, o, mejor, llamémosla inmobiliaria, se concreta, además de la que pueda emanar de la respectiva documentación, no sólo en la posesión del enajenante, sino en que la misma no sea contradicha por otro. Tanto como en el artículo 1150 del Código Civil se nos habla de quien “ha poseído el todo o parte de ella (la herencia) en nombre propio o como único dueño”. Pero, recordamos, la buena fe exige la excusabilidad (no reconocibilidad) del respectivo error, además de su incompatibilidad con la duda y la culpa grave.

Junto a ellos coexiste el principio de confianza, del que Larenz<sup>79</sup> nos dijera que tiene un componente de Ética jurídica y oro que se orienta hacia la seguridad del tráfico.

Desde que la afectación, la subrogación real, y la consideración sub specie universitatis determinan una cotitularidad del derecho subjetivo del “caudal común”, por su aplicación no se aniquila la protección del adquirente a título oneroso de buena fe. En cuyo caso, la subrogación real determina, que se integre al “caudal común” el precio respectivo, tanto como resulta del artículo 71 del Código Civil en relación al ausente. En tal caso, con en el caso del artículo 1317 del Código Civil, como señalara Pierre-Francois<sup>80</sup>, la subrogación real implica un procedimiento técnico de

conservación y revalorización de la deuda de valor; la que, Pierre-Francois, nos dice, es utilizada por el legislador francés en el párrafo último del artículo 1469 del Código Civil para mantener el equilibrio pecuniario entre las masas. Por lo que, en todo caso, estaremos ante la aplicación del principio general de subrogación real.

## CONCLUSIONES:

- 1.- El “caudal común” ya era reconocido en nuestro sistema jurídico, tanto como la comunicación (transformación) de los bienes que se hallaban determinados por el mismo a una situación de comunidad (la comunidad postganancial).
- 2.- La transformación en la titularidad de los derechos ya ha sido admitida, en casos como los que se derivan de situaciones de derechos sobre derechos.
- 3.- El “caudal común” se corresponde a una situación de comunidad funcional.
- 4.- El “caudal común” determina un único objeto (*consideratio sub specie universitatis*) y un solo derecho subjetivo del que los concubinos son cotitulares.
- 5.- La administración del “caudal común” determina el consentimiento de ambos concubinos a fin del otorgamiento o ejecución de negocios y actos de disposición.
- 6.- El consentimiento del concubino no adquirente se puede explicar mediante un “callar y no contradecir”, una autorización constitutiva, o una representación indirecta.

<sup>78</sup> Juan B. Vallet de Goytisoló, *Estudios sobre derechos de cosas*, tomo I, pág. 444

<sup>79</sup> Ob.cit., pág. 95

<sup>80</sup> *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, L.G. de D. et J., Paris-1975 citado por GARCÍA-BERNARDO LANDETA

- 7.- La adquisición de un bien a costa del “caudal común” por un solo concubino determina que el bien que adquiere se encuentre afectado a dicho caudal, lo que justifica la subrogación real.
- 8.- Los bienes que componen el “caudal común” se corresponden a una situación de universalidad de derecho, en la que, de por sí, deviene aplicable la subrogación real.
- 9.- El reconocimiento de los bienes adquiridos a expensas del “caudal común” es de eficacia meramente procesal y probatoria.
- 10.- Estas conclusiones no significan una “grave distorsión a la seguridad jurídica”, en cuanto la seguridad jurídica estática y la subrogación real, como principios generales del derecho, coexisten, limitándose recíprocamente, con los principios de seguridad jurídica dinámica, buena fe y confianza.

## SENTENCIAS COMENTADAS

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE  
FAMILIA DE 1ER. TURNO  
N° 183/2012  
MONTEVIDEO, 6 DE JUNIO DE 2012**

### VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: “DALMAS JACOBSON, SUSANA C/ PISANO CHIAZZO, MAURO- LEY 18.246- UNION CONCUBINARIA”-N° de Expediente 2- 39729/2010, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de

apelación interpuesto por la parte actora y adhesión de la parte demandada contra la sentencia definitiva N° 107 de fs. 44/47 dictada el día 24 de agosto de 2011 por la Sra. Juez Letrado de Familia de 27° Turno, Dra. Cristina Crespo.

### RESULTANDO:

1) Que por pronunciamiento judicial se dispuso el reconocimiento judicial de la unión concubinaria existente entre Susana Dalmas Jacobson y Mauro Pisano Chiazzo desde septiembre de 2003. Se desestima la pretensión de declarar que los bienes individualizados en la demanda fueron adquiridos con el esfuerzo o caudal de los concubinos.

2) Que el letrado patrocinante de la parte actora interpuso a fs. 49/53 vto. contra la referida sentencia definitiva recurso de apelación y en síntesis manifestó: que le agravia que no se hace lugar a la declaración que los bienes individualizados en la demanda fueron adquiridos con el esfuerzo o caudal común de los concubinos. No cabe duda que los bienes adquiridos por los concubinos luego de declarada la unión entre los mismos se regulan como la sociedad de bienes en un 50% para cada concubino.

Agrega, que se debe determinar la normativa aplicable para los bienes adquiridos durante el periodo transcurrido desde la fecha de inicio de la relación concubinaria hasta su declaración judicial. Analiza las dos posiciones doctrinarias existentes y concluye, que la sociedad de bienes se constituye desde la fecha que se declara la existencia del concubinato, época en que los individuos pasan a vivir de consuno y ponen las cosas en común, por ser la recta interpretación del texto legal. En este caso, la unión concubinaria existe desde septiembre de 2003, fecha de reconocimiento de la unión concubinaria y los bienes denunciados en la demanda integran esa sociedad de bienes de acuerdo a la regulación general.

Sostiene, que la existencia del “esfuerzo o caudal común” está sujeta a todos los medios de prueba y a la aplicación de las presunciones legales de orden normal. A su entender, la sentencia que se impugna no valora correctamente los medios de prueba obrantes en autos.

Destaca, que en la demanda se afirmó que durante la unión concubinaria la pareja había adquirido los bienes que se describen en los num. 6), 7) y 8). Y el demandado no controvertió tales afirmaciones. En consecuencia, los hechos no controvertidos no deben ser probados, conforme lo establece el art. 137 C.G.P. Agrega, que ha quedado probado por la declaración de todos los testigos que la actora es médico especializado en psiquiatría y que ejerce su profesión. Los mismos son contestes en la pareja inició su convivencia en la casa sito en Palmas y Ombúes y que durante su relación construyeron la casa sita en Grito de Gloria N° 1376, participando en la compra de materiales y eligiendo diversos artículos de la misma. El demandado no controvertió tal afirmación y no aportó prueba alguna de que se hubiera construido la casa con dinero de su peculio. Por lo que se pregunta, que fundamento tuvo la sentenciante para desestimar que se hubiera construido con el “esfuerzo o caudal común”. Y que a la luz de las reglas de valoración de la prueba no cabe otra interpretación que el reconocimiento de lo solicitado en la demanda. Le resulta evidente, que la parte demandada con su conducta prescindente y no colaboradora en el proceso, pretende valerse de su ocultamiento tras las S.A. para impedir el justo reclamo de la actora. El demandado no controvertió que las S.A. reseñadas fueran de su propiedad. Nadie estaba en mejor situación que el Sr. Pisano para probar quien es el titular de las propiedades que se demandan en autos.

Solicita se revoque la sentencia impugnada y en su lugar, se disponga que los bienes reseñados en la demanda fueron adquiridos con el esfuerzo y caudal común de los concubinos.

3) Sustanciado el recurso, la parte demandada contesta el recurso interpuesto por la contraparte y adhiere al mismo en los términos que da cuenta la actuación de fs. 58/60, expresando en síntesis que; no controvierte el hecho de que vivieron en concubinato, sino que se le quiera aplicar una ley que fue posterior en el tiempo y se hace una aplicación retroactiva de la misma. En ningún artículo de la ley dice que sus preceptos son de aplicación retroactiva. Señala, que de esta unión no hubieron hijos, no se compraron bienes a nombre de ambos, ni producto del querer de a dos, no hubo proyectos de pareja concluidos, por eso la accionante tuvo las dificultades de probar que existían, el hecho es que no existieron. La sentenciante reconoció que hay dos doctrinas sin una solución concluyente y justa de la aplicación temporal de esta ley. Por lo que no se debería concluir del articulado de la misma lo que no quiso decir. No se le puede reclamar a una persona hoy, lo que desconocía antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.246.

Expresa, que la sentenciante interpreta fehacientemente la maniobra de la actora, quien quería aprovecharse de cualquier cosa que pudiera rescatar a los efectos de incrementar su patrimonio. La misma no probó quien compró su casa, el automóvil en que anda, los viajes que hizo, etc. Entiende, que la actora trata de esquivar de mala fe que no hubo sociedad de bienes en la unión de pareja que tuvieron, ya que no probó de ninguna forma lo que pretendía para sí. Solicita se revoque en su totalidad la sentencia recurrida.

4) El representante letrado de la parte actora a fs. 63/64 evacua el traslado de la apelación deducida por el demandado, expresando que: le resulta sugestivo que la contraparte reconozca expresamente la existencia de unión concubina y sus efectos económicos pero plantea una objeción “de procedimiento”. Por tanto, no existe una controversia sobre la existencia de los derechos sino sobre la forma de ejercerlos. Señala, que el planteo sobre la retroactividad la ley ya fue rechazado por la sentencia de primera instancia y que doctrina y jurisprudencia han establecido que la misma no es retroactiva sino de aplicación inmediata. Tampoco es de recibo, las afirmaciones del demandado sobre el supuesto cambio de las “reglas de derecho”, porque, cuando inició la relación concubina los derechos de la concubina ya eran reconocidos por el ordenamiento jurídico. Los derechos adquiridos durante el concubinato ya estaban contemplados en la legislación anterior, por lo que no existe un daño al demandado. Solicita se desestime el recurso de apelación deducido por la demanda con las costas y costos de la instancia.

5) Por resolución N° 2558/2011 (fs.65) de la Sede actuante en primer grado se franqueó la alzada con efecto suspensivo.

6) Recibidas las actuaciones en esta Sede, por decreto N° 10/2012 de fecha 1° de febrero de 2012 se dispuso el pase en vista al Ministerio Público y posterior estudio sucesivo de los Sres. Ministros; finalizado el mismo el Tribunal acordó dictar decisión anticipada (art. 200.1 CGP).

#### CONSIDERANDO:

I.- Con el voto unánime de los integrantes naturales del Tribunal, se procederá confirmar la sentencia impugnada y a ampliarla por las consideraciones de hecho y

los fundamentos de derecho que se pasan a exponer.

II.- En la especie, la actora promovió la declaración disolución de unión concubina que mantuviera con el demandado entre septiembre de 2003 a mayo de 2010, así lo manifiesta en el exordio de su demanda y en el petitorio de la misma, ante una solicitud de aclaración del Tribunal también se incluye el reconocimiento de la sociedad concubina (fs. 3/5 vta. y 8), asimismo en la demanda se petitionó que se declarara los bienes individualizados en la demanda como integrantes del acervo común adquiridos con el esfuerzo económico de ambos.

La impugnada reconoció la unión concubina, entendió que no debía expedirse sobre la disolución de la unión concubina y desestimó la inclusión de los bienes solicitados.

Como surge de los resultandos de la presente sentencia ambas partes impugnaron la sentencia de primera instancia.

III.- Por una cuestión de lógica corresponde pronunciarse a la Sala sobre la aplicabilidad de la norma a la presente litis.

En referencia a ello este Tribunal tiene jurisprudencia firme en cuanto que la ley 18.246 es de aplicación inmediata compartiendo la posición mayoritaria en doctrina –sin desconocer la existencia de otras posiciones que avalan la posición del demandado–.

En tal sentido ha afirmado el Tribunal en anteriores fallos: como afirma Gatti, “el principio de la aplicación inmediata de la ley es el que debe imponerse salvo excepción fundada, no solo por ser el más lógico en el orden técnico, ya que es la única que rige después de su vigencia, no pudiendo

actuar antes de ese momento (porque sería retroactiva), ni tampoco permitir que la antigua ley continuara rigiendo las relaciones jurídicas, porque ésta ya ha dejado de ser ley, sino además haciendo un llamado a lo que Roubier llama precisamente la unidad necesaria de la legislación...continúa sosteniendo Gatti que la ley debe regular las relaciones jurídicas existentes en la actualidad y las regula para el porvenir, a partir de su entrada en vigor, este es el efecto inmediato de la ley, que determina que toda ley nueva se aplique a las situaciones establecidas y a las relaciones jurídicas formadas antes desde antes de su promulgación, pero regulándolas para el porvenir” (Carozzi, Ema: “Reformas del Derecho sucesorio introducidas por la Ley de Unión Concubinaría” en ADCU T. XXXVIII pág. 672). En consecuencia, la ley no es de aplicación para los concubinatos concluidos con anterioridad al 20 de enero de 2008 (irretroactividad), y sí es de aplicación cuando el concubinato comenzó antes de la entrada en vigencia de la norma y continuó luego de que la ley entró en vigor (aplicación inmediata), posición mayoritaria en la doctrina uruguaya (Arezzo, Enrique: Ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007 de Unión Concubinaría, AEU, Montevideo, 2008, págs. 179 y 179; Calvo Ferrando, Luz: “Uniones Concubinarias reguladas por la ley 18.246” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, año 2 núm.2, 2009; Carozzi, Ema: ob. cit. págs. 672 , 673 y Ley de Unión Concubinaría; Reformas en el Derecho de Familia y Sucesorio; FCU, 2008; págs. 8 a 10; Rive-ro, Mabel; Ramos, Beatriz: Unión Concubinaría Análisis de la ley 18.246, FCU 2008 1ª edición; págs. 19 a 23; Yglesias, Arturo: “Consideraciones sobre la Ley de Unión Concubinaría” en ADCU T. XXXVIII; pág. 828).

En base a ello es que se rechazará el agravio de la parte demandada.

IV.- En relación a los agravios articulados por la parte actora y como cuestión previa, se advierte que esta Sala luego de un profundo reexamen ha variado su posición en referencia a la naturaleza jurídica de los bienes adquiridos por los concubinos “con el esfuerzo o caudal común” antes del reconocimiento judicial inscripto del la unión concubinaría, es así que en sentencias N° 36/2012, 114/2012 (entre otras) y por la suscripta en forma doctrinaria<sup>1</sup> actualmente sostiene siguiendo las posiciones de los Dres. Daniel Domínguez Gil y Enrique Arezzo Piriz que los bienes adquiridos antes del reconocimiento judicial no tornan su naturaleza jurídica de propios a “concubinarios”, sólo los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión concubinaría (unión reconocida judicialmente e inscripta) tienen naturaleza “concubinaría”, es así que en la sentencia N° 36/12 se expresó: “...el Tribunal aprecia que el reconocimiento de la unión, a cuyos efectos la solicitante pide la medida cautelar, en caso de proveerse favorablemente, no implica per sé que los bienes adquiridos antes de ese reconocimiento pertenezcan a ambos concubinos. El Tribunal ha sostenido en decisiones anteriores esta tesitura y participa hoy, al respecto de la naturaleza de los bienes habidos durante la etapa previa al reconocimiento de la unión, de las opiniones de los Dres. Daniel Domínguez Gil y en parte también Arezo. Se comparte el planteo del primer autor nombrado (Daniel Domínguez Gil ADCU TOMO XLI págs. 625 y ss.) en cuanto a que con Arezo, entiende que la mera “indicación de bienes” de los arTs. 5° lit. b y 9° lit A, implica tan solo reservar acciones personales entre los unidos. Sin alcanzar jamás a transformar la naturaleza jurídica de las adquisiciones, esto es sin modificar la titularidad dominial, mutación que de admitirse causaría grave distorsión a la seguridad jurídica, derecho de terceros (acreedores,

cónyuge de alguno de los concubinos, alteraciones en el tracto sucesivo registral, valores fundamentales del Estado de Derecho)”

En atención de la puntualización que se viene de realizar, nunca los bienes adquiridos por los concubinos –y aunque se probara que fueron adquiridos con el esfuerzo o caudal común- modifican su naturaleza de propios a “concubinarios”, lo que nace es un crédito por la cuota aportada por el concubino para la adquisición de los bienes, recién tienen naturaleza concubinaria cuando nace la “sociedad concubinaria” y ello es cuando conforme lo prevé el inc. 2° del art. 5 de la ley 18.246: “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables,..” (Destacado del Tribunal). Es decir allí, se pueden aplicar las normas en sede de sociedad legal de bienes en materia matrimonial, a las cuales se remite el legislador “en lo aplicable”

Ahora bien, sobre los bienes denunciados por la actora como adquiridos con el esfuerzo o caudal común, se comparte in totum lo expresado por la Sra. Jueza a quo.

En primer lugar, la persona jurídica es diferente de la persona física, y los bienes que tenga en propiedad aquella, aunque suene redundante le pertenecen a la misma, las personas físicas en todo caso, podrán ser titulares de acciones de la misma, pero no de los bienes de la misma.

En relación con los demás bienes denunciados la actora no cumplió con la carga de la prueba de probar que aportó para su adquisición, existe una total orfandad probatoria, ya que la declaración de los testigos resulta totalmente insuficiente, desconocen los ingresos de la ac-

tora, desconocen sus gastos (manutención de ella, sus hijos, viajes, etc.), es más, por el tenor de la demanda –que en un principio ni siquiera solicitó el reconocimiento de la unión concubinaria- parecería entender que por el solo hecho de convivir en concubinato (conforme los términos de los arts. 1 y 2 de la norma) los bienes adquiridos por cualquier integrante de la pareja “se ganancializan en un 50%”, cosa que la ley no determina hasta luego del reconocimiento inscripto.

Es en razón de los argumentos que se vienen de expresar se confirmará también en este aspecto la sentencia impugnada.

V.- Esta Sala procederá ampliar la sentencia en el sentido de decretar la disolución de la unión concubinaria en base a lo que se expondrá.

Para la aplicación de la ley 18.246 la pareja debe tener una convivencia ininterrumpida (art. 1°) con las características formuladas en el art. 2° de la mencionada norma.

Tanto la doctrina –en forma unánime como la jurisprudencia de esta Sala, ha manifestado que no existe unión concubinaria sin esa convivencia ininterrumpida.

Es un hecho no controvertido que la pareja dejó de convivir en el año 2010, la actora en su demanda peticiona “la disolución de la unión concubinaria –exordio fs.3-; petitorio 4) fs. 5 y petitorio 2 de fs. 8.

Si bien al fijarse el objeto del proceso –por diferente titular de la Sede- no se manifestó expresamente la disolución, esta esta implícito al remitirse al escrito introductorio (en el que se solicita la disolución).

Si no se decretara la disolución, se estaría haciendo nacer una sociedad de bienes

en contra de lo exigido por la norma –convivencia-, y que no se disuelve ni por contraer un matrimonio (y por lo tanto nacer una nueva sociedad legal).

Ello resulta de la armonización de los arts. 8 y inc. 3° la ley por cuanto el art. 8° establece que la unión concubinaría se disuelve en los siguientes casos: “A) Por sentencia judicial de disolución, dictada a petición de cualquiera de los concubinos, sin expresión de causa; B) Por fallecimiento de uno de los concubinos; C) Por la declaración de ausencia.” En tanto, el inciso 3° del art. 5 de la ley legisla en el sentido que Constituida esta sociedad de bienes, se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinatio anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona”, lo que implica que por un nuevo matrimonio de las partes o por el mero hecho de convivir en las condicionantes legisladas en los arts. 1 y 2 no se disuelve la sociedad de bienes concubinaría

Produciendo la ley ya de por sí problemas para su aplicación e interpretación como lo afirma la doctrina en forma unánime, se estima que no se puede agregar un factor más de distorsión a la seguridad jurídica del tráfico de bienes, cuando resulta claramente de la demanda que era parte de la causa pretendi la disolución de la unión concubinaría, por lo que se ampliará la impugnada como se anunciara.

VI.- No se impondrán sanciones procesales en la presente instancia.

Por los fundamentos expuestos, y lo preceptuado por los arts. 248 a 261 del CGP, el Tribunal

FALLA:

CONFIRMASE LA RECURIRRA Y AMPLIASE LA MISMA DECRETANDO LA

DISOLUCION DE LA UNION CONCUBINARIA DE LAS PARTES, SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA  
A LA SEDE DE ORIGEN

Dra. María del Carmen Díaz Sierra

Ministra

Dra. María Lilián Bendahan Silvera

Ministra

Dr. Carlos Baccelli Rosari

Ministro

DRA. SUSANA KADAHDJIAN

SECRETARIA

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE  
FAMILIA DE 2 TURNO  
SENTENCIA N° 218/2015  
MONTEVIDEO, 07 DE OCTUBRE DE  
2015.**

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “ Sñora Prado, Claudia c/ Márquez, Tony – Reconocimiento Judicial de Unión Concubinaría” IUE 0002 - 027934/2010 venidos en apelación de la sentencia 26 de 26 de marzo de 2014 (fs. 320 a 328 vto.) y de la providencia nro. 6413/2011 (a fs. 156) dictadas por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de Segundo Turno, a cargo de la Sra. Juez, Dra. Alicia Laffitte Smith.

## RESULTANDO:

1ro. Que por la primera de las recurridas y su aclaratoria 1760/2014 de 10 de Abril de 2014 (a fs 330) se declaró judicialmente la unión concubinaria existente entre Claudia Sónora Prado y Tony Márquez iniciada en el mes de noviembre de dos mil tres, con los alcances edictados en la ley nro. 18.246 y su disolución acaecida en el mes de noviembre de dos mil ocho, no habiéndose adquirido bienes a costa del esfuerzo o caudal común de las partes.

Dispuso, asimismo, el otorgar a la Sra. Sónora Prado la tenencia de su menor hijo Mateo Márquez Sónora, siendo la guarda compartida por ambos padre, estándose en lo demás a lo establecido en el Considerando IV) de la impugnada.

Todo, sin especial condenación en el grado.

Debe de tenerse presente que en dicho Considerando se puso de manifiesto que, en cuanto a la Pensión Alimenticia y Visitas, habría de estarse a las resultancias de los expedientes IUE 2-49409/2009 y 2-56013/2012.

Con referencia a lo edictado en el literal C) "eiusdem" indicó que ha de estarse a lo resuelto en los autos tramitados en el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 9º Turno caratulados "Márquez, Tony c/ Sónora Prado, Claudia - Precario. Desalojo".

En lo que refiere a la providencia apelada con efecto diferido por la parte actora (6413/2011, a fs. 156), dicho dispositivo indicó que al no haberse configurado en la especie los requisitos exigidos en el artículo 350.4, 5, 165 ni solicitado de conformidad y en la oportunidad requerida en el artículo 167 del CGP, no hizo lugar a lo solicitado (el ofrecer para su agregación pruebas documentales), ordenando el desglose de la documentación obrante de fs. 147 a 152 y su posterior devolución a la actora.

2do. El demandado a fojas 333 a 336 se alzó contra el fallo dictado individualizado en primera instancia e interpuso recurso de apelación.

Como agravio manifiesta la lectura parcial que se realizó de la prueba producida en autos, especialmente a) de la documentación aportada en autos y b) la declaración de los testigos propuestos y que depusieron en obrados, y c) por haber declarado judicialmente reconocida la unión concubinaria existente entre Claudia Sónora y Tony Márquez.

Estima, asimismo que de la simple lectura de la atacada y más aún de lo que no se expresa en la misma se puede concluir que se realizó una lectura parcial de la prueba producida y que se buscaron los argumentos y probanzas que favorecen la posición de su contraria.

Refiere a que la sentenciante: a) aceptó como verdaderos los argumentos manejados por la contraria; b) cayó en varias contradicciones; c) no mencionó el documento agregado por la Cooperativa Covisutel; d) no hizo caudal de ciertos datos, ignorándolos y restando importancia a una información capital y que ubicó el tema en su justo término; e) no tuvo en cuenta prueba documental solicitada, gestionada y agregada por la parte actora en cuanto a que la actora pasó a residir con Márquez a fines del 2005.

Estima que la Sede debió catalogar a los testigos de la parte actora como sospechosos, basando sus afirmaciones en las declaraciones vertidas y lo realizado por la Sentenciante, citando y transcribiendo la prueba producida en respaldo a su postura.

En lo que refiere a la prueba documental, destacó que varias veces se adjuntó información fragmentada y que podía confundir a la Sede de no haber sido analizada detenidamente por su parte, por cuanto se alteraron fechas de las informaciones y así parecían haber sido brindadas en determinada fecha cuando en realidad todo lo que

se aportó fue efectuado por Márquez con posterioridad a fines de 2005, momento en que Sónora pasó a residir en la cooperativa.

Refiere al inicio de la unión concubina-ria, elemento que ya fuera relevado en la providencia que aclarara el fallo impugnado y peticona, en definitiva, se revocó que la atacada.

3ro. Por auto 2215/2014 (a fs. 338) se confirió el traslado del recurso impetrado, el que fue evacuado por la parte actora de fojas 340 a 344, contestando el mismo, adhiriendo a éste y fundamentando el recurso de apelación con efecto diferido respecto de la providencia 6413/2011.

Con respecto a la contestación de la apelación, indica: a) la sentenciante de primera instancia realizó una correcta valoración de la prueba aportada, por lo que corresponde desechar los agravios presentados y mantener la recurrida; b) disiente con lo manifestado por el recurrente, por cuanto la recurrida analizó de acuerdo las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia la variada prueba aportada, la que analizada confirma la existencia de una relación concubina-ria de más de cinco años y que cumplió con los requisitos exigidos por la normativa.

En cuanto a la adhesión al recurso de apelación impetrado, refiere: a) que no existió una correcta valoración de la respuesta del Banco de Previsión Social en contestación a los Oficios 1043 y 238, elemento que da plena fe del comienzo de la relación y debe ser tenido como fecha de inicio de la unión concubina-ria, entendiéndose que la impugnada debe ser revisada y declarar la existencia de la unión concubina-ria entre las partes desde el 15 de septiembre de 2003; b) reconocido el concubinato, existe agravio en su perjuicio por cuanto correspondería reconocer

la existencia de una comunidad de bienes, los que identifica como los bienes muebles necesarios para el hogar y, también el hecho de que se generó durante dicho periodo un crédito a su favor por el 50 % de los pagos mensuales realizados a la Cooperativa Covisutel, dinero que salía de los ingresos de la pareja;

c) en autos se probó que la actora trabajaba y también se acreditó que los ingresos del demandado no eran de tal envergadura que les permitiera pensar que el Sr. Márquez afrontaba sus gastos propios y los de la familia.

En lo que atañe a los fundamentos de la apelación con efecto diferido, refiere: a) que los recursos respecto de la providencia 6413/2011 fueron interpuestos en tiempo y forma, por lo que es de su interés el que se revise en segunda instancia la negativa a la agregación de documentos que no estaban en poder de la actora (fotografías que habían sido regaladas a su madre y además constancias de concurrencia de Mateo a Centros Educativos de la zona de residencia); b) fundamenta su petitorio en lo establecido en el artículo 350 del CGP.

Peticona se incorpore a las actuaciones la prueba presentada con fecha 08 de noviembre de 2001 y declare judicialmente reconocida la unión concubina-ria existente entre las partes iniciada el 15 de Septiembre de 2003 y disuelta en el mes de noviembre de 2008 reconociéndose, en cuanto a la sociedad de bienes, su existencia y, en tal sentido la existencia de un crédito por el 50 % de los pagos realizados a la cooperativa de parte de la actora.

4to. Por resolución N° 3511/2014 de fojas 351, la Sede A-quo confirió el traslado de la adhesión a la apelación, el que no fue evacuado.

Posteriormente, por auto 4653/2014 (a fs. 354) franqueó el recurso de apelación y su adhesión, previas las formalidades de estilo.

Llegado el expediente al Tribunal, se dispuso su devolución a efectos de que se sirviera el notificar al demandado los decretos 3511/2014 y 4653/2014 en el domicilio electrónico constituido a fs. 292 (fs. 361).

Cumplido lo ordenado y devueltas las actuaciones, se dispuso el estudio sucesivo de las mismas por parte de los Sres. Ministros, previa vista al Ministerio Público (DFA -0011-000708/2015 MET- 0011-000484/2015, a fojas 370).

A fojas 372, la representante legal del Ministerio Público, evacuando la vista conferida: a) aboga por la confirmación de la impugnada; b) se remite al dictamen ya emitido por esa Fiscalía que luce a fs. 315; c) estima que la sentenciante efectuó una adecuada valoración de la prueba aportada en autos y concluyó en un acertado fallo; d) refiere a que el impugnante controvierte la fecha de iniciación del concubinato, olvidando su propia declaración ante una institución estatal para que su hijo y su compañera tuvieran derechos asistenciales en el embarazo y parto.

Aboga, atento a lo expuesto, la desestimatoria de los recursos impetrados.

Culminado el estudio ordenado y puestos los autos al Acuerdo, se procedió al dictado de sentencia.

#### CONSIDERANDO:

1ro. Que el Tribunal con el voto unánime de sus integrantes confirmará la sentencia interlocutoria nro. 6413/2011 de 10 de noviembre de 2011 (fs. 156) y, parcial-

mente, la sentencia definitiva nro. 26/2014 de 26 de marzo de 2014 (fs. 320 a 328 vto.), por lo que se dirá.

2do. En lo referente a la interlocutoria nro. 6143/2011 ya referida, se comparte la fundamentación expuesta en la misma por la "A Quo", a lo que la Sala se remite. No surge acreditado de autos alguna de las hipótesis previstas por el artículo 118.3 del CGP que habiliten la preposición de la prueba rechazada pasada la oportunidad prevista en el artículo 118.1 del CGP. Si las fotografías estaban en poder de un tercero, como se afirma a fs. 153 vto., debió procederse conforme a lo establecido en el artículo 167 del CGP, lo que no se efectuó.

Tampoco se encuadra lo peticionado en las previsiones del artículo 350.4 o 350.3 del CGP.

3ro. En cuanto a la existencia de la unión concubinaria entre las partes con los requisitos establecidos en el artículo 2do. de la ley 18.246, y por el lapso mínimo requerido por el artículo 1ero de la citada norma legal, el Tribunal comparte la fundamentación desarrollada por la "A Quo" en la atacada, así como lo expresado por el Ministerio Público en sus dictámenes de fs. 315 y 372, a todo lo que se remite para evitar inútil dispendio reproductivo.

Dentro de toda la prueba producida por la actora tiene especial relevancia en cuanto a la existencia y comienzo de la unión concubinaria, como bien lo señala la Sra. Fiscal a fs. 315, la documental que obra a fs. 4 (testimonio de partida de nacimiento de Mateo, hijo de la pareja, de fs. 48 a 53) (informe de BPS) y de fs. 201 a 209 y 247-248 (informes y documentación de Covisutel).

La separación en el año 2007 alegada por el demandado como hecho impeditivo del cumplimiento del cumplimiento del

requisito del artículo 1ero de la ley 18.246, no surge debidamente probada de autos (artículo 139.1 del CGP), no debiendo considerarse prueba fehaciente las declaraciones de los testigos propuestos por el demandado y que deponen a fs. 105 (Oscar Díaz), 113 y 184 vto. (Darío Antelo), 115 y 185 (Mario Fierro) y 120 vto. y 183 vto. (Julio Forneiro) ya que las mismas son contradichas por los testigos propuestos por la actora.

4to. En cuanto a la existencia de bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común, la Sala discrepa con la "A Quo" por entender que la actora contribuía económicamente al hogar con los ingresos de varios trabajos que tuvo durante el concubinato (declaraciones de fs. 103, 104 vto., 117 vto., 119 vto. y 144 vto.) y además su labor como ama de casa tiene una significación económica que no puede desconocerse. La ley de unión concubinaria reconoce el significado económico de la labor de la mujer madre.

Por lo antedicho, se considera que corresponde reconocer a la actora un crédito sobre el valor de las cuotas abonadas por el demandado a la cooperativa de vivienda durante la duración de la unión concubinaria reconocida en la atacada, que es de noviembre de 2003 a noviembre de 2008 (corrección de fs. 330), dicho crédito se fijará en el 25 % (veinticinco por ciento) de dicho valor, apreciando la prueba de autos razonablemente conforme a las reglas de la sana crítica y experiencia (artículos 140 y 141 del CGP).

5to. No existe mérito para la imposición de especiales condenaciones en el grado (artículos 56 del CGP y 688 del Código Civil).

Por los fundamentos expuestos; el Tribunal

FALLA:

Confirmando la Sentencia Interlocutoria nro. 6413/2011 de 10 de noviembre de 2011.

Confirmando la Sentencia Definitiva nro. 26/2014 de 26 de Marzo de 2014, salvo en cuanto establece que no se adquirieron bienes a expensas del esfuerzo o caudal común, en lo que se la revoca, reconociendo a la actora un crédito por el 25 % (veinticinco por ciento) del valor de las cuotas abonadas por el demandado, durante la duración de la unión concubinaria reconocida en la atacada, por el derecho de uso y goce de la vivienda sita en Molinos de Raffo nro. 893 apto. 4 de esta ciudad.

Sin especial condenación en el grado.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Martínez Calandria(r.) - Pera Rodríguez  
- Cavalli Asole

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE  
FAMILIA DE 1º TURNO  
SENTENCIA N° 217/2016  
MONTEVIDEO, 22 DE JUNIO DE 2016**

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "Lindiman Amarin, Ana Claudia c/ Zunino Mota, Juan – DISOLUCIÓN DE UNIÓN CONCUBINARIA, PENSIÓN ALIMENTICIA Y GUARDA", N° de Expediente 0412-000593/2011, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito los recursos de apelación y adhesión interpuestos por la partes contra la definitiva N° 31 de fecha 21/7/2014 de fojas 961/974, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Treinta y Tres de 2º Turno, Dra. Griselda Santoro.

**RESULTANDO:**

1.- Por la definitiva recurrida se dispuso: "Haciendo lugar parcialmente a la demanda y en su mérito declarando el reconocimiento y disolución de la unión concubinaria que existiera entre Ana Claudia Lindiman Amorin y Juan Ángel Zunino Mota, iniciada en el año 1991 y finalizada el 23 de abril de 2010, con la salvedad de la separación de seis meses acaecida durante el transcurso del año 1994 conforme lo desarrolló la promotora en su escrito introductorio.

Declarando adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común de los concubinos nombrados para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes con al inscripción correspondiente, los bienes relacionados en tal concepto y naturaleza por la accionante en el presente proceso.

Disponiendo respecto de la menor hija de las partes que su guarda sea compartida entre ambos padres; la tenencia sea ejercida por al madre; un amplio régimen de visitas a favor del padre y una pensión alimenticia que deberá servir el padre y entregar a la madre de la menor en calidad de administradora equivalente a 15 (quince) B.P.C mensuales, del 1 al 10 de cada mes. No haciendo lugar a la pretensión deducida por concepto de asistencia recíproca entre concubinos."

2.- La parte demandada interpone recurso de apelación (fs 975/990), manifestando en síntesis que: la recurrida le agravia en cuanto declara adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común de los concubinos los bienes y en cuanto fija una pensión alimenticia de 15 BPC. Respecto de los bienes, ha quedado demostrado que la actora nada aportó para la adquisición de los mismos. Existe reconocimiento por parte de la contraria de que no trabajó más después del

año 2000; se demostró que no puso a disposición de la pareja aportes monetarios, ni tampoco tenía dinero ahorrado o recibido por otros motivos para volcarlos al caudal común. Se detallan los bienes, el valor de adquisición y forma de pago. Han quedado demostrados los ingresos del compareciente, los cuales son constantes, variables pero mensuales lo que refleja que el que podía pagar la compra de esos bienes era él y no la accionante, los créditos hipotecarios fueron solicitados y adjudicados a él, ya que era el único que tenía capacidad económica para tomar créditos, asumir compromiso de pago, pagar cuotas. Se ha pretendido reclamar el monto de las cuentas bancarias, que son consecuencia del pago de la comisión por venta de seguros y del giro comercial que posee, por lo que no le corresponde de ningún modo derechos a al contraria. No existe presunción alguna de que los bienes pertenecen a un acervo concubinario antes de la declaración judicial y correspondiente inscripción; la sociedad concubinaria nace con la inscripción post reconocimiento. Respecto de la pensión alimenticia, teniéndose en cuenta la edad de la hija, solicita que la misma sea administrada directamente por ella. La recurrida se ha limitado a transcribir lo dicho por la accionante, sin tener en consideración los argumentos del compareciente. La actora ha variado en forma constante su solicitud respecto del monto en las distintas etapas procesales, aunque hasta entonces vivía en su casa propia, sin tener que pagar alquiler ni cuotas; ahora se ha mudado al Balneario Salinas, abonando un alquiler, sin tener que dejar la vivienda que es de su propiedad pero adquirida bajo la vigencia de la unión concubinaria, por ello no es de recibo que haya quedado en una situación desprotegida. Propone una forma para el pago de la pensión alimenticia parte en efectivo y parte abonando en forma directa el Colegio y Liceo Pablo Neruda, el costo del Centro Psicopedagó-

gico de Pando, la Academia de Estudios y el Club Unión La Paz – Shangrilá. Si bien el monto condenado de 15 BPC es un poco superior al propuesto, lo que pretende el recurrente es básicamente que no se abone todo en efectivo. Además de dichos rubros propuestos, cuando ella viaja a Treinta y Tres constantemente se le compra ropa. Se trata más de un tema de administración del dinero. Se solicita que se revoque la recurrida. Que en su lugar se declare respecto de lo bienes adquiridos que: respecto del padrón, sí fue a expensas del caudal común, corresponde un crédito a favor del compareciente del 75%, derivado de las reformas y pago de cuotas realizado; respecto de los bienes rurales, los mismos son propios, sin aporte de la accionante y sin crédito a su favor; para el resto de los bienes, los mismos son propios del compareciente sin aportes realizados por la contraria en virtud de no haber probado el aporte monetario, económico, realizado para sus adquisiciones por no haber existido, por ende no existen créditos. También se determinen de igual forma los inmuebles y bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de la disolución. En cuanto a la pensión alimenticia, el mismo se fije de acuerdo a lo ofrecido y sea administrada por su hija al llegar a la mayoría de edad. Todo con condena en costas y costos a al actora.

3.- La parte actora evacua el traslado conferido y adhiere al recurso interpuesto (fs 995/997), expresando en resumen que: surge probada en autos la contribución que realizó la actora para el patrimonio económico familiar que duró 19 años, excepto por un período de 6 meses en el año 1994. al apelar la contraparte hace una interpretación que no es la correcta excluyendo los padrones rurales que se adquirieron en 2010 cuando la sentencia expresamente los incluye en su fallo, por lo que corresponde se mantenga firme la

sentencia en cuanto a ello. Los argumentos utilizados en la apelación referente a que después de la sentencia que reconoce el concubinato nace la sociedad legal de bienes no fue utilizado en la demanda, es más en su petitorio solicita que se proceda conforme al art. 10 de la Ley N° 18246. La compareciente colaboró en forma permanente con el demandado en sus emprendimientos y se ocupó del cuidado de su casa y sus hijos en forma exclusiva; el demandado se ahorró en gastos en el cuidado en que dedicó a sus hijos. La actora sacrificó su desarrollo personal para beneficiar a su familia incluyendo al padre de sus hijos. Por el art. 5 de la ley se deben determinar los bienes que se adquirieron a expensas del esfuerzo común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad, lo que realizó la recurrida. Adhiere al recurso interpuesto considerando insuficiente el monto fijado. De lo relacionado en la apelación hay un reconocimiento de los gastos de educación, apoyo sicopedagógico, apoyo de estudios con profesores particulares, atención médica y todas las actividades de recreación y distracción que requiere una joven de 18 años, más aún con su discapacidad y sus dificultades en el relacionamiento social. Respecto de quien debe o no administrar el monto pensionario, es una forma de control sobre madre e hija, por lo que se solicita su rechazo. Asimismo, surge acreditado de autos que la compareciente dedicó al parte productiva de su vida para el crecimiento económico y cuidado de su familia. Su concubino fue quien se benefició en forma exclusiva, creciendo profesional y empresarialmente en detrimento de la compareciente. Tan es así que los bienes inmuebles y muebles adquiridos fueron puestos a su nombre, no otorgando reconocimiento ni respaldo económica a la compareciente. No posee trabajo, resultándole difícil a su edad reinsertarse en el mercado laboral y sin estudios. El argu-

mento de la Sede le agravia en cuanto no hay exclusión si tuviere nueva pareja. Solicita que se pronuncie el Tribunal determinando específicamente que se encuentran incluidos los bienes rurales padrones 3821, 9753 que fueron adquiridos por el esfuerzo común estando vigente la unión concubinaria y realizando los títulos 8 meses después; se adquirió con dinero producto de ahorros y esfuerzo común. Se solicita que se desestime el recurso interpuesto por el contrario, se aumente el monto de la pensión alimenticia a 25 BPC, estableciendo la asistencia económica para la actora de 10 BPC. Asimismo se determine la inclusión de los inmuebles rurales padrones 3821, 9753 y se establezca el porcentaje de la compareciente de los bienes adquiridos durante la unión concubinaria y los padrones 3821 y 9753 que se escrituraron en forma posterior.

4.- El demandado, a través de su representante judicial evacua el traslado de la adhesión a la apelación (fs 1001/1004) señalando en resumen: respecto del agravio esgrimido por la contraria respecto del monto de la pensión alimenticia, se señala que Lucía no necesita más de lo que le brinda su padre, y además los ingresos del compareciente por sus actividades se reduce básicamente a la venta de seguros, por lo que parece un exceso desmesurado pretender 25 BPC. Respecto de la asistencia económica que reclama la actora, en ese ítem vuelve a ratificar la falta de aportes económicos en la adquisición de bienes. Contradice sus dichos al sostener no tener trabajo, cuando en realidad lo tiene ya que trabaja en un comercio a unas cuadras de su trabajo. Resulta ilógica la actitud de mudarse a otro departamento dada la circunstancia de que debe pagar alquiler y prestar a otra persona la casa de Treinta y Tres para que viva, no la alquila. Hechos en sí mismos absurdos. Respecto de la determinación de los bienes inmuebles, la solicitud que hace la contraria respecto a

que se pronuncie el sentenciante sobre los padrones 3821 y 9753, debió ser planteada dentro de los 3 días de la notificación de la sentencia mediante el recurso de Aclaración y Ampliación. Dichos inmuebles no solo se adquirieron luego de culminada la unión concubinaria, sino que además fueron adquiridos con un crédito hipotecario otorgado por el BROU. Se solicita que se desestime la adhesión interpuesta, se tenga en cuenta la determinación de los bienes en cuenta a su adquisición en el inmueble urbano el crédito del 75% a favor del compareciente y en los rurales como propios de él sin créditos a favor de la contraria, por no haber acreditado los importes aportados; lo mismo sucede con el vehículo y los semovientes. Por tanto no existen créditos de naturaleza alguna a este respecto a favor de la contraria. También se determinen de igual forma los inmuebles y bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de disolución.

5.- Por auto N° 8910/2015 de fecha 20 de noviembre de 2015, fojas 1005 se dispuso el franqueo ante ésta sala con efecto suspensivo y con las formalidades de

6.- El expediente es recibido por el Tribunal y con fecha 17 de febrero de 2016, por DFA 0010-000077/2016 se dispone el pase en vista al Ministerio Público y una vez devueltos los autos, pasen a estudio de los Sres. Ministros por su orden. Cumplido se acordó el dictado de decisión anticipada (art. 200.1 del C.G.P).

#### CONSIDERANDO:

I.- Con el voto unánime de los integrantes naturales del Tribunal, se procederá revocar parcialmente la impugnada por las consideraciones de hecho y los fundamentos de derecho que se pasan a exponer.

II.- En la especie, la actora promovió según exordio a fojas 39: declaración judicial de unión concubinaria, pensión alimenticia, tenencia, y guarda respecto de su hija

menor Ana Lucia Zunino Lindeiman, asistencia recíproca entre concubinos y determinación de los bienes adquiridos durante la unión de conformidad con la ley 18246 contra el Sr. Juan Ángel Zunino Mota, en tanto alegó tener una relación conforme los requisitos exigidos en el art. 2 de la ley antes nombrada desde comienzos de 1991 hasta el 23 de abril de 2010 -con un periodo de separación de 6 meses en el año 1994 – antes que naciera Lucas.

Luego manifiesta que lo que promueve es la disolución de la unión concubinaria según procedimiento según el procedimiento dispuesto por el art. 9 de la ley 18.246 (fs. 68)

Dictada la sentencia de primera instancia, la misma provocó los agravios en ambas partes conforme surge de los resultados de la presente sentencia

III.- Estima la Sala que son de recibo agravios de los agravios de las partes, pero es necesario para amparar los mismos establecer el marco procesal y sustancial de la acción instaurada, en tanto se advierten yerros tanto en las partes como en la sentencia.

En efecto, en cuanto al encuadre procesal conforme lo establece el art. 8: “La unión concubinaria se disuelve en los siguientes casos: A) Por sentencia judicial de disolución, dictada a petición de cualquiera de los concubinos, sin expresión de causa”. Por su parte el art. 9° dispone “En el caso del literal A) del artículo 8° de la presente ley, la disolución de la unión concubinaria se tramitará por el proceso extraordinario (artículos 346 y siguientes del Código General del Proceso) y agrega dicho artículo “A) La sentencia que disponga la disolución de la unión concubinaria deberá -previo dictamen del Ministerio Público- pronunciarse sobre los siguientes puntos: A) Las indicaciones previstas en el artículo 5° de la presente ley, si no existiera previo reconocimiento judicial del concubinato” ; B)

Lo relativo a la tenencia, guarda, pensión alimenticia y visitas de los hijos nacidos de dicha unión, así como los alimentos contemplados en el artículo 3° de la presente ley. C) Lo relativo a cuál de los concubinos permanecerá en el hogar familiar, sin perjuicio de la resolución anticipada sobre exclusión del mismo para alguno de los concubinos, si ello se hubiera decretado como medida previa. El tribunal procurará que las partes lleguen a un acuerdo sobre todos o algunos de esos puntos y, en su defecto, pronunciará providencia solucionando provisoriamente aquellos sobre los que persista el desacuerdo”

De la lectura de la norma surge dos consecuencias respecto a la impugnada: 1.- Que no corresponde decretar el reconocimiento de la unión concubinaria, por cuanto esta ya se disolvió por la separación. Asimismo la unión concubinaria debe computarse desde el año 1994 porque para que el concubinato pueda ampararse en la ley debe cumplir no solo con los requisitos del art. 2 de la ley sino también el del art. 1 de la norma y este prevé: “La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta.” De la misma demanda se desprende que existió una interrupción de 6 meses en el año 1994, por lo que a los efectos de la ley el inicio de la unión concubinaria se computa en el año 1994.

2.- Que lo referente a los literales B y C – pese a que son medidas provisionales- deben resolverse en el fallo final, sin embargo en autos pese a lo dispuesto por la norma se resolvió (con sentencia de segunda instancia) la pensión alimenticia a servir a la en aquel tiempo menor hija de las partes Ana Lucia, en tanto ello, no corresponde que se vuelva a pronunciar en la fallo de la sentencia definitiva, no estamos ante una pensión alimenticia acumulada al juicio de

unión concubinaria, asimismo se advierte que la hija a adquirido la mayoría de edad, por lo cual ha cesado la representación que le otorgaba la patria potestad sobre Ana Lucía, no surgiendo que se la haya declarado incapaz a la joven, en consecuencia se dejará sin efecto la pensión alimenticia que se dispuso en la impugnada y se estará a la provisional que surge de obrados, sin perjuicio de las acciones que pueda entablar la legitimada para ello.

IV.- Un segundo error que se aprecia es que se entiende que se aplica las normas de la sociedad conyugal como si hubiese nacido la sociedad legal de bienes concubinarias cosa que no sucedió.

Ello por cuanto como expresa el art. 5 de la ley es “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables”

En efecto, Sala tiene jurisprudencia firme siguiendo las posiciones de los Dres. Daniel Domínguez Gil y Enrique Arezzo Piriz en cuanto a que los bienes adquiridos antes del reconocimiento judicial no tornan su naturaleza jurídica de propios a “concubinarios”, sólo los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión concubinaria (unión reconocida judicialmente e inscripta), compartiéndose lo expresado por el Dr. Daniel Domínguez Gil (ADCU TOMO XLI págs. 625 y ss.) en cuanto a que con Arezo, sin distinguir entre reconocimientos anteriores y posteriores a la disolución de la Unión Concubinaria, entiende que la mera “indicación de bienes” de los art. 5° lit. b y 9° lit A, implica tan solo reservar acciones personales entre los unidos. Sin alcanzar jamás a transformar la naturaleza jurídica de las adquisiciones, esto es sin modificar la titularidad dominial, mutación que de admitirse causaría grave distorsión a la seguridad jurídica, derecho de terceros (acreedores, cónyuge de alguno de los concubinos, alteraciones

en el tracto sucesivo registral, valores fundamentales del Estado de Derecho”, posición que las Dra. Luz Calvo (Los Bienes Concubinarios; RUDF N° 23; 139/142) y Ema Carozzi (Curso de Actualización de Derecho de Familia Personal y patrimonial, dictado en el CEJU del 20/29 de octubre de 2015) comparten con estos autores en lo puntual de que los bienes adquiridos antes del reconocimiento no cambian de naturaleza al producirse el mismo (Dra. Calvo); si la unión concubinaria se disuelve sin reconocimiento previo (Carozzi). En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia así en su sentencia N° 56/2013 de 20/11/13: “En lo que dice relación con este motivo de sucumbencia, el recurrente citó en apoyo de su posición el criterio sustentado en la sentencia No. 593/2012 de la Suprema Corte de Justicia... Dicho criterio se fijó en un caso regido por las normas de la sociedad conyugal, por lo cual sus fundamentos no pueden trasladarse a la hipótesis bajo juzgamiento, puesto que, si así se hiciera, se violaría lo dispuesto por el art. 5 inc. 2 de la Ley No. 18.246, según el cual: “El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria”. Se desprende de esta disposición que luego del reconocimiento inscripto de la unión concubinaria, nace la sociedad de bienes, y ésta, por expreso mandato legal, se rige por las normas de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario. Antes, no cabe remitirse al régimen de la sociedad conyugal, ya que la Ley asigna un régimen especial, propio y distinto. La remisión a la normativa sobre la sociedad conyugal presupone la vigencia de la unión concubinaria, esto es, su reconocimiento por sentencia judicial; antes de ese reconocimiento, no hay vigencia de la unión concubinaria. Aunque la Ley ha

sido justamente criticada por su imperfección técnica, este es un aspecto claro: la remisión al régimen de la sociedad conyugal opera luego del reconocimiento judicial, que le da inicio al período de vigencia de la sociedad de bienes. En este sentido, se ha pronunciado Domínguez Gil, quien expresa: "... es necesario distinguir el fenómeno fáctico propio del comienzo de la unión concubinaría, del fenómeno jurídico determinante de su período de vigencia; de lo contrario tendríamos que admitir el absurdo de que la norma exige ociosamente tal período de vigencia cuando le hubiera bastado con aludir simplemente a la unión, a la mera existencia de hecho de la misma... (La Ley de Unión Concubinaría) diferencia entre las adquisiciones a título meramente oneroso durante la vigencia del régimen, de aquellas fruto del esfuerzo o caudal común verificadas entre el comienzo de la unión y la vigencia de la sociedad de bienes; justamente porque tal distinción radica en que antes del período de vigencia del régimen, la solución de principio es que los bienes que adquiere cada concubino quedan excluidos del estatuto patrimonial de la unión concubinaría, de allí que sólo cuando éstos provienen del esfuerzo o caudal común, se generen simultáneamente con el nacimiento de la sociedad estos créditos legales para evitar enriquecimientos injustos. Por el contrario, luego de la vigencia del régimen patrimonial, la solución de principio es otra muy diversa, puesto que desde entonces son sociales todas las adquisiciones a título oneroso -en virtud de las normas de sociedad conyugal, llamadas a imperar por la específica remisión del art. 5°..." (Domínguez Gil, Daniel, "Régimen patrimonial de la unión concubinaría", en A.D.C.U., Tomo XXXIX, págs. 682 y 683; el subrayado no figura en el texto del opúsculo)..."

Como se viene de decir- no existiendo reconocimiento previo- lo que se puede reclamar es un crédito a quien figura como titular de los bienes que fueron adquiridos con el esfuerzo y/o caudal común, crédito que se estima configurado en los presentes obrados a favor de la actora.

En consecuencia el Tribunal revocará la impugnada adecuando el fallo al derecho sustancial que ha probado la actora tener.

En efecto, la Sala estima que sí existió aporte por parte de la actora a la adquisición de parte de los bienes que es titular el demandado, como también el demandado aportó su caudal para la adquisición del bien que es titular la actora.

Esto es así – en lo que se refiere a la Sra. Lindiman- por cuanto cuando la ley refiere aporte expresa que éste puede ser en caudal o esfuerzo, el "esfuerzo" de que habla la ley puede estar representado por la actividad no remunerada de una de las partes pero que implica ahorro de dinero a la pareja, en la especie, no surge controvertido que la actora se dedicó a la crianza de sus hijos y en especial a sortear los obstáculos que los problemas presentados por la hija del matrimonio –Ana Lucia-, asimismo se dedicó a las tareas de la casa abandonado para ello sus tareas remuneradas, tales ocupaciones representan un ahorro de gastos que constituyen el aporte de la actora.

Pero el crédito en el caso de autos y a criterio de la Sala no representa el 50% del valor de los bienes que es titular sino del 15% de los bienes adquiridos por el demandado en el periodo de agosto de 1994 a abril 2010, crédito que se liquidará conforme lo dispuesto por el art. 378 del CGP, y ello por cuanto debe tenerse presente que la actora es titular de un bien inmueble urbano adquirido durante el concubinato y al cual se le hicieron mejoras todo con dinero aportado por el demandado y que existe un bien adquirido por el demandado durante el concubinato pero que su precio fue integrado parte con la venta de bienes propios de origen sucesorio de Zunino.

Claramente no corresponde incluir los padrones 3821, 9723 adquiridos luego de la separación de la pareja y para lo cual fue obtenido por el demandado préstamos hipotecarios como surge acreditado

a fs 567/583, no se puede integrar activos sin pasivos, recuérdese que no estamos en sede de la sociedad legal de bienes, donde para adjudicar el activo primero se liquidan los pasivos (art. 2010 CC)

V.- En cuanto al restante agravio de la parte actora sobre la desestimación de la pensión alimenticia solicitada, corresponde mantener lo fallado por ser ajustado a la ley.

Ello por cuanto el art. 3 de la ley 18.246 establece a favor de los concubinos una pensión necesaria y no congrua como lo anota la Dra. Ema Carozzi "Una tercera diferencia relevante, entre el art. 3° de la ley 18.246 y la norma del art. 183 CC, consiste en que la primera consagra sólo una pensión necesaria, excluyendo la posibilidad de que un ex concubino reclame una pensión congrua del otro. El reclamo prosperará si la parte demandante, independientemente de su sexo y del sexo de la parte demandada, no estuviera en condiciones de subsistir sin dicho auxilio pensionario. El presupuesto jurídico exigido para la pensión alimentaria deba ser servida, consiste en que dicha contribución pensionaria resulte <necesaria para la subsistencia> del concubino reclamante" (Destacado de la autora) (Ley de unión concubinaria, Reformas en el derecho de Familia y Sucesorio; FCU; pág. 57) por lo cual no corresponde aplicar por analogía el art. 183 del Código Civil

En autos no surge acreditados los extremos para que se configure el nacimiento de la pensión alimenticia prevista en la norma, en tanto como se anotara la actora es propietaria de un bien, bien que le dio en comodato gratuito a la hija de la vecina (es decir renunciando a un ingreso) (fs. 354; 356), trasladándose a otro Departamento donde alquilo casa (generando gastos); tampoco surge que tenga impedimento ac-

tual para poder trabajar, es más se da cuenta que ha efectuado trabajos de repostería de lo cual tiene cursos ( fs. 357), todo ello sin perjuicio de la nueva pareja que manifiestan sus testigos que actualmente tiene.

VI.- No se impondrán sanciones procesales en la presente instancia.

Por los fundamentos expuestos, y lo preceptuado por los arts. 248 a 261 del CGP, el Tribunal

FALLA:

Revocase parcialmente la recurrida, y en su mérito se declara la disolución de la unión concubinaria (arts. 8 lit. A y 9 de ley 18.246) que conformaron los Sres. Ana Claudia Lindiman Amorin y Juan Angel Zunino Mota entre el año 1994 y el 23 de abril de 2010.

Se establece un crédito a favor de la sra. Lindiman del 15% de los bienes adquiridos por el demandado en el periodo agosto 1994 – abril 2010, lo que se liquidará conforme lo dispuesto por el art. 378 del cgp. (no incluyéndose entre los mismos los padrones números 3821, 9723

Dejase sin efecto la inscripción el registro ordenada por no corresponder

Dejase sin efecto la pensión alimenticia a favor de Ana Laura dispuesta en la impugnada, estándose a la ya dispuesta en autos, atento a lo expresado en el considerando iii 2;

Sin especial sanción procesal.

Oportunamente, devuélvase a la sede de origen, cometiéndose en lo pertinente.

Díaz Sierra(r.) - Bendahan - Peduzzi



## INFORMACIONES

*Carreras de grado*

*Maestrías y postgrados*

*Otras noticias de interés*



---

## TERCER PUESTO EN VIENA



De izq. a der: Elina Arocena, Carlos Brandes, Thomas Biscomb, Pilar Álvarez, José Nicola, Mateo Nosedá, Mateo Verdías y Juan Manuel Rey.

Por séptimo año consecutivo, un equipo de estudiantes de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) participó en un certamen de Arbitraje Internacional en Viena. Este año, los alumnos de la UM llegaron a semifinales, por lo que empataron en el tercer puesto con la Universidad de Columbia, entre 340 universidades.

Luego de una larga preparación, Elina Arocena, Pilar Álvarez, José Nicola, Thomas Biscomb y Mateo Verdías viajaron a la capital de Austria para participar en la Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, más conocida como la Vis. La coach principal fue la profesora Mercedes Jiménez de Aréchaga, junto a Juan Manuel Rey, Mateo Nosedá, Carlos Brandes, Ma. Paz Lestido, Ma. Emilia Cadenas y Santiago Dutra.

La profesora Jiménez de Aréchaga explicó que este tipo de competencia ayuda a los alumnos a desarrollar habilidades jurídicas que les permiten luego trabajar en Uruguay o cualquier país. Después de competencias pasadas, algunos de los estudiantes han trabajado en Londres, París, Frankfurt, Nueva York, Washington D.C., Shangai, Santiago de Chile y otras ciudades.

“No solo les abre puertas a nuestros egresados, sino que el nombre de la UM es sinónimo de prestigio en arbitraje internacional. Es la única universidad latinoamericana que clasificó en seis de siete oportunidades y llegó a una final, a una semifinal y a octavos; entre otras cosas. Es un logro increíble si pensamos que compiten contra Harvard, Columbia, Ottawa, etc., es decir, contra las mejores escuelas de Derecho del mundo”.

Además del logro grupal, la alumna Pilar Álvarez ganó una mención como oradora en la competencia. La misma refirió que la competencia requiere una formación muy intensa y específica en arbitraje y en compraventa internacional, por lo que más allá del panorama general que se adquiere en el transcurso de la carrera, la preparación tendiente a la competencia en sí misma es de suma importancia. En febrero comenzamos la pre-

paración de la parte oral junto a los coaches. Luego, recibimos a una coach de EEUU, que nos orientó con la presentación de argumentos. También nos visitó la profesora Petra Butler, especialista en compraventa internacional de mercaderías. Fueron unos meses de muchísimo trabajo y dedicación, ¡que al final dieron sus frutos!



La delegación de la UM en la Suprema Corte de Justicia de Viena, donde fue invitada a participar en unas rondas preparatorias.

## MATERIAS DE US LAW

Durante este primer semestre del corriente año se han dictado los siguientes cursos del programa “US Law Program”:

### **Introduction to the American Legal System (Inglés Jurídico I)**

Prof. María F. Brugnini / Martina Etcheverry

Fechas: del 8 al 12 de mayo

### **Basic Guidelines on Contracts & Torts (Inglés Jurídico III)**

Prof. Kaarin Nelson

Fechas: del 20 al 24 de marzo

### **International Trade Contracts (Inglés Jurídico V)**

Prof. David Aronofsky

Fechas: del 27 al 31 de marzo

### **Corporations (Inglés Jurídico VII)**

Prof. Bryn Vaaler

Fechas: del 20 al 24 de marzo

## PRO BONO: SERVICIO JURÍDICO GRATUITO PARA EL BIEN PÚBLICO

La FDER de la UM fue designada como la primera Pro Bono Clearinghouse de Uruguay por el Cyrus R. Vance Center for International Justice de EEUU



De izq. a der: Carla Arellano, Sandra González, Nicolás Etcheverry, Antonia Stolper y Guillermo Rosati.

Uruguay ocupa el primer lugar en América Latina y el N° 20 en el mundo del **World Justice Project 2016**, que evalúa la situación y seguridad jurídica de 113 países. Aunque los números generales parecen buenos en comparación, no todos los uruguayos pueden acceder a un abogado. La necesidad global de ofrecer el acceso a la justicia —en un mundo en donde, según las Naciones Unidas, cuatro mil millones de personas viven al margen del Estado de Derecho— ha sido el motor para la creación de un servicio en auge a nivel internacional: el *pro bono*. Este concepto implica el trabajo gratuito de profesionales, en este caso de abogados, en favor del bien público.

Siguiendo esta tendencia mundial, la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) fue designada como la primera *Clearinghouse* del país por el **Cyrus R. Vance Center for International Justice**, un centro no gubernamental con sede en Estados Unidos. Este rol, que ocupará próximamente la FDER, tiene el fin de ser un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los abogados que con su trabajo *pro bono* pueden asumirlo. En este proceso participarán también estudiantes de 4° y 5° año de la FDER, que trabajarán junto a abogados de los distintos estudios jurídicos del país comprometidos con el proyecto.

Durante el lanzamiento de la FDER como *Pro Bono Clearinghouse* estuvieron presentes Antonia Stolper, miembro del Comité Ejecutivo del Vance Center y Leire Larracochea, Senior Fellow in Pro Bono Practice del Vance Center. Al comenzar la actividad, el decano de FDER, Nicolás Etcheverry, presentó el proyecto y afirmó: “En un mundo cada vez más globalizado e interdependiente, me parece que el acceso a la justicia tiene que ir muy ligado a la solidaridad y fraternidad. La justicia a secas es justicia, pero si muchas veces no está acompañada de un espíritu solidario, de servicio y de fraternidad, es una justicia pobre”.



Leire Larracoechea durante su exposición.



Abogados y estudiantes que participaron de la actividad en la UM.

En la siguiente entrevista, la Dra. Larracoechea explica la función del trabajo jurídico *pro bono* y la elección de la UM como *Pro Bono Clearinghouse*:

**¿Qué valor estratégico aporta el trabajo *pro bono* a los estudios?**

En primer lugar, se trata de una importante fuente de atracción y retención de talento. Los jóvenes de hoy quieren dedicar un parte de su práctica diaria en los despachos al ejercicio sin ánimo de lucro; quieren contribuir al desarrollo de sus sociedades. El trabajo *pro bono* es, además, una gran herramienta de formación. Permite que los abogados trabajen en casos ajenos a su área de especialidad, y que los más jóvenes adquieran una serie de aptitudes técnicas y personales importantes, como la capacidad de negociación y de gestión del trato directo con el cliente. Asimismo, proyecta una imagen positiva de los despachos, de abogacía con conciencia social, lo cual redundará en la atracción de nuevos clientes y consolidación de otros, con los consiguientes beneficios económicos.

### ¿Cuán importante es desarrollar esto en los países latinoamericanos?

En Latinoamérica, el último informe de The World Justice Project sobre el imperio de la ley y la inseguridad jurídica sitúa a la mayor parte de países de la región en posiciones ciertamente preocupantes.

En países de la región como Argentina, Chile, Colombia o Venezuela, las *clearinghouses* han hecho posible que los despachos líderes en las diferentes jurisdicciones brinden asesoramiento jurídico *pro bono* a miles de personas y comunidades en situación de vulnerabilidad, han constituido centenares de entidades sin ánimo de lucro que trabajan por y para los sectores vulnerables de nuestras sociedades, han incrementado la credibilidad y legitimidad del sistema judicial, y han influido en el desarrollo y la modificación de leyes y políticas públicas para que los gobiernos respondan a las necesidades sociales tanto a nivel local como a nivel regional.

### ¿Qué destaca de la UM al elegirla como Pro Bono Clearinghouse?

La educación desempeña un papel fundamental en la formación de abogados social y éticamente responsables. No obstante, a falta de unas bases éticas sólidas, la abogacía se ha deshumanizado desde las facultades de Derecho.

A pesar de este panorama general, algunas universidades, como la UM, han emprendido una serie de medidas para integrar en su programa de estudios esta perspectiva ética y social de la profesión jurídica. Prueba de ello es su compromiso con este proyecto de desarrollar la primera *Clearinghouse* uruguaya, lo cual sin duda será fundamental para que los jóvenes se involucren en este prometedor movimiento *pro bono* y logren su máximo desarrollo.



Antonia Stolper, de Shearman & Sterling, durante su disertación ante integrantes de prestigiosos Estudios Jurídicos de Uruguay.

## MIGUEL CASANOVA PRESENTÓ SU INVESTIGACIÓN EN DESTACADA UNIVERSIDAD INGLESA



El profesor de Derecho Societario y vice decano de la Facultad de Derecho de la UM fue invitado por la Universidad de Essex, en el este de Inglaterra, a exponer sobre los resultados de su investigación en torno al concepto de “interés social” en las sociedades anónimas.

En su disertación, Casanova abordó el enfrentamiento que existe en la doctrina jurídica especializada entre la perspectiva contractualista e institucionalista de interés social. Por un lado, el paradigma contractualista, sostiene que las empresas deben estar regidas exclusivamente por el principio de eficiencia económica y, en consecuencia, limitarse a generar valor para sus accionistas. Por otro lado, la visión institucionalista propone que las decisiones empresariales deben adoptarse contemplando también los intereses de otros sujetos vinculados a la compañía (trabajadores, consumidores, acreedores, etc.). Ante esta dicotomía, Casanova defendió la articulación de una perspectiva integradora, capaz de reconocer la naturaleza, a un tiempo, contractual y organizacional de la sociedad comercial, que denominó noción “contractual-dinámica” del interés social.

Además de la conferencia dictada a profesores del área de Derecho Comercial de la Universidad de Essex, el Prof. Casanova, mantuvo reuniones con las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad con el objetivo de estrechar lazos que permitan profundizar en intercambios académicos futuros, realizar proyectos de investigación en forma conjunta e intercambiar experiencias exitosas en el ámbito de la formación jurídica universitaria.

## LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO Y EL COLLÈGE INTERNATIONAL DROIT ET SANTÉ MENTALE REALIZARON LA JORNADA: "NIÑOS DE LAS CALLES, DROGAS Y DELINCUENCIA"

El día 6 de abril del corriente año se realizó en la sede central de la Universidad de Montevideo la Jornada "Niños de la calle, drogas y delincuencia" con la participación de profesores franceses, canadienses y uruguayos.



Decano Prof. Dr. Nicolás Etcheverry, durante la inauguración del evento.



Mme. Richardson durante su presentación.

Luego de las palabras del Dr. Etcheverry y Mme. Richardson, comenzaron las ponencias de los distintos expositores. El primer turno correspondió al Prof. Dr. Oscar Cluzet, Miembro de la Academia Nacional de Medicina, su tema de disertación fue: "Visión ética de la exclusión social". Luego el Dr. Miguel A. Cerro, pediatra y profesor realizó la ponencia: "La calle, la droga, la delincuencia: destinos evitables de ciertos niños". Cerró la primera parte de la Jornada Mr. Hervé Hamon, (ex presidente del tribunal de menores de París), quien expuso sobre: «Justicia y protección de los menores en la calle» Luego de un pequeño receso el Dr. Freedy Pagnussat, médico psiquiatra, especialista en adolescentes expuso sobre: "La difícil tarea de ser joven, ¿y en situación de calle?" Luego el Presidente de INISA, la Psicóloga Gabriela Fulco habló sobre "La incidencia de los procesos de victimización tempranos en el fenómeno de la delincuencia"



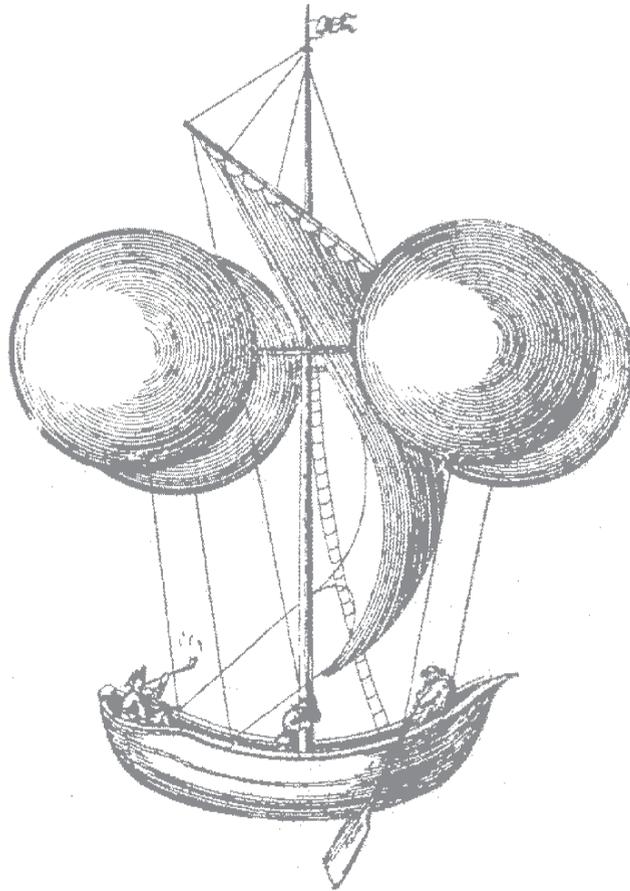
Expositores y público siguiendo una de las disertaciones.

La última exposición de la mañana estuvo a cargo del Prof. Dr. Michel Botbol (Profesor de psiquiatría del niño y del adolescente en la Universidad de Brest, redactor en jefe de la revista *Menor y Salud*, "Droit éthique et santé"), con el tema: "Abordaje diferencial de la psicopatología de la violencia de los adolescentes."



La Psic. Gabriela Fulco del INISA (en la segunda fila) en primer plano el Dr. Pedro Montano, a su derecha Mr. Hamon, y a la derecha de este Mme. Richardson.

Por la tarde se retomó la actividad con la exposición del Vicepresidente de INISA Dr. Eduardo Katz Oltarz: quién habló sobre: "El Impacto del consumo precoz en el desarrollo del adolescente" Luego el Prof. Dr. Miguel Langón, catedrático de Derecho Penal expuso sobre "La cuestión vista desde la legislación penal vigente". A continuación Mr. Luc Henry Choquet, sociólogo del Derecho y responsable del polo de investigación de la administración central de la protección judicial de la juventud, expuso sobre: "Los menores traficantes de droga". Siguiendo con las exposiciones, el Prof. Dr. Guido Berro, Miembro de la Academia Nacional de Medicina disertó sobre: "Mirada médico legal de las toxicofiliias en adolescentes en Uruguay, y con especial referencia a Pasta Base de Cocaína (PBC)". Luego el Economista Ph D. Alejandro Cid, Decano de la Facultad de Economía de la UM expuso sobre: "Utilización de actividades regulares para comprometer a jóvenes en edad escolar de alto riesgo: una revisión de programas para después del horario escolar en Latinoamérica y el Caribe". Una vez finalizadas las exposiciones se abrió un espacio de discusión general, luego hubo una síntesis final dando lugar a la clausura de la jornada.



## TESINAS DE MASTERS

*DÍAZ, Malena; RABUFFETTI, Natalia y ZITTO, Carolina*

**Beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición:  
delimitación del alcance del término**



# BENEFICIARIO EFECTIVO EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DEL TÉRMINO

MALENA DÍAZ, NATALIA RABUFFETTI Y CAROLINA ZITTO

## Agradecimiento

Expresamos nuestro sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda colaboraron en la realización de la presente investigación, en especial a nuestro Tutor académico, Dr. Sebastián Arcia, Tutor metodológico, Prof. José María Burone y a los Dres. Andrés Blanco y Juan Bonet.

## 1. Introducción

El tema seleccionado como objeto de investigación se incluye dentro del derecho tributario internacional y se titula “Alcance del concepto beneficiario efectivo establecido en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, celebrados por Uruguay”.

A través de su desarrollo se pretende determinar el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, celebrados por Uruguay.

El mismo fue seleccionado como fruto de nuestra experiencia profesional, al tratarse de un concepto recogido en varios instrumentos internacionales ratificados por Uruguay sin haber sido definido en forma expresa lo que implica una dificultad práctica para los operadores del derecho que deberán aplicar las cláusulas que lo recogen. Más aún al tratarse de un concepto propio del derecho anglosajón, que no fue recogido internamente como tal en ordenamientos jurídicos de origen latino como el nuestro.

Asimismo, cabe señalar que el tema objeto de investigación fue elegido teniendo en cuenta que a nivel nacional existen pocos antecedentes doctrinarios y ningún antecedente jurisprudencial, siendo un tema de gran trascendencia práctica.

Determinada la referida problemática, se intentará recomendar algunos lineamientos generales que posibiliten o faciliten la aplicación de los de los artículos antes referidos.

## 2. Planteamiento del problema de investigación

### 2.1 Objetivos de la presente investigación

#### 2.1.1 Objetivo general

El objetivo general de la misma consiste en determinar el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en diferentes convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay.

#### 2.1.2 Objetivos específicos

En cuanto a los objetivos específicos, los mismos se enuncian a continuación:

- Determinar el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”;
- Delimitar el alcance del término objeto de estudio;
- Identificar figuras afines en nuestro ordenamiento jurídico interno;
- Identificar el propósito del establecimiento de dicho concepto en los convenios para evitar la doble imposición, buscando determinar si se está en presencia de una cláusula antielusiva o antiabuso, entre otras consideraciones;
- Considerar fallos jurisprudenciales de diferentes jurisdicciones internacionales con el fin de analizar y valorar decisiones adoptadas en relación al concepto;
- Evaluar diferentes soluciones prácticas adoptadas por otros estados, como por ejemplo, resoluciones o circulares administrativas, que pretendan delimitar el concepto objeto de estudio.

### 2.2 Pregunta de investigación

La pregunta principal de nuestra investigación es: **¿Cuál es el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición?**

De la misma se desprenden naturalmente las siguientes preguntas específicas:

- ¿Cuál es el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”?
- ¿Cuál es (o cuál fue) el propósito del establecimiento de dicho concepto en la normativa que lo establece?
- ¿Ante qué tipo de cláusula se está?
- ¿Existen figuras afines al concepto en nuestro ordenamiento jurídico interno?
- ¿Cómo ha sido delimitado el concepto por la jurisprudencia internacional?
- ¿Se han adoptado soluciones prácticas por los diferentes estados en relación al concepto?

### **2.3 Justificación de la investigación**

A través del objetivo general propuesto pretendemos facilitar la aplicación de la normativa que recoge el concepto “beneficiario efectivo”, reduciendo dudas o cuestionamientos en relación al mismo.

### **2.4 Viabilidad de la investigación**

Entendemos viable la investigación propuesta por cuanto se tiene acceso a información que permitirá abordar con éxito el desarrollo de la misma.

### **2.5 Antecedentes hallados**

Según se pudo constatar, no existe en la Universidad de Montevideo antecedentes de tesis que traten sobre el tema planteado.

Cabe señalar que una de las tesistas es autora de un trabajo relacionado con el tema objeto de la presente investigación, el cual fue considerado en la elaboración del mismo y que surge identificado en la biografía.

## **3. Diseño metodológico**

### **3.1 Hipótesis de Investigación**

Por tratarse de un estudio de alcance descriptivo, no se formuló Hipótesis de Investigación, por lo cual el trabajo se orientó a contestar la Pregunta Principal de Investigación.

#### **3.1.1 Identificación de las variables**

La o las variables normalmente están contenidas en la Hipótesis de Investigación. En la medida que la hipótesis constituye la respuesta tentativa del investigador a su pregunta de investigación, ante la ausencia de la hipótesis, la variable se deduce de la misma.

En nuestro caso la variable es: “alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición”

#### **3.1.2 Definición de la variable**

La variable identificada se definió, a los efectos del presente trabajo, como:

“concepto que tienen los operadores jurídicos del término beneficiario efectivo al momento de aplicar la cláusula establecida en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay”

### **3.2 Alcance de la investigación**

El alcance de esta investigación fue, en su fase inicial, de tipo exploratorio en tanto

examinamos un problema de investigación poco abordado por la dogmática nacional, al tratarse de un concepto introducido recientemente en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, la misma fue de tipo descriptiva, ya que el objetivo pretendido es delimitar el alcance del concepto objeto de la misma.

### **3.3 Diseño de investigación**

El mismo fue no experimental por tratarse de una investigación sistemática y empírica, que se realizó sin manipular variables.

Por su dimensión temporal, se trata de un diseño transversal, dado que se recolectaron datos en un solo momento, buscando describir variables y analizar la incidencia e interrelación de las mismas en un momento dado.

### **3.4 Unidades de análisis**

Como unidades de análisis utilizadas fueron la normativa que recoge el concepto “beneficiario efectivo”, la doctrina nacional e internacional que se ha pronunciado en cuanto al tema, jurisprudencia internacional, soluciones prácticas adoptadas por diferentes estados así como opiniones vertidas por especialistas en la materia.

### **3.5 Instrumentos de recolección de datos**

A los efectos de recolectar los datos necesarios para abordar nuestra investigación, se utilizaron los siguientes instrumentos cualitativos: análisis documental y entrevistas.

## **4. Marco teórico**

El concepto beneficiario efectivo recogido por los Modelos de Convenio OCDE y ONU, ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la entrada en vigor de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Uruguay.

Respecto de estos convenios, cabe precisar que los mismos atribuyen potestad tributaria entre los estados, determinando quien tiene en cada caso, potestad para gravar la renta o ingreso en cuestión. Como principio general, los convenios atribuyen potestad tributaria ilimitada al estado de residencia y limitada respecto del estado de la fuente. Determinada la potestad tributaria de un estado en el caso concreto en relación a determinada renta o ingreso, éste deberá remitirse a su normativa interna para determinar la imposición efectiva que recaerá sobre dicha renta o ingreso.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico interno ha adoptado como principio general de tributación el principio de la fuente, atribuyéndose potestad tributaria en relación a aquellas rentas provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones y del lugar de

celebración de los negocios jurídicos.<sup>1</sup>

No obstante ello, a partir de la reforma tributaria implantada a través de la ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, dicho principio ha sido objeto de sucesivos excepcionamientos, previéndose para determinadas hipótesis el principio de renta mundial, lo cual muestra una marcada tendencia hacia dicho principio.<sup>2</sup>

Dado que la cláusula de “beneficiario efectivo” establecida en los convenios para evitar la doble imposición busca limitar en ciertos casos la potestad tributaria del estado pagador de dividendos, intereses o regalías (en adelante, estado fuente), consideramos especialmente relevante para nuestro país analizar tal concepto a efectos de determinar en qué casos verá limitada su potestad tributaria cuando pague este tipo de rentas a residentes de estados con los que haya celebrado un convenio para evitar la doble imposición.

A su vez, debe señalarse que Uruguay en su condición de importador de capitales suele reunir la calidad de pagador de rentas provenientes de dividendos, intereses y regalías, volviéndose clave el concepto de beneficiario efectivo a efectos de determinar si son aplicables los beneficios fiscales otorgados por lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición que serán analizados a continuación o por el contrario, sigue rigiendo la potestad tributaria ilimitada por parte del estado fuente.

#### 4.1 Convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay que adoptan la cláusula “beneficiario efectivo”

A la fecha de elaboración de esta tesis, Uruguay ha celebrado 13 convenios para evitar la doble imposición con diferentes países según se exhibe a continuación, incluyendo en los artículos 10, 11 y 12 de todos ellos el concepto “beneficiario efectivo”.

PAÍS	Fecha de firma	Ley	Vigente desde
<b>ALEMANIA</b>	09/03/2010	18.844 (25/11/11)	28/12/2011
<b>HUNGRÍA</b>	25/10/1988	16.366 (19/05/93)	01/01/1994
<b>MÉXICO</b>	14/08/2009	18.645 (12/02/10)	29/12/2010
<b>ESPAÑA</b>	09/10/2009	18.730 (07/01/11)	24/04/2011
<b>SUIZA</b>	18/10/2010	18.867 (23/12/11)	28/12/2011
<b>LIECHTENSTEIN</b>	18/10/2010	18.933 (20/07/12)	03/09/2012
<b>PORTUGAL</b>	30/11/2009	18.934 (20/07/12)	13/09/2012

1 ver artículo 7 Título 4 del Texto Ordenado de 1996 y artículo 3 del Título 7 del Texto Ordenado de 1996.

2 Cabe precisar que en el caso de las personas físicas quedan sujetas a imposición ciertas rentas mobiliarias que provengan del exterior

<b>ECUADOR</b>	26/05/2011	18.932 (20/07/12)	15/11/2012
<b>MALTA</b>	11/03/2011	19.010 (22/11/12)	13/12/2012
<b>COREA DEL SUR</b>	29/11/2011	19.033 (27/12/12)	22/01/2013
<b>FINLANDIA</b>	13/12/2011	19.035 (27/12/12)	06/02/2013
<b>INDIA</b>	08/09/2011	18.972 (21/09/12)	21/06/2013
<b>RUMANIA</b>	14/09/2012	19.257 (28/08/14)	22/10/2014

En cuanto al contenido de los artículos 10, 11 y 12 de tales convenios, se establece que la potestad tributaria del estado fuente se verá limitada únicamente en aquellos casos en que el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro estado parte. De no serlo, el estado fuente tendrá potestad tributaria ilimitada en relación a dicha renta.

A continuación y teniendo en cuenta la similitud existente entre lo dispuesto por los artículos 10, 11 y 12 de los diferentes convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay<sup>3</sup>, analizaremos a título ilustrativo lo establecido por el convenio celebrado entre Uruguay y México, ratificado por ley N° 18.645 de 29 de diciembre de 2010, concretamente párrafos primero y segundo de los mismos por referirse éstos específicamente al tema que nos ocupa.

#### **Artículo 10**

*“1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante sólo pueden someterse a imposición en este otro Estado.*

*2. Sin embargo, dichos dividendos también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 5 por ciento del importe bruto de los dividendos”.*

#### **Artículo 11**

*“1. Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.*

*2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse a imposición también en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con las leyes de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no puede exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses”.*

<sup>3</sup> Cabe precisar, sin embargo, que el convenio para evitar la doble imposición celebrado con Hungría (suscrito en 1988 y ratificado por la ley No. 16.366 del año 1993) no utiliza la expresión “beneficiario efectivo”, refiriéndose al concepto de “beneficiario” en la cláusula de reserva del Establecimiento Permanente. En virtud de ello, entendemos que debería realizarse un análisis particular del referido Convenio a los efectos de su correcta interpretación, lo cual excede el alcance de la presente investigación.

## Artículo 12

*“1. Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. Sin embargo, dichas regalías también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de conformidad con la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de las regalías es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por ciento del importe bruto de las regalías”.*

Del análisis de dichos párrafos se desprende la potestad tributaria compartida respecto de este tipo de rentas entre el estado de residencia y el estado fuente. Sin perjuicio, la potestad tributaria del último se ve limitada cuando el receptor de la renta, residente del otro estado parte, reúne además la condición de “beneficiario efectivo” de la misma.

## 5. Análisis de los datos obtenidos

### 5.1 Origen y evolución del concepto beneficiario efectivo

#### 5.1.1 Origen

Habida cuenta la relevancia del concepto cuyo estudio proponemos, tanto en lo que refiere a la posibilidad de ciertos sujetos de obtener beneficios fiscales previstos en un convenio para evitar la doble imposición como en lo que respecta a la potestad tributaria de un Estado u otro frente a determinados tipos de renta, resulta necesario comenzar el análisis del mismo partiendo desde su origen, al menos a nivel internacional.

Si bien a nivel del Modelo de Convenio OCDE la expresión “beneficiario efectivo” fue introducida por primera vez en el reporte del año 1972, en oportunidad de revisarse algunos de los artículos del Modelo de Convenio OCDE de 1963, la utilización del término a nivel internacional, presente hoy en casi la totalidad los convenios internacionales para evitar la doble imposición, tuvo su origen en el año 1945 en un tratado celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos.<sup>4</sup>

En este sentido, el artículo 3 de dicho tratado, en materia de bienes de personas fallecidas señalaba: *“shares or stock held by a nominee where the beneficial ownership is evidenced by scrip certificates or otherwise”*.<sup>5</sup>

Con posterioridad, el término comenzó a ser sucesivamente recogido en infinidad de convenios para evitar la doble imposición. Así, por ejemplo, en el año 1968 el término fue incorporado a un tratado suscrito entre el Reino Unido y Holanda, en 1968 a otro entre Irlanda y Francia y en 1969 a uno entre Australia y Japón.

Ahora bien, como se observa, habiendo sido el término utilizado por primera vez en un tratado celebrado entre países del Common Law, sistema legal que, a diferencia

4 OLIVER, David: “Beneficiario Efectivo” en 2000 International Bureau of Fiscal Documentation. Bulletin Julio 2000

5 “Participaciones o acciones en poder de un apoderado cuando el beneficiario efectivo surge del certificado de acciones o de otra forma”. Cabe señalar que la mayoría de los textos citados en el presente trabajo han sido redactados originalmente en inglés. Dichos textos han sido traducidos a idioma español por las autoras, no constituyendo traducciones oficiales. En virtud de ello, se recomienda consultar las fuentes originales.

del Civil Law, reconoce la expresión en estudio, cuando el concepto fue introducido en dicho documento, la intención que probablemente tuvieron las partes intervinientes fue de asignarle al término idéntico significado a aquel que el mismo tenía a nivel de sus leyes domésticas.

Si bien conocer aquel significado no resulta determinante en cuanto a la definición que de la expresión se tenga hoy, no deja de constituir un antecedente a la hora de intentar determinar su alcance, máxime cuando a la fecha se carece de una definición internacional<sup>6</sup>.

Pues bien, el derecho anglosajón estaba conformado originalmente por dos grandes ramas: el Common Law y Equity. El Common Law encuentra su origen en los tribunales reales, que buscaban dentro de las costumbres locales aspectos comunes para crear en base a ellos un derecho unificado. De esta forma, se convertían en derecho común aplicable a todo el reino las costumbres comunes del lugar. El Equity surge posteriormente como una forma alternativa de obtener justicia ante el rey frente a situaciones que el Common Law, por su formalidad y rigidez era incapaz de resolver. Se trataba de un tribunal que conocía en los casos no contemplados por el Common Law pero que gozaba de mayor flexibilidad y discrecionalidad para llegar a una decisión, pudiendo considerar las circunstancias especiales del caso y, sobre todo, la intención de las partes más que las formas. Con el paso del tiempo ambos sistemas terminaron por fusionarse.

Ahora bien, si bien la expresión beneficiario efectivo es reconocida desde larga data en las leyes domésticas de los países del Common Law, especiales razones imponen, como punto de partida, comenzar el estudio indagando cual ha sido el significado que se le ha asignado al término en el ordenamiento jurídico interno del Reino Unido.

En primer lugar, porque en este país, y desde hace mucho tiempo, la expresión se encuentra sólidamente incorporada en su legislación interna.<sup>7</sup>

En segundo lugar, porque, previo a su incorporación al Modelo de Convenio OCDE, el término ya había sido incorporado en varios tratados en los cuales el Reino Unido había sido parte.

En última instancia, y tal vez sea ésta la razón más importante, porque el Reino Unido contaba con un representante en el grupo de trabajo de la OCDE en la oportunidad en que el término fue incorporado por primera vez en el reporte del año 1972. Siendo en aquel momento el único estado que reconocía el término beneficiario efectivo en su legislación interna, difícil resulta pensar que el significado que se le pretendió asignar no se encontrara fuertemente influenciado por aquel que dicho término ya tenía en la legislación interna del Reino Unido.

Como fuera indicado, el Reino Unido adopta el sistema jurídico del Common law, reconociendo como definición de beneficiario efectivo la dada por dicho sistema. El tér-

---

6

7 CHARL P., du Toit: "Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties".

mino beneficiario efectivo se origina dentro del Common law en lo que específicamente se llamó “Cestui que Trust” inglés, término que se utilizaba para referirse a la persona que en última instancia disfrutaba de los beneficios de un bien, en oposición al concepto de “propiedad legal”, la cual podía encontrarse en manos de otra persona por tener un carácter puramente nominal. Beneficiario efectivo suponía entonces, una distinción entre el derecho legal a la cosa y el derecho al beneficio económico de la misma, lo que implicaba la posibilidad de que propiedad legal y propiedad efectiva recayeran al mismo tiempo sobre diferentes personas.

Cabe señalar que el concepto se originó particularmente dentro del sistema Equity, que por su flexibilidad y versatilidad, en contraposición a la rigidez de Common Law tuvo la posibilidad de ir más allá las formas y observar donde estaba el verdadero propietario.

Ahora bien, considerar que potencialmente este fue su origen, no conlleva necesariamente a sostener que su significado internacional sea idéntico a aquel que se le ha dado en los países de donde proviene, máxime cuando probablemente ni siquiera en aquellos tenga idéntico significado.

Asimismo, y en cualquiera de los casos, el alcance del concepto ha evolucionado desde que tuvo lugar su incorporación en el Modelo de Convenio OCDE desde 1977 a la fecha.

## **5.2. Evolución del concepto a nivel internacional en los Modelos de Convenio OCDE y ONU**

### **5.2.1. Modelos de Convenio OCDE**

La referencia al término “beneficiario efectivo” se introdujo por primera vez en el reporte del año 1972<sup>8</sup>, en ocasión de efectuarse la revisión de algunos de los artículos del Modelo de Convenio OCDE de 1963.

Recogiendo las recomendaciones efectuadas en dicho reporte, el Modelo de Convenio OCDE de 1977 introduce el concepto en los artículos 10, 11 y 12, referentes a dividendos, intereses y regalías, respectivamente.

Como primera aproximación, podríamos afirmar que el término beneficiario efectivo se introduce al modelo como condición subjetiva requerida para que los residentes de un estado parte puedan beneficiarse de tasas reducidas de imposición en relación a rentas obtenidas en el estado fuente y que, por tanto, la potestad tributaria de este último se vea limitada.

No obstante, la expresión no solo no fue definida expresamente sino que además existe muy poca información documental que permita determinar cuál fue la razón que condujo a su incorporación al Modelo, a lo cual cabe adicionar que ninguna reserva u observación fue realizada por los países miembros de la OCDE en dicha oportunidad.

<sup>8</sup> OECD Report entitled “Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention”, publicado en abril de 1972 en Anexo del Modelo de Convenio OCDE.

Sin perjuicio ello, señala DU TOIT que documentación oficial de la OCDE a la que se ha tenido acceso en los últimos tiempos resulta particularmente reveladora en cuanto a la intención de, al menos, algunos de los países que formaron parte del grupo de trabajo a partir del cual se incorporó el concepto.

En efecto, en archivo de fecha 9 de mayo de 1967, bajo el título “Artículo 10: *Dividendos*” el Reino Unido estableció: “*In our view the relief provided for under these Articles ought to apply only if the beneficial owner of the income in question is resident in the other contracting State, for otherwise the Articles are open to abuse by taxpayers who are resident in third countries and who could, for instance, put their income into the hands of bare nominees who are resident in the other contracting State. You will no doubt have noticed that our recent protocols with the United States and with Switzerland we have introduced this test of beneficial ownership which clearly reflects what was intended by the Committee when the Model Convention was prepared*”<sup>9</sup> 10.

Las sucesivas modificaciones introducidas a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE demuestran que si bien la cláusula que refiere a beneficiario efectivo ha permanecido inalterada desde que tuvo lugar su incorporación en el año 1977, la interpretación del término ha sufrido modificaciones.

Como se verá seguidamente, los referidos comentarios no introducen una definición positiva de la expresión beneficiario efectivo, sino más bien brindan una serie de pautas para su interpretación a partir de las cuales podría inferirse su significado. No obstante, estas pautas se han ido modificando o complementando.

Con la incorporación del término en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE de 1977, se introduce la noción de “beneficiario”, lo cual supone concepto con connotaciones económicas, diferenciándose nítidamente de conceptos tales como “agente”, “mandatario”, los que en esencia son ajenos a los beneficios económicos que podría reportar el negocio jurídico de que se trate, en el caso, la renta pasiva originada.

Así por ejemplo, los Comentarios al artículo 11 (2) del Modelo de Convenio disponían lo siguiente:

*“Bajo el segundo párrafo, la limitación al Estado de la Fuente no será aplicable cuando sea interpuesto un intermediario, tal como un agente o mandatario, entre el beneficiario y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante. Los Estados que deseen hacer esto más explícito son libres de hacerlo durante las negociaciones bilaterales”.*

Como puede observarse, el Modelo de Convenio OCDE no utiliza el término “propietario” u otros que pudieran tener una connotación legal similar, tales como, “accionista”, “prestamista”, “tenedor”, etc., lo que estaría indicando que ha querido diferenciarse de

9 “En nuestro punto de vista, la reducción prevista por estos artículos sólo debería aplicar si el beneficiario efectivo de la renta en cuestión es residente del otro estado contratante, pues de otra manera los artículos estarían abiertos al abuso de contribuyentes, residentes en terceros estados, quienes podrían por ejemplo, poner sus rentas en manos de apoderados residentes en el otro estado contratante. Sin duda habrán notado que nuestros recientes protocolos con Estados Unidos y Suiza introducen el test del beneficiario efectivo que refleja claramente cuál fue la intención del Comité cuando el Modelo de Convenio fue preparado”.

Cabe señalar que la mayoría de los textos citados en el presente trabajo han sido redactados originalmente en inglés. Dichos textos han sido traducidos al idioma español por las autoras no constituyendo traducciones oficiales. Por tanto se recomienda recomendar las fuentes originales.

10 DU TOIT, Charl: “The Evolution of the Term “Beneficial Ownership” in Relation to International Taxation over the Past 45 Years” Bulletin for International Taxation, octubre 2010.

estos conceptos. En ese sentido, puede afirmarse que se introduce una noción de corte más bien económico o sustancial, al referirse a alguien que, siendo o no el propietario formal de la renta en cuestión, logra beneficiarse efectivamente de la misma.

Conforme lo antes referido, los comentarios efectuaban una interpretación relativamente estricta del concepto “beneficiario efectivo”, como una fórmula que sólo podía ser aplicada cuando se interponía una persona que actuaba por cuenta de otra, estando el receptor del dividendo, interés o regalía obligado jurídicamente a transferir las sumas percibidas por tal concepto.

En el año 1986, la OCDE publica un segundo reporte titulado Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales<sup>11</sup> a través del cual expresa su preocupación con relación al uso indebido de los tratados por las denominadas “sociedades instrumentales”<sup>12</sup>. En dicha oportunidad, las mismas fueron definidas de la siguiente manera:

*“Aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del Tratado, lo que significa que los activos y derechos que generan los dividendos, intereses y regalías han sido transferidos a ésta para beneficiarse del mismo”.*

En el referido reporte se expresa que la cláusula “beneficiario efectivo” no debiera limitarse a situaciones en las cuales estrictamente se interpone un agente o mandatario sino que debería tener un alcance más amplio, abarcando situaciones en las cuales el intermediario, a pesar de ser el propietario formal del activo generador de la renta en cuestión, tiene poderes muy limitados que lo convierten en un mero fiduciario o administrador.

Así, el reporte de 1986 expresa:

*“Por tanto, la limitación no es aplicable cuando, económicamente, beneficiaría a una persona que no tiene derecho a ello, quien interpuso la sociedad instrumental como un intermediario entre ella y el pagador de la renta. Los comentarios mencionan el caso del mandatario o agente. La cláusula sin embargo aplicaría también a otros casos en los que una persona acuerda o asume obligaciones bajo las cuales tiene una función similar a las de un mandatario o agente. Por tanto, una sociedad instrumental normalmente no puede ser considerada como el beneficiario efectivo si, a pesar de ser el propietario formal de ciertos activos, tiene poderes muy restringidos que la convierten en un mero fiduciario o administrador actuando a cuenta de las partes interesadas (probablemente, el accionista de la sociedad instrumental). En la práctica sin embargo, usualmente será difícil para el Estado de la Fuente demostrar que la sociedad instrumental no es el beneficiario efectivo. El hecho de que su principal función sea la tenencia de activos o derechos, no es en sí mismo suficiente para categorizarla como una mera intermediaria, aunque esto podría indicar que un análisis adicional es necesario”.*

Tales conclusiones fueron tomadas en cuenta en los sucesivos comentarios al Modelo de Convenio OCDE. Así, por ejemplo la versión 2010 de los mismos<sup>13</sup> dispone:

11 OCDE: “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, adoptado por el Consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986, en OECD, e-library.

12 OCDE: ob. cit, página 2.

13 Traducción al español del “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”, versión abreviada,

*“12. La condición de beneficiario efectivo se incorporó en el apartado 2 del artículo 10 para explicar el significado de las palabras “pagados... a un residente” tal como se utilizan en el apartado 1 de dicho artículo. El término establece que el Estado de la Fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto sobre unos dividendos por el mero hecho de que dichos ingresos hayan pasado inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la Fuente ha suscrito un convenio. El concepto “beneficiario efectivo” no es utilizado en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal.”*

*“12.1 Si un elemento de renta es percibido por un residente de un Estado Contratante que actúa en su calidad de agente o mandatario, sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o exoneración fiscal basándose exclusivamente en la condición del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias, el receptor inmediato de la renta merece la consideración de residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como el propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o una exoneración de impuestos a un residente de un Estado Contratante que, sin tener la calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como un intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el reporte del Comité de Asuntos Fiscales titulado: “Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales” concluye que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario formal, tiene –en la práctica- poderes tan restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.”*

*ser el propietario formal tienen –en la práctica- poderes tan restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas”.*

*Esto condujo a Baker a señalar que “...la esencia de este Comentario es para explicar que la limitación del beneficiario efectivo tiene el propósito de excluir: (i) meros mandatarios y agentes, quienes no son tratados como los propietarios de la renta en su país de residencia; y (ii) cualquier otro instrumento (conducto) que, aún siendo el propietario formal de la renta, tiene poderes muy limitados sobre la misma convirtiéndolo en un mero fiduciario o administrador, actuando en nombre de su propietario”<sup>14</sup>.*

Recientemente, la actualización de los comentarios al Modelo de convenio OCDE realizada en el año 2014<sup>15</sup> nuevamente y a fin de clarificar el concepto introduce ciertos lineamientos. Habida cuenta que las modificaciones incorporadas a los artículos 10, 11 y 12 son similares nos referiremos a las realizadas al primero de ellos.

Instituto de Estudios Fiscales, OCDE Julio 2010.

14 BAKER, P.: “Comentarios al MCOCDE, párrafos 10.b y 10.4.

15 2014 Update to the OECD Model Tax Convention y Model Tax Convention on Income and on Capital, consultables en <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>

La actualización del párrafo 12.1 de los comentarios al Modelo de convenio OCDE señala que el término beneficiario efectivo fue introducido para solucionar potenciales dificultades que podía generar el uso de las palabras “pagadas ... a un residente” referidas en el párrafo 1. Se manifiesta que lo pretendido fue que dicho término fuera interpretado en este contexto y no relacionado al significado técnico que hubiera podido tener bajo las leyes domésticas de algún estado específico (de hecho, cuando el concepto fue agregado al párrafo el término no tenía un significado preciso en el ordenamiento jurídico interno de muchos países). Asimismo se aclara que el término no debe ser usado en un sentido técnico estricto tal como el que tiene bajo las leyes de trust de la mayoría de los países del common law, aclarándose que debe ser entendido en este contexto particularmente relacionado a la expresión “pagadas ... a un residente”.

Si bien los nuevos comentarios al Modelo OCDE señalan a texto expreso que el significado técnico del concepto beneficiario efectivo no se encuentra relacionado al concepto dado por las leyes domésticas de algún estado en particular, no parecería procedente - por las razones establecidas en el capítulo 5 de este trabajo- descartar en forma preliminar como antecedente el significado que dicho concepto tuvo en los países del Common law.

Asimismo, se incorporan los párrafos 12.4, 12.5 y 12.6. En el párrafo 12.4 se señala que en los casos de agente, sociedad conducto, el receptor directo del dividendo no es el beneficiario efectivo porque su derecho al uso y goce de los mismos se encuentra constreñido por una obligación legal o contractual de traspasar el pago recibido a un tercero. Esta obligación normalmente se encuentra documentada, no obstante podría surgir de hechos o circunstancias que permitan constatar que en sustancia el receptor del dividendo claramente no tiene el derecho al uso y goce de los mismos. Se aclara por otra parte que cuando el receptor del dividendo tenga el derecho referido y no es encontrado constreñido por una obligación legal o contractual de traspasar ese pago a un tercero, el receptor es el beneficiario efectivo de los dividendos. Se agrega que debe tomarse en consideración que el artículo 10 refiere al beneficiario efectivo del dividendo, esto es, de la renta en oposición al propietario de las acciones, calidades que pueden recaer en diferentes personas.

Según resulta de la evolución de los comentarios al Modelo de convenio OCDE, en sus orígenes el alcance del concepto beneficiario se relacionaba con la interposición de una persona o entidad que si bien formalmente figuraba como titular de los rendimientos, en los hechos no detentaba tal calidad. Por tal motivo se entendía que los agentes mandatarios y sociedades conducto no podrían ser considerados beneficiario efectivo. Actualmente, los nuevos comentarios al Modelo de convenio OCDE señalan que no detentaría la calidad de beneficiario efectivo aquella persona que figurando como titular de los rendimientos no ostentara el derecho de uso y goce de los mismos por encontrarse limitado traspasar la renta a un tercero, ya sea por una obligación legal o contractual o cuando ello surja de los propios hechos y circunstancias. En definitiva el estudio no se centraría ya en la calidad del sujeto involucrado sino en el alcance de los derechos que se tengan sobre dicha renta. Asimismo, los nuevos comentarios al Modelo de convenio OCDE en el párrafo 12.5 establecen que el hecho de que el receptor del dividendo sea

considerado el beneficiario efectivo del mismo no significa, sin embargo, que la reducción impositiva deba ser automáticamente concedida. En efecto, se indica que la misma no debería ser concedida tampoco en caso de abuso de esta previsión. En este sentido se señala que, tal como surge de la sección “Uso inapropiado de los Convenios”, existen varias formas de direccionar a las sociedades conducto y, más generalmente, a las situaciones de treaty shopping. A tales efectos, los convenios incluyen, entre otras, cláusulas anti abuso, de sustancia sobre forma y de sustancia económica<sup>16</sup>.

En última instancia, el párrafo 12.6 señala que el significado de beneficiario efectivo en el contexto de este artículo, debe ser distinguido del que ha sido dado en el contexto de otros instrumentos que refieren a la determinación de personas físicas que ejercitan el control último sobre las sociedades o activos. Ello por cuanto, dicho significado no puede ser conciliado con la expresión del párrafo 2 del artículo 10 que refiere también a la situación en que una sociedad es beneficiaria efectiva de un dividendo. En el contexto del artículo 10 el término beneficiario efectivo es entendido a efectos de solucionar dificultades surgidas por el uso de las palabras “pagadas a” en relación a los dividendos, más que dificultades relacionadas con el propietario de las acciones de la sociedad que los paga.

### 5.2.2 Modelo de Convenio ONU

En lo que refiere al concepto beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio ONU, los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 se remiten a lo referido por los Comentarios al Modelo de Convenio OCDE, no existiendo diferencias sustanciales en este sentido<sup>17</sup>. Cabe precisar que si bien en la traducción al español del primero se utiliza la expresión “propietario beneficiario”, ello parecería responder a una traducción literal de la expresión en inglés: “beneficial owner”.

En definitiva y tal como resulta de lo antes expuesto, la expresión beneficiario efectivo parece ser un concepto clave a la hora de determinar la potestad tributaria de un estado frente al pago de ciertas rentas.

Sin embargo, si bien se incluye en prácticamente todos los convenios para evitar la doble imposición celebrados en la actualidad, paradójicamente no ha sido definido en los mismos, ni en los modelos ONU y OCDE, siendo su significado aún motivo de debate.

16 En definitiva, podría existir abuso de convenio aún cuando se reconozca la calidad de beneficiario efectivo del receptor de la renta. A modo de ejemplo podríamos considerar una sociedad extranjera que es accionista de otra y como tal recibe dividendos. En atención a los beneficios impositivos otorgados por el convenio para evitar la doble imposición existente entre el estado A y el estado de la sociedad pagadora de la renta (reducción fiscal en la fuente atendiendo a la calidad de beneficiario efectivo del receptor de la renta), dicha sociedad resuelve redomiciliarse en Uruguay para obtener la calidad de residente y así beneficiarse de dicho convenio. Obtenido los dividendos resuelve redomiciliarse en el estado B habida cuenta de la reciente entrada en vigencia de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dicho estado y el estado de la sociedad pagadora de la renta con reducción fiscal más beneficiosa. En el caso si bien resulta indiscutible la calidad de beneficiario efectivo de la sociedad receptora de los dividendos consideramos que la misma no tendría derecho a beneficiarse de las reducciones impositivas previstas en los convenio por la existencia de abuso de los mismos

17 ONU: “Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo”, Revisión de 2011.

### 5.3 Interpretación

Conforme lo referido en el capítulo que antecede, no estando definido el concepto bajo análisis, deviene necesario interpretar su alcance acudiéndose para ello a las reglas y principios generales en materia de interpretación de los CDI. A tales efectos procederemos a reseñar tales reglas hermenéuticas sin pretender con ello abordar el tema con la profundidad que el mismo se merece por cuanto ello excede el objeto del presente trabajo. Primeramente diremos que se identifican en este sentido las siguientes normas:

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de Mayo de 1969, ratificada por Ley N° 16.173, de 30 de marzo de 1991 (en adelante, Convención de Viena), y
- artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE.

La Convención de Viena, estableció ciertas pautas generales a fin de uniformizar la interpretación de los tratados internacionales. Cabe precisar que dado que dicha convención no ha sido ratificada por la totalidad de los países, se plantea la cuestión de qué sucede cuando uno, ambos o todos los estados firmantes de un tratado no la hubieran ratificado. En tal caso, se ha entendido en forma mayoritaria, que las reglas de interpretación allí contenidas serían aplicables aún cuando ninguno de los estados firmantes la hubiera ratificado. Ello por cuanto, tal como señalan Brian ARNOLD y Michael MCINTYRE, citados por Guzmán RAMÍREZ<sup>18</sup>, la referida convención plasma ciertas reglas admitidas por la costumbre internacional con la finalidad de uniformizar la interpretación de los tratados internacionales.

Por su parte, el Modelo de Convenio OCDE contiene en lo dispuesto por el artículo 3.2 una regla específica de interpretación. Parte de la doctrina<sup>19</sup> entiende que esta regla en tanto "*lex specialis*", debe primar sobre los métodos previstos en la Convención de Viena, en tanto norma general.

#### 5.3.1 Convención de Viena

La Convención de Viena, en su Sección Tercera denominada "Interpretación de los Tratados", establece las pautas interpretativas que deberán utilizarse al momento de abordar la interpretación de un tratado<sup>20</sup>.

18 RAMÍREZ, Guzmán Revista Tributaria N° 234, Mayo-Junio, Año 2013, p. 459.

19 Entre ellos: ENGELLEN, F. Interpretation of Tax Treaties under International Law, IBDF, Doctoral Series 7, Amsterdam 2004, p. 477; KANDEV M., Tax Treaty Interpretation: Determining Domestic Meaning Under Article 3 (2) of the OECD Model, Canadian Tax Journal, Vol.55 N° 1, 2007, p. 71

20 El artículo 31 bajo el acápite "*Regla general de interpretación*", establece: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

Del análisis de lo dispuesto por el artículo 31, se desprende que los tratados deberán ser interpretados de buena fe, de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

### 5.3.2. Regla general de interpretación

#### 5.3.2.1 Principio de buena fe

El principio de buena fe ha sido entendido como una máxima que debe regir el actuar de todo hombre de derecho, se encuentre o no consagrado a texto expreso.

En efecto, el artículo 26 de la Convención de Viena establece que: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. En el mismo sentido, la referida convención establece que los tratados deben ser interpretados de acuerdo al referido principio.

Si bien no ha sido definido en forma expresa qué se entiende por buena fe, de la norma resultaría que ésta supone respetar las previsiones del tratado, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Interpretar los tratados de buena fe supone preferir la interpretación que mejor se adecúe al cumplimiento de las obligaciones emergentes de los mismos así como cumplir con el contenido de aquellos de acuerdo con una exigencia de equilibrio de intereses entre los firmantes. Es decir que habría que interpretar la norma buscando que el tratado surta los efectos que buscaron las partes, sin llegar al caso de que una de las partes obtuviera un provecho indebido a instancias de la otra.

#### 5.3.2.2 Sentido corriente de los términos

En cuanto al sentido corriente de los términos, este requisito, indica que los tratados deben ser interpretados como parte de un todo, de manera tal que no se llegue a resultados absurdos o que se torne inaplicable la norma interpretada. En este sentido, expresa

c) *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.*

Por su parte, el artículo 32 titulado *“Medios de interpretación complementarios”*, dispone: *“Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*

b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.*

Finalmente, el artículo 33 denominado *“Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas”*, señala: *“1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.*

2. *Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.*

3. *Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.*

4. *Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.*

DU TOIT que “...no es necesariamente el significado de uso diario. El significado ordinario es el significado al que se arriba después de tomar en cuenta el contexto, objeto y propósito. Por ejemplo, respecto de aquellos términos que han adquirido un significado internacional, tal significado debe ser reconocido como el significado ordinario”.<sup>21</sup>

### 5.3.2.3 Contexto

En lo que tiene relación con el contexto, la interpretación de un tratado de acuerdo al mismo se encuentra previsto tanto en la Convención de Viena como en el Modelo de Convenio OCDE, habiendo sido tal término definido únicamente por la primera.

Cabe puntualizar que se hace una breve mención del mismo, por cuanto oportunamente será abordado con mayor profundidad.

### 5.3.2.4 Objeto y fin

En otro orden, en cuanto al objeto y fin la Convención de Viena establece que los tratados deberán interpretarse “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

A modo de ejemplo, en el caso de los convenios para evitar la doble imposición el objeto y fin principal sería evitar la doble imposición o la doble no imposición, debiendo por tanto la interpretación orientarse primordialmente en este sentido. Ello sin perjuicio de otro tipo de previsiones que de ser expresamente pactadas también deberán ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la disposición de que se trate.

### 5.3.3 Medios complementarios de interpretación

En lo que tiene relación con lo dispuesto por el artículo 32, el mismo prevé la posibilidad de acudir a medios complementarios de interpretación. Entre ellos, incluye “a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración” en dos hipótesis, o bien “*para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31*”, o en su defecto “*para determinar el sentido*” cuando de la interpretación del artículo 31 resulte una interpretación ambigua, un sentido oscuro, o que el resultado al que se hubiera llegado fuera manifiestamente absurdo o irrazonable. En definitiva, y según surge de lo expuesto, la Convención de Viena propugnaría una interpretación textual del tratado a interpretar.

### 5.4 Artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE

Por su parte, el art. 3.2 del Modelo de Convenio OCDE<sup>22</sup> establece una regla específica de interpretación<sup>23</sup>. La interpretación de esta norma resulta muy controvertida por la remisión que efectúa a la legislación doméstica de los estados. Si bien en forma casi

21 DU TOIT, Charles: ob. cit. p. 194.

22 Se transcribe la cláusula de interpretación establecida en el MCOCDE, versión 2010, en español, por ser similar a las establecidas en los CDI celebrados por Uruguay.

23 “*Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado*”.

unánime se entiende que dicho reenvío opera en forma supletoria esto es, “cuando del contexto no pueda inferirse una interpretación diferente”, cierto sector doctrinario ha sostenido que eso dependerá de cómo sea interpretada la referida expresión<sup>24</sup>.

En efecto, véase que es posible interpretar la norma en dos sentidos: que el término o expresión no definido tendrá “(...) el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”, siempre y cuando no sea contraria al contexto, pudiéndose en caso contrario aplicar una interpretación distinta; o, que el término o expresión no definido por el tratado tendrá el significado que se infiera del contexto, acudiéndose a la legislación interna toda vez que del mismo no pueda inferirse<sup>25</sup>.

La doctrina mayoritaria recomienda evitar la remisión a la legislación interna de los estados, en el entendido de que el significado internacional y autónomo del concepto en estudio debe inferirse del contexto<sup>26</sup>.

Nos afiliamos a la postura casi unánime que sostiene que el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE efectúa un reenvío de carácter supletorio, debiéndose acudir a efectos de determinar el alcance de la norma en primer lugar al contexto y supletoriamente a la legislación interna. A dicha conclusión arribamos no sólo por considerar que la misma se desprende de la redacción del texto, sino también por cuanto entendemos que en todos los casos debería tratar de buscarse un significado internacional del término a interpretar a los efectos de lograr una interpretación armónica de los términos establecidos en los convenios para evitar la doble imposición.

Ahora bien, de corresponder efectuar la remisión al derecho interno, cabe determinar a qué derecho deberá hacerse la misma, si al derecho interno vigente al momento de celebrar el tratado o al derecho interno vigente al momento de efectuar la interpretación del concepto en cuestión, y más aún, si la remisión es a todo el derecho interno, en forma genérica, o sólo a una parte del mismo.

En primer lugar, de entenderse que el artículo 3. 2 del Modelo de Convenio OCDE efectúa un envío dinámico, y que la remisión prevista es al derecho interno vigente al momento de interpretar el término o expresión de que se trate (interpretación dinámica), se evitaría la posible aplicación de textos derogados o que hayan caído en desuso.

No obstante, parte de la doctrina se ha manifestado contraria a la procedencia de la

24 Sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en: <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org=an&comunidad=13>; VEGA BORREGO, Félix Alberto, Revista Electrónica, Año 2, Número 10, 2008.

25 Ver cita anterior

26 En este sentido, du TOIT afirma: “El rol y la prioridad a ser dada al artículo 3.2 en la interpretación de los tratados es un punto que no está claro (...) Hay un fuerte apoyo para sostener que los términos que caen en la categoría de lenguaje fiscal internacional, deben ser interpretados de acuerdo al contexto del tratado y no haciendo referencia a la ley doméstica” en: DU TOIT: ob. cit. 172 y 173.

Por su parte, Carlos LOAIZA señala que: “La regla, referida exclusivamente al fenómeno de la interpretación, y nunca al de la calificación, implica un reenvío al derecho interno cuando una determinada expresión no se encuentra definida en el tratado, siempre que “el contexto” no imponga una interpretación diferente”, en LOAIZA, Carlos: “La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición” en Revista Tributaria Tomo XXXVII, Número 216, mayo-junio 2010, p. 424.

interpretación dinámica rechazando la posibilidad de la interpretación de un CDI de acuerdo con normas de la legislación doméstica de uno de los países que no existía al momento de concluir el tratado, en tanto podría configurar un caso de *treaty overriding*<sup>27</sup>.

En relación a este punto, señala LOAIZA, en posición que compartimos, que no debe confundirse el fenómeno de modificación unilateral de un tratado (hipótesis de *treaty overriding*), con la alteración del significado de ciertas expresiones, operada por simple aplicación de una cláusula del CDI que reenvía al derecho interno sin condicionar dicho reenvío temporalmente<sup>28</sup>.

En segundo lugar, la otra cuestión a considerar es a qué norma del derecho interno deberá efectuarse el reenvío. Conforme lo previsto por los comentarios al artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE -comentarios 13.1- el significado de los términos o expresiones no definidas en el convenio podrá determinarse en función de las normas del derecho interno de un estado contratante, se trate de legislación tributaria o no. No obstante, cuando el término o expresión se defina de forma diferente por las distintas ramas jurídicas de dicho ordenamiento el sentido que le atribuya la legislación relativa a los impuestos objeto del convenio prevalecerá sobre cualquier otra, incluyendo las que provengan de otras leyes fiscales.

Sin perjuicio, parte de la doctrina ha entendido que por evidentes razones de especialidad, la remisión debería prevalecer el reenvío a las normas fiscales, y sólo cuando de las mismas no resulte el significado, podrá acudir al resto de las normas.<sup>29</sup>

### 5.5 ¿Es posible armonizar ambas reglas de interpretación?

Por una parte, encontramos quienes entienden que la norma contenida en el artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE es una norma específica, y que por tanto debe prevalecer sobre la norma genérica de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena<sup>30</sup>.

Por otra parte, encontramos quienes sostienen la posibilidad de una aplicación conjunta y armónica de ambos instrumentos, debiéndose en primer lugar interpretar los términos contenidos en los tratados que no han sido definidos conforme a su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin<sup>31</sup>, recurriendo al reenvío al derecho interno dispuesto por el artículo 3.2 exclusivamente como método subsidiario y excepcional de última ratio. Nos afiliamos a esta última postura por compartir el entendido de que ambas reglas

27 Cabe señalar que no se profundizará en el alcance del término *overriding* en virtud de que el mismo excede el alcance del presente trabajo

28 LOAIZA, ob. Cit. Pág. 425

29 En este sentido, Carlos LOAIZA, entiende que “el reenvío de la norma refiere solamente a la legislación relativa a los impuestos objeto del CDI bajo análisis, es decir, a una parte de la legislación fiscal de los Estados involucrados, no siendo en ningún caso una general *renvoi clause*”. Sostiene asimismo, que la remisión debe entenderse efectuada al derecho vigente a la fecha en que el convenio para evitar la doble imposición se aplica, y comprende además, los propios convenios para evitar la doble imposición celebrados por los estados, en LOAIZA, ob. Cit. 424 y 425. Ver asimismo, VOGEL, K: “On double taxation conventions”, página 213.

30 ENGELEN, F., ob. Cit. , p. 477.

31 VOGEL, On Double Taxation Conventions, Kluwer International, Third Edition, 1997, p. 561; ELLIFE, C, The Interpretation and Meaning of “Beneficial Owner” in New Zealand, 2009, British Tax Review, 276-305, p. 17.

de interpretación son armonizables.

### 5.5.1 Alcance del término “contexto” a la luz de ambas reglas de interpretación

Aplicando en forma conjunta ambos instrumentos, podemos extraer ciertas reglas de interpretación.

En primer lugar, de tratarse de un concepto definido en el propio tratado, debería aplicarse la definición establecida sin más. Esta primer regla resulta consagrada en ambos textos como punto de partida, por lo cual al respecto no existen discrepancias.

De tratarse de un concepto no definido en el propio tratado y según lo previsto por ambas reglas de interpretación, el concepto a interpretar deberá inferirse de su “contexto”.

De esta forma, corresponde analizar qué se entiende por contexto, tanto en la Convención de Viena como en lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, así como si el alcance del mismo ha sido definido en forma similar en ambos textos.

Según lo dispuesto por el artículo 31.2 de la Convención de Viena<sup>32</sup>, el contexto comprendería el tratado en su totalidad, incluyendo su preámbulo y anexos, pero también todos los acuerdos que hayan sido concertados por las partes, así como todo instrumento relativo al mismo.

Por su parte, el Modelo de Convenio OCDE no delimita el alcance del contexto habiéndosele asignado por parte de la doctrina en general un alcance más amplio al delimitado por aquella<sup>33</sup>.

De lo analizado puede inferirse que si bien la Convención de Viena define que se entiende por contexto y el Modelo de Convenio OCDE no lo hace, este último resulta ser más amplio, comprendiendo la definición “contexto” prevista por la Convención de Viena.

### 5.5.2 Contexto y comentarios al Modelo de Convenio OCDE

En este punto, y habida cuenta que el concepto beneficiario efectivo ha sido considerado por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, entendemos conveniente considerar si los mismos pueden entenderse comprendidos dentro del alcance del contexto previsto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE.

Los comentarios al Modelo de Convenio OCDE representan la interpretación oficial de dicha institución respecto de las normas contenidas en el mismo. Si bien en general no forman parte de los anexos a los convenios para evitar la doble imposición, tienen

32 Según esta norma, el contexto comprende “el texto, incluidos su preámbulo y anexos”, y además: “a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado”, lo que la doctrina ha denominado “contexto interno”.

33 En este sentido, se ha afirmado por Carlos LOAIZA, que: “En tal caso, el sentido del contexto es aún más amplio que el recogido en la Convención de Viena (“contexto interno”), incluyendo toda manifestación de la intención de las partes contratantes al suscribir el tratado, esto es, siguiendo los propios Comentarios, una “referencia implícita al principio de la reciprocidad en que las Convenciones se basan” LOAIZA, Carlos: ob. cit., p. 424.

particular importancia en tanto pretenden echar luz a la hora de interpretar sus disposiciones.

Sin perjuicio que la referida organización reconoce a los comentarios el valor de directrices o recomendaciones (carentes de efecto vinculante en tanto tales), al mismo tiempo los autoprocama como una interpretación válida del Modelo de Convenio OCDE, anhelando que los mismos sean utilizados al momento de interpretar las disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición celebrados.

En cuanto al valor que cabría asignarle a los comentarios, la doctrina se ha manifestado en forma disímil. En algunos casos se los ha considerado como “trabajos preparatorios” factibles de ser utilizados como medios complementarios de interpretación (artículo 32 de la Convención de Viena)<sup>34</sup> mientras que otros autores entienden que podría considerárseles como acuerdo o práctica ulterior<sup>35</sup>.

En relación al punto tratado, a nuestro juicio los comentarios al Modelo de Convenio OCDE no tendrían efecto vinculante por tratarse de meras recomendaciones más aún en el caso de países no miembros de la OCDE que no intervinieron en su redacción como nuestro país. Sin perjuicio de ello, sí entendemos que los mismos deberían suponer al menos un indicio de la intención de los estados contratantes en aquellos casos en que los convenios reproduzcan textualmente sus formulaciones.

## 5.6 Alcance del concepto

Atento al análisis efectuado en el capítulo anterior y de acuerdo a lo dispuesto por la normativa aplicable, entendemos necesario determinar si para establecer el alcance del concepto beneficiario efectivo debemos atender a un significado internacional o en su defecto, remitirnos al derecho interno.

### 5.6.1 Existencia de un posible significado internacional del concepto beneficiario efectivo a la luz del “contexto” en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE

Conforme lo señalado en el capítulo 6, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, previo a remitirnos al derecho interno habrá de descartarse que del contexto surja una interpretación del mismo.

En tal sentido, entendemos que sería conveniente que la delimitación de su alcance pudiera inferirse del contexto, entendido éste en forma amplia, a la luz del objeto y propósito de los mismos. En relación a ello, expresa VOGEL, que el mayor problema de remitirnos a la legislación interna de cada Estado, es que el concepto beneficiario efectivo no ha sido definido por casi ningún ordenamiento jurídico, por lo que “*el término debe, por lo tanto, ser interpretado en referencia al contexto del tratado, y particularmente de acuerdo con el propósito perseguido por la norma*”<sup>36</sup>.

34 RAMÍREZ, Guzmán: ob. Cit. P. 470 y 471.

35 BLANCO, Andrés, Revista Tributaria T. XL, N° 235, Julio-Agosto 2013, p. 661-663.

36 VOGEL, ob. Cit., p. 562.

Así lo ha sostenido prestigiosa doctrina, señalando que lo deseable sería contar con un significado fiscal internacional del término, en pos de una interpretación armónica de los convenios para evitar la doble imposición, de manera tal de lograr que un determinado significado sea interpretado de la misma manera en todos los países.

En este sentido, señalan FRASCHINI y BALIÑO: “...la efectiva aplicación de un CDI supone una interpretación armónica por parte de los Estados de los términos recogidos en el mismo. De lo contrario, podrían verificarse supuestos de doble imposición o doble no imposición por conflictos de calificación, que es precisamente lo que los CDI pretenderían evitar. En teoría, un término debería ser interpretado igual tanto en Francia como en India...”<sup>3738</sup>

Atento a lo precedentemente señalado y teniéndose en cuenta la imprecisión del alcance del “contexto” establecido por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, a los efectos de determinar la existencia de un significado internacional del mismo, consideramos pertinente tener en cuenta lo analizado en el capítulo 5 en relación al origen y evolución del término, así como lo señalado por la doctrina, entendiendo conveniente comenzar analizando el propósito de su establecimiento.

#### 5.6.1.1 Propósito del establecimiento del concepto beneficiario efectivo

Según señala prestigiosa doctrina, el concepto beneficiario efectivo habría sido introducido para contrarrestar el uso indebido de los tratados por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse de los mismos, lo que lo ubicaría dentro de lo que comúnmente se denomina en materia de fiscalidad internacional como “*treaty shopping*”.<sup>3940</sup> Así, entre otros, VOGEL señala: “Esta restricción fue introducida en el MCOCDE de 1977. Su propósito fue ayudar a prevenir la evasión fiscal. En definitiva, que personas que no tienen derecho a la protección de un tratado particular fueran impedidas de obtener sus beneficios con la ayuda de interpuestas personas.”<sup>41</sup>

En el mismo sentido, VEGA BORREGO afirma: “La cláusula del beneficiario efectivo se introdujo en el MCOCDE con la finalidad de impedir la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición a las conductas de *treaty shopping*. El objetivo de estas conductas es reducir

37 FRASCHINI, Ignacio y otra, ob cit., p.

38 Entre las razones expuestas por los autores se afirma que los ordenamientos nacionales no prevén una definición precisa de la expresión, que el concepto no es utilizado en los convenios de acuerdo a su estricto sentido técnico sino de acuerdo a los fines y propósitos del mismo y que debe propenderse a una interpretación armónica de los conceptos a efectos de evitar fricciones entre los Estados que lleven a obstaculizar la efectiva aplicación de los convenios.

39 Esta expresión ha sido definida por PISTONE como: “fenómeno en el cual un sujeto, para obtener un ahorro de impuesto, requiere los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación sustancial”, PISTONE, P.: “El abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Editorial Temis, 2003, vol. II, p.115. por su parte, VOGEL ha señalado que el mismo implica la realización de transacciones o el establecimiento de entidades en otros estados con el único objetivo de disfrutar los beneficios de las reglas de un tratado existente entre el estado involucrado y un tercer estado que de otromodo no habrían podido ser aplicadas en VOGEL, K: “On Double Taxation Convention”, p. 50.

40 Cabe señalar que sin perjuicio del propósito del establecimiento del concepto de beneficiario efectivo que analizaremos en este punto, los conceptos de abuso de tratados o *treatyshopping* y beneficiario efectivo no están necesariamente interrelacionados, pudiendo verificarse casos de *treatyshopping* sin que ello implique la inexistencia de la calidad de beneficiario efectivo. Véase en este sentido nota al pie N° 16

41 VOGEL: “On Double Taxation Convention”, p. 561.

*o eliminar la tributación en el Estado de la Fuente a través de un convenio que, en principio, no es aplicable*<sup>42</sup>.

Por su parte, BAKER al analizar los Comentarios al Modelo de Convenio de OCDE señala: *“El requisito de que el receptor de los dividendos sea el beneficiario efectivo (la versión francesa del Modelo utiliza la expresión “bénéficiaire effectif”, ambos idiomas oficiales de la OCDE) fue agregado cuando se revisó el texto del Modelo en 1977, y el mismo fue incorporado para prevenir el abuso bajo la forma de treaty shopping. Desafortunadamente, el significado de la frase aún permanece menos que claro”*.

De hecho, cuando la OCDE incluye en el alcance de la expresión “beneficiario efectivo” a la sociedad instrumental, en su reporte de 1986 la define como *“aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del tratado...”*. En igual sentido, los Comentarios al Modelo de Convenio OCDE de 2003 (actualmente vigentes en la versión 2010) señalan que el concepto *“debe interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal”*.

Entendemos que dicho propósito resulta al menos discutible, conforme fuera analizado anteriormente, la ausencia de beneficiario efectivo no implica necesariamente que haya habido abuso de convenio. Podría darse por ejemplo el caso de una persona física que para ocultar rendimientos ante sus eventuales herederos utilice la figura del fideicomiso con la finalidad de que sea éste quien formalmente reciba los rendimientos traspasándose los luego a sí mismo (beneficiario efectivo).

Se trata de un caso de ausencia de beneficiario efectivo en el que no hubo abuso de convenio en tanto la maniobra fue realizada con el fin de eludir las normas del derecho sucesorio y no con el propósito de abusar del convenio aplicable.

En este sentido, la doctrina ha cuestionado la necesidad de verificar cuál fue la efectiva intención de las partes con el fin de determinar si se está en presencia del beneficiario efectivo de la renta en cuestión. A modo de ejemplo, du TOIT afirma: *“Es importante hacer notar que a pesar de que la incorporación de la cláusula “beneficiario efectivo” tiene un propósito anti-abuso, no siempre logra contrarrestar la evasión. El motivo de ello es el hecho de que una indagación en las razones por las que fue hecha una transacción, no forma parte del test del “beneficiario efectivo”. Aún en el caso de que una persona haya sido interpuesta únicamente para hacer uso de los beneficios del tratado, tales beneficios no le pueden ser negados en razón del requerimiento de “beneficiario efectivo”, si la persona interpuesta mantiene la mayoría de los atributos de propiedad. Por lo que aunque la cláusula “beneficiario efectivo” previene el abuso de tratados en la mayoría de los casos, no es garantía de que siempre lo haga. Por otra parte, el test de “beneficiario efectivo” puede también impedir los beneficios del tratado en casos donde no se constante abuso del mismo”*.<sup>43</sup>

Adicionalmente consideramos que si hubiera sido relevante analizar la intención de las partes, así debería haber sido establecido expresamente en los convenios<sup>44</sup>.

42 VEGA BORREGO, Félix: “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Documento N° 8/05, Instituto de Estudios Fiscales, p. 5.

43 DU TOIT, Charl: ob. cit., p. 209.

44 En el caso de Uruguay podemos observar que sólo en alguno de los convenios para evitar la doble imposición se ha

De esta manera, podríamos afirmar que a los efectos de verificar la calidad de beneficiario efectivo de un sujeto determinado, en principio debería prescindirse de la intención que tuvieron las partes al momento de realizar la transacción involucrada.

Asimismo, entendemos pertinente analizar a continuación fallos jurisprudenciales emitidos en relación al concepto objeto de estudio así como algunas soluciones prácticas adoptadas por diferentes administraciones tributarias, sin que ello suponga un pronunciamiento en relación a si éstos pueden considerarse abarcados dentro del “contexto” referido en lo dispuesto por el artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE. Consideramos que dicho análisis, en conjunto con lo que viene de señalarse, permitiría arribar a una delimitación más acabada de un posible significado internacional del concepto.

### 5.6.1.2 Casos jurisprudenciales

En el presente capítulo abordaremos el análisis de algunos de los casos jurisprudenciales más relevantes en materia de beneficiario efectivo de modo de conocer el alcance que la jurisprudencia internacional ha atribuido al término bajo análisis.

#### 5.6.1.2.1 “Indofood International Finance Ltd. Vs. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch” (Reino Unido).<sup>45</sup>

El presente fallo ha sido considerado como un leading case en la materia por ser la primera vez que una Corte del Reino Unido se pronunció sobre el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en un convenio para evitar la doble imposición.

Cabe señalar que el mismo se dirimió ante un tribunal civil, no siendo un caso estrictamente tributario, y si bien ninguno de los jueces y abogados participantes eran especialistas en materia de tributación internacional, las conclusiones a las que se arribó fueron en general compartidas por destacados especialistas en la materia.

##### 5.6.1.2.1.1 Antecedentes

PT Indofood Sukses Makmur TBK (en adelante, Indofood) era una sociedad constituida en la República de Indonesia, dedicada a la producción y distribución de alimentos. En junio del año 2002, dicha sociedad proyectó obtener financiamiento mediante la emisión de obligaciones negociables en el mercado internacional.

A los efectos de instrumentar la operación, Indofood tuvo en consideración que:

- de realizar la misma directamente, los intereses pagados a no residentes hubieran quedado sujetos a una retención de impuestos del 20%;
- de emitir dichas obligaciones a través de una subsidiaria constituida en la República de Mauricio -prestando luego a Indofood el capital así obtenido-, dicha

---

hecho expresa referencia a la intención de las partes. Así por ejemplo, el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Uruguay y Ecuador en su artículo 11.7 relativo a intereses establece que “Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del crédito en relación al cual los intereses se pagan, fuera el sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución”.

45 [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html)

retención se reducía al 10% en virtud de lo dispuesto por un convenio para evitar la doble imposición vigente entre República de Mauricio e Indonesia. Cabe señalar que adicionalmente, los intereses pagados desde la República de Mauricio a los tenedores de bonos no quedaban sujetos a retención de impuestos.

En junio de 2002, la subsidiaria, Indofood International Finance Ltd. (en adelante, el Emisor), quien lleva adelante la demanda en cuestión, emitió obligaciones (“*loan notes*”) por USD 280 millones, a una tasa de interés del 10.375%.

El capital obtenido como consecuencia de dicha emisión fue prestado a Indofood, el mismo día y sustancialmente en los mismos términos.

En la misma oportunidad, se celebró un fideicomiso, bajo el cual JP Morgan Chase Bank N.A. fue designado como “*trustee*” fideicomisario o administrador de las obligaciones, así como agente de pago (en adelante, JP Morgan).

El rescate de los bonos estaba previsto para junio de 2007, excepto que se produjera un cambio en la legislación de Indonesia que aumentara la tasa de retención sobre los intereses pagados por encima del 10%<sup>46</sup>. De verificarse tal extremo y de acuerdo a lo estipulado por las partes, el emisor podía re-comprar los títulos antes del vencimiento, “siempre y cuando no pudiera adoptarse una medida razonable para evitar dicho perjuicio”.

En junio de 2004 Indonesia denunció el tratado con la República de Mauricio alegándose el uso indebido del mismo por parte de sociedades instrumentales constituidas con el propósito de beneficiarse de un tratado que en principio no le hubiere sido aplicable. Como consecuencia de ello, la retención de impuesto sobre los intereses pagados por Indofood pasaba del 10% al 20%.

Mientras tanto, la tasa de interés del mercado había cambiado, y la recompra de los títulos no resultaba económicamente indiferente para el emisor.

Es así como en agosto de 2004 el emisor informa a JP Morgan su intención de recomprar los títulos en cuestión. No obstante, JP Morgan entendió que era posible adoptar ciertas medidas razonables que permitirían conservar la tasa de retención inicial del 10% (o incluso reducirla). A tales efectos, sugiere la interposición de una sociedad constituida en Holanda (en adelante, NewCo.) entre el emisor y el garante, en la cual el emisor atribuyera a dicha sociedad los beneficios del préstamo otorgado al garante (préstamo “*back to back*”). En este caso, los intereses pagados por Indofood quedarían sujetos a la retención del 10% (o, incluso al 0%) en el marco de lo dispuesto por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Indonesia y Holanda.

46 El costo de retención de impuestos quedaba a cargo de Indofood. La tasa de interés pactada en los bonos era libre de impuestos. Cualquier cambio en las tasas de impuestos afectaban, por tanto, a Indofood.

En 2005 el caso es llevado a la justicia del Reino Unido, jurisdicción competente según fuera estipulado contractualmente, con el fin de determinarse si la estructura propuesta por JP Morgan constituía una medida razonable de instrumentar. Ello por cuanto de así considerarse por el tribunal actuante, los tenedores de bonos conservarían los mismos hasta su vencimiento original (2007).

En dicho caso, la cuestión a resolver fue concretamente si NewCo. calificaba como beneficiario efectivo de los intereses en cuestión y si ésta podía ser considerada como residente en Holanda<sup>47</sup>, en el marco del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Indonesia y Holanda.

En efecto, el tribunal debía fallar en base a la posible interpretación que podría llegar a hacerse en Indonesia, tanto por la Administración tributaria de dicho país como por la Corte.

Cabe señalar que de sostenerse que NewCo. no calificaba como beneficiario efectivo, la pretendida solución no sería pasible de ser considerada como una medida razonable para evitar dicho perjuicio.

#### 5.6.1.2.1.2 Hechos

La emisión de deuda se realizó por la suma de USD 280 millones, a una tasa del 10.375%, con vencimiento al año 2007.

Indofood y otras cuatro subsidiarias garantizaban la operación principal y se comprometían a adoptar una serie de medidas que evitaran una reducción de los activos de las sociedades.

El capital obtenido a raíz de dicha emisión fue prestado por el emisor a Indofood en iguales términos y condiciones (entre otras, monto del préstamo, fechas de pago, vencimiento 2007 y a una tasa de interés del 10.375%, libre de retenciones impositivas<sup>48</sup>).

Cabe señalar que Indofood debía pagar las sumas adeudadas bajo el contrato de préstamo al emisor, dos días antes de la fecha de vencimiento de cada pago.

A su vez, el emisor debía pagar las sumas adeudadas a JP Morgan un día antes del día en que JP Morgan debía pagar las sumas adeudadas a los tenedores de bonos, sin percibir por ello un spread ni suma alguna por otro concepto. En los hechos, se constató que Indofood pagaba las sumas adeudadas directamente a JP Morgan.

En la práctica, los intereses cobrados por el emisor a Indofood se destinaban íntegramente a los intereses a pagar los tenedores de bonos.

#### 5.6.1.2.1.3 Consideraciones del fallo

47 En relación al requisito de "lugar de administración efectiva" exigido a las entidades para determinar su residencia fiscal, en el marco del CONVENIOS Holanda-Indonesia.

48 Las retenciones impositivas eran a cargo de Indofood, debiéndose en ese caso realizar el "grossing up" de las rentas pagadas al exterior y recién entonces calcular las retenciones fiscales correspondientes.

Del caso bajo análisis creemos pertinente destacar en primer lugar que el mismo se planteó sobre una situación hipotética, siendo resuelto por un tribunal civil.

En cuanto al fondo del asunto, la corte falló unánimemente sosteniendo que las sociedades interpuestas no calificaban como beneficiarios efectivos (ni el emisor ni NewCo.), traspasando íntegramente las sumas de dinero recibidas sin percibir por ello un spread suma alguna por otro concepto, por lo que la estructura propuesta no habría sido “una medida posible de instrumentar”<sup>49</sup>.

Para ello, entendió que era necesario contar con un significado internacional del término. Asimismo, señaló que el mismo podía ser obtenido de lo establecido por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE así como del Reporte de 1986 sobre las sociedades instrumentales<sup>50</sup>. Sin perjuicio, falló considerando la opinión del Director General de Rentas de Indonesia según el cual la calidad de beneficiario efectivo implicaría el privilegio total de beneficiarse directamente del ingreso.

A los efectos de determinar el alcance del término bajo análisis, sostuvo que correspondía realizar el análisis considerándose la “sustancia” de la operación en cuestión. En tal sentido, sentenció que de constatarse que una persona está obligada íntegramente a pagar las sumas de dinero recibidas, no podría considerarse beneficiario efectivo de las mismas.

Habiéndose constatado que las sociedades interpuestas no asumieron función alguna más que recibir y pagar idénticas sumas de dinero, entendió que las mismas no gozaban de “todos los privilegios” de la renta, no teniendo por tanto la calidad de beneficiario efectivo

Cabe señalar que al comentar el presente fallo, prestigioso doctrino internacional<sup>51</sup> destacó favorablemente el reconocimiento de la necesidad de contar con “un significado internacional” del término beneficiario efectivo, más que un significado dependiente de la legislación doméstica de cada país, señalando de manera positiva el hecho de que la Corte haya recurrido a los comentarios del Modelo de Convenio OCDE para definirlo. Puntualizó además que de tener el beneficiario efectivo algún tipo de significado quedarían fuera las entidades interpuestas cuya única función fuera recibir y pagar idénticas sumas de dinero.

#### 5.6.1.2.1.4 Conclusiones

Consideramos que lo destacado del fallo es que la Corte entendió que a los efectos de determinar el alcance del término “beneficiario efectivo” no debería recurrirse a la legislación doméstica de cada país sino que el referido concepto debería tener un significado fiscal internacional, que entendió extraíble de los comentarios al Modelo de Convenio OCDE y al reporte sobre sociedades instrumentales de 1986.

49 También sostienen que la NewCo. no calificaría como residente de Holanda.

50 Párrafos 35 a 36 de la Sentencia.

51 Philip Baker: “Beneficial Ownership: after Indofood”, página 26.

En definitiva, y en tanto en el presente fallo se consideró que la expresión en cuestión tendría un significado fiscal internacional, entendemos que las conclusiones arribadas constituyen un antecedente relevante a ser tenido en cuenta a la hora de delimitar el alcance del término.

#### 5.6.1.2.2 “Prévost Car Inc. and Her Majesty the Queen” (Canadá)<sup>52</sup>

La importancia de este caso radica en que fue la primera vez que un tribunal canadiense interpretó el concepto “beneficiario efectivo” en el marco de los convenios para evitar la doble imposición, en un país que convive con los dos sistemas legales (“*civil law*” y “*common law*”).

##### 5.6.1.2.2.1 Antecedentes

Prévost Car Inc. (en adelante “Prévost”), era una sociedad canadiense dedicada a la fabricación de autobuses y productos relacionados.

En mayo de 1995 los accionistas de la referida sociedad acordaron vender sus participaciones en la misma a otras empresas de la industria automotriz: “Volvo Bussar Corporation” (en adelante, Volvo), residente en Suecia, dedicada a la fabricación de chasis y “Henlys Group plc” (en adelante, Henlys), residente en el Reino Unido, dedicada a la fabricación de carrocería.

Henlys y Volvo por su parte, celebraron un acuerdo de accionistas bajo el cual se incorporaría una sociedad residente en Holanda, denominada “Prévost Holding B.V.” (en adelante, sociedad holding) -a la que se le transferirían las acciones adquiridas-, que sería propiedad de Volvo en un 51% y de Henlys en un 49%. Asimismo, se estableció que no menos del 80% de las ganancias de la sociedad holding deberían ser distribuidas por la referida sociedad ya sea como dividendos, reintegros de capital o préstamos.

Cabe señalar que en virtud del convenio para evitar la doble imposición existente entre Canadá y los Países Bajos, el pago de los dividendos efectuado por Prévost a la sociedad holding estaba sujeta a una tasa reducida del 5%.

Durante los años 1996 a 2001 Prévost declaró y pagó dividendos a la sociedad holding, su único accionista, a la tasa reducida antes señalada.

Dicha tasa fue oportunamente cuestionada por el fisco canadiense, quien entendió que la misma no aplicaba por cuanto el beneficiario efectivo de los dividendos pagados no era la sociedad holding receptora inmediata de los mismos, sino sus accionistas Henlys y Volvo.

##### 5.6.1.2.2.2 Hechos

Del fallo surge que según declaraciones efectuadas por el vicepresidente de Volvo para Norteamérica, a principios de los años 90, Volvo tomó conocimiento de que los accionistas de Prévost querían vender sus acciones.

52 Ver: “Prevost Car Inc. v. The Queen”, 2008 tcc 231, en <http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc231.html> (sentencia de primera instancia) y “Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc”, (sentencia de segunda instancia).

Por su parte, las empresas Volvo y Henlys –residentes en Suecia y Reino Unido respectivamente-, decidieron adquirir tales acciones como oportunidad de crecimiento en la región.

A tales efectos, formaron una sociedad holding que según sus declaraciones, fue establecida con la intención de llevar adelante varios proyectos en Norteamérica, entre ellos, Prévost, aclarándose durante el juicio que la elección de la misma no se debió únicamente a razones fiscales.

Durante el proceso, se constataron los siguientes hechos:

- los asesores fiscales recomendaron que la efectiva administración de la sociedad holding estuviere en Holanda, a efectos de evitar reclamos fiscales por parte de Reino Unido o Suecia, además de otras cuestiones fiscales internacionales;
- la sociedad holding no había llevado adelante otros proyectos, no teniendo empleados en Holanda ni en ningún otro lugar, así como tampoco mantuvo otras inversiones aparte de Prévost. Por su parte, los directores de Prévost eran también directores de la sociedad holding;
- en cumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado, las ganancias obtenidas por la sociedad fueron distribuidas como dividendos a Volvo y a Henlys. Incluso, surge que algunos pagos habrían sido efectuados directamente por Prévost a Henlys, a partir de instrucciones recibidas por fax sin una resolución del Directorio de la sociedad holding;
- en varias oportunidades la sociedad holding presentó documentación ante instituciones bancarias informando que los beneficiarios de las acciones de Prévost eran Henlys y Volvo. Cabe señalar que la actora argumentó que dicha información era presentada por motivo de las normas anti-lavado de dinero, bajo las cuales era necesario informar “quién estaba en última instancia detrás de la cuenta”.

#### 5.6.1.2.2.3 Consideraciones del fallo

En primer lugar, el fallo reconoce que la expresión “beneficiario efectivo” no es propia del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Canadá y los Países Bajos, sino que se encontraba en 85 de los 86 convenios firmados por Canadá.

Haciendo un análisis exhaustivo del origen del término y su evolución, concluye que el mismo no tiene un significado internacional considerando pertinente recurrir a la legislación doméstica en virtud de lo establecido por el artículo 3.2 del convenio para evitar la doble imposición.

A tales efectos, analizó el significado de este término en la Ley del Impuesto a las Rentas, el Código Civil de la Provincia de Quebec, “*Canadian Common Law*” y otras leyes internas<sup>53</sup>, reconociendo también el valor de los Comentarios del Modelo de Convenio OCDE.

53 Incluso analiza la ley holandesa, por ser el Estado Parte en el caso objeto de análisis.

Haciendo un análisis integral de ambos sistemas (*common y civil law*), identifica figuras similares a la de “beneficiario efectivo” haciendo referencia en primer lugar al derecho real de usufructo establecido por el Código Civil de Québec como ejemplo de desmembramiento del derecho de propiedad en un sistema de *civil law*. Afirma que la figura del “usufructuario”, propia de este sistema, es similar a la figura del “beneficiario efectivo” propia del *common law*. Por otra parte, alude a la figura del *trustee*, propia del “*common law*”, que mantiene la propiedad legal en beneficio de otro, sin derecho a disfrutar los atributos de esa propiedad.

En base a lo analizado, el juez define al “beneficiario efectivo” de los dividendos como: “*la persona que recibe los dividendos para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y el control sobre los mismos. La persona que es beneficiario efectivo de los dividendos es aquella que disfruta y asume todos los atributos de la propiedad. En resumen, el dividendo es para su beneficio propio y tal persona no responde ante nadie por cómo dispone de dicho dividendo*”, definición asimilable a la sostenida por du TOIT en obra antes comentada<sup>54</sup>.

A efectos de determinar el alcance de beneficiario efectivo, se hizo referencia a un fallo de la Suprema Corte en el cual se señaló que “beneficiario efectivo” era aquel que “en última instancia” ejercitaba los derechos de propiedad sobre la cosa. Cabe puntualizar que en dicho fallo se aclaró que la expresión “en última instancia”, refería al receptor del dividendo como la persona que puede hacer con él lo que desee, no pretendiéndose quitar el velo corporativo de la sociedad.

Finalmente, expone las razones por las cuales considera que la sociedad holding reunía efectivamente la calidad de “beneficiario efectivo” de los dividendos distribuidos por Prévost. Ello por cuanto:

- surgió probado que Prévost pagó dividendos a su único accionista, la sociedad holding y a pesar de que se constató que el libro de actas de Prévost contenía referencias a Henlys y Volvo como sus accionistas, no lo consideró determinante, entendiéndolo que los libros de actas contienen errores y que no es poco común encontrar este tipo de errores;
- no se probó que la sociedad holding fuera una sociedad instrumental de Volvo y Henlys, manifestando: “es cierto que la sociedad holding no tenía oficina física ni empleados ni en Holanda ni en ningún otro lugar. Sin embargo, no surge probado que los dividendos fueran desde su inicio destinados a Volvo y Henlys a través de la sociedad holding como un flujo de fondos desde Prévost”;
- se constató que la sociedad holding se trataba de una entidad estatutaria que desarrollaba actividad comercial de acuerdo a la ley holandesa, bajo la que fue constituida;
- la sociedad holding no había formado parte del acuerdo de accionistas celebrado entre Henlys y Volvo que aseguraba la distribución de sus dividendos, por lo que éstos no podrían promover acciones legales en caso de que la sociedad no los distribuyera;

54 ver cita número 10, página

- el artículo 24 de los estatutos de la sociedad holding no la obligaba a pagar dividendos a sus accionistas, rigiendo a tales efectos la ley holandesa.
- la sociedad holding era propietaria de las acciones de Prévost, habiendo pagado por éstas, concluyendo que “cuando los dividendos son recibidos por la sociedad holding respecto de acciones que le pertenecen, tales dividendos son de su propiedad”, constituyendo un activo a disposición de sus acreedores.

Por los hechos constatados, el juez llegó a la conclusión de que la sociedad holding reunía la calidad de “beneficiario efectivo”, siendo tal decisión confirmada en segunda instancia por la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.<sup>55</sup>

#### 5.6.1.2.2.4 Conclusiones

Del fallo surge que luego de realizarse un análisis exhaustivo del origen y evolución del concepto beneficiario efectivo, el mismo carece de un significado internacional debiéndose, de conformidad con lo previsto por el artículo 3.2 del convenio para evitar la doble imposición aplicable, recurrir a la legislación doméstica.

Entendemos que lo destacado del mismo es el hecho de que pese a recurrirse a la legislación doméstica, no se subsume la figura del beneficiario efectivo en algún instituto ya existente en el ordenamiento jurídico interno (como podría ser la recogida en la ley de *trust*) sino que a partir de éstos se delimita el alcance de la figura en cuestión.

Cabe resaltar que a diferencia de Indofood, fallo en el cual se realizó un análisis considerando la sustancia del caso, el juez en el presente efectúa un análisis formal a la hora de calificar la operación obviando la consideración de circunstancias de hecho que entendemos relevantes, tales como:

- los dividendos pagados por Prévost a la sociedad holding fueron transferidos por esta última a sus accionistas Volvo y Henlys, tal como había sido estipulado en el acuerdo de accionistas; si bien el acuerdo no había sido firmado por la sociedad holding y por ende, jurídicamente no la vinculaba, le era vinculante por la vía de los hechos por cuanto sus únicos accionistas eran Volvo y Henlys;
- la sociedad holding no tenía personal y los directores eran comunes a los de Prévost;
- existieron pagos efectuados directamente por Prévost a Henlys, entre otras consideraciones antes señaladas.

Respecto del presente fallo, compartimos la no subsunción del término bajo análisis en un instituto determinado sino la posibilidad de que el alcance del mismo sea inferido a partir tanto del análisis de su origen y evolución, teniéndose en cuenta los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, como de figuras afines, existentes en el ordenamiento jurídico.

55 Remitiéndose la Corte a lo analizado por el juez de primera instancia.

No obstante, resulta cuestionable el análisis meramente formal efectuado por el juez al momento de determinar si la sociedad en cuestión reunía la calidad de beneficiario efectivo, obviándose hechos que a nuestro juicio parecerían determinantes a la hora de definir la referida calidad.

#### **5.6.1.2.3 “Administración tributaria de España vs. Real Madrid Club de fútbol”<sup>56</sup>**

La importancia de este caso, radica en primer lugar, en que proviene de España, país con el cual Uruguay ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición, y en segundo lugar, por cuanto el órgano decisor entendió que la cláusula “beneficiario efectivo” debía aplicarse utilizando los mismos parámetros que utilizan las normas generales contra el fraude a la ley tributaria, haciendo prevalecer la sustancia sobre la forma.

##### **5.6.1.2.3.1 Introducción**

Mextar BV (en adelante: sociedad holandesa) era una sociedad residente en Holanda, titular de los derechos de explotación de imagen de un jugador de fútbol profesional.

A los efectos de hacer uso de los beneficios establecidos por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre España y Hungría, dicha sociedad cedió tales derechos a “Magyar Sport Services Internacional”, sociedad residente en Hungría (en adelante, sociedad húngara). El haber hecho uso del referido convenio implicó eliminar la tasa del 6% prevista por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre España y Holanda, que habría resultado aplicable.

Finalmente, la sociedad húngara cedió tales derechos al Real Madrid Club de Football (en adelante Real Madrid).

En virtud del contrato celebrado entre la sociedad húngara y el Real Madrid, esta última se obligó a pagar semestralmente la suma de 1:000.000 dólares por concepto de regalías. En el ejercicio 1998, la Sociedad húngara computó rentas en España por un monto de 1.950.140 euros, sin mediación de un establecimiento permanente.

##### **5.6.1.2.3.2 Hechos**

A raíz de una solicitud de intercambio de información tributaria, la administración tributaria húngara informó a su par española la inexistencia de contratos directos entre el jugador de fútbol y la sociedad húngara, debiendo esta última para transferir los derechos de imagen del jugador al Real Madrid, contactarse con “Mextar BV” (sociedad holandesa).

Asimismo, informó la existencia de un contrato celebrado entre la sociedad húngara y la holandesa en virtud del cual la última recibiría de la primera el 99% del total de los ingresos que a su vez, la sociedad holandés hubiera recibido en virtud del contrato de sublicencia de los derechos de imagen celebrado con el Real Madrid.

<sup>56</sup> Sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en: <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org=an&comunidad=13>.

En los hechos, inmediatamente después de que la sociedad húngara recibía pagos del Real Madrid en virtud del contrato de sublicencia antes referido, transfería el 99% de lo recibido a la sociedad holandesa.<sup>57</sup>

### 5.6.1.2.3.3 Consideraciones del fallo

Según surge del fallo, el sentenciante reconoce la existencia de un significado internacional del concepto beneficiario efectivo, debiendo basarse en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE para determinar su significado. En este sentido, afirma que *“debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión al Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado”*.

No obstante ello, señala que el Modelo de Convenio OCDE *“no es de gran ayuda, pues en su texto no se prevé ninguna definición (...) En efecto, el artículo 3.2 del MCOCDE señala que “para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado Contratante cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”*.

Del citado precepto, afirma, *“se deriva, en principio, una preferencia a favor de la legislación interna para dotar de significado a los términos que el convenio no define expresamente. No obstante, la remisión al Derecho Interno depende del peso que le demos a la otra parte del precepto (“a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”)”*.

*“La mayoría de la doctrina considera que el contexto de los Convenios de Doble Imposición exige que este concepto deba interpretarse de forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de un modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo. Por lo tanto, debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión del Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado. Asimismo, hay que tener en cuenta, como inmediatamente veremos, que la remisión al Derecho Interno puede que no constituya un recurso adecuado en esta materia, toda vez que la mayoría de los ordenamientos no prevén un concepto similar”*.

En opinión del juez del caso en estudio, los comentarios al Modelo de Convenio OCDE forman parte del contexto, y por este motivo, los analiza y utiliza para determinar el significado del concepto beneficiario efectivo.

En efecto, la sentencia analiza la evolución del concepto en los referidos comentarios: *“Los Comentarios al 1977 – 2000 MCOCDE solamente señalaban que los límites a la imposición en el Estado de la fuente no se aplicarían “cuando un intermediario como un agente o un mandatario se interpone entre el beneficiario efectivo y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante”*. Como se puede apreciar, los Comentarios consideran que no tienen la condición de beneficiario efectivo aquellos sujetos que jurídicamente actúan por cuenta de un tercero. Ello es lógico, pues en estos casos, aunque dichos sujetos sean los que perciban materialmente el rendimiento, el hecho de actuar por cuenta ajena supone que no están obteniendo ese rendimiento para sí, pues tienen la obligación de ponerlo a disposición de un tercero, esto es, la persona por cuya cuenta están actuando”. Y sigue la sentencia: *“(…) la modificación de 2003*

57 Es importante señalar que en el fallo se aclara que los extractos bancarios correspondían a los años 1997 y 1999.

de los Comentarios pretende poner de relieve que el alcance del concepto “beneficiario efectivo” es más amplio al que en principio podría llegarse a deducir de la simple lectura de las referencias que sobre esta materia contenían hasta dicha fecha los Comentarios. La intención es que el alcance del concepto de “beneficiario efectivo” sea más amplio con el fin de cubrir otros supuestos en los que a pesar de que formalmente el titular de un rendimiento es una persona determinada, la persona que se beneficia efectivamente del mismo, quien lo adquiere materialmente para sí, es otra”.

Así, basándose en los referidos comentarios, en el referido fallo se sostuvo que: “a la hora de interpretar este texto debe atenderse no sólo cuál es el titular formal del rendimiento, sino que también hay que examinar cuál es la persona que desde un punto de vista económico dispone efectivamente del mismo. Dicho en otras palabras hay que analizar tanto la forma como la sustancia de la operación para establecer si la persona que reclama los beneficios del convenio es o no el beneficiario efectivo del rendimiento”.

En definitiva, el juez entendió que a efectos de determinar la calidad de beneficiario efectivo, debería analizarse si la conducta se encontraba basada en motivos válidos o no, asimilando dicho análisis al que correspondería efectuarse en virtud de las normas generales de fraude a la ley previstas por la legislación interna. En este sentido, señaló que: “Se podría llegar a un resultado muy similar al que tiene lugar cuando un Estado aplica sus normas generales contra el fraude a la ley tributaria”, pues, en esos casos también se valoran los motivos válidos o no de la conducta adoptada por las partes.

Al respecto, efectúa la siguiente precisión: “la Administración podrá denegar la condición de beneficiario efectivo utilizando los mismos parámetros que emplearía la norma general contra el fraude de ley, pero sin aplicarlo formalmente al caso concreto, pues aquella, en su actuación se limita a verificar si quien percibe la renta tiene o no la condición de beneficiario efectivo, sin que, por tanto, fuera necesario cumplir la exigencia procedimental especial que prevé la legislación española...”.

A su vez, en tanto el juez afirma que debe atenderse no sólo a cuál es el titular formal del rendimiento, sino también a la persona que dispone económicamente del mismo (entendiendo que esta es la postura que adopta la OCDE, especialmente con la modificación del 2003 a los Comentarios), reconoce que el objetivo de su enfoque es “realizar, en cierto modo, una interpretación económica del concepto”. Y siendo consciente del riesgo que asume al adoptar tal posición, afirma: “Este enfoque, si no es bien entendido, puede encontrar serios obstáculos para las Administraciones de muchos Estados, pues sus ordenamientos no admiten la interpretación económica de las normas. No obstante, también hay que tener en cuenta que estos ordenamientos prevén principios y normas que admiten, en determinados casos, realizar una interpretación que puede ir más lejos de lo que permitiría la vinculación a las formas jurídico-privadas. Se trata precisamente de las normas y principios generales contra el fraude a la ley tributaria”.

Finalmente, concluye que la sociedad húngara no era en definitiva el “beneficiario efectivo” de las regalías percibidas, siendo la sociedad holandesa quien reunía tal calidad. Para arribar a tal conclusión se basó en los siguientes elementos probatorios:

- inexistencia de contrato entre la sociedad húngara y el jugador de fútbol, figurando como titular de los derechos de imagen del mismo la sociedad holandesa;

- existencia de un acuerdo celebrado entre las sociedades húngara y holandesa por el cual la primera se obligó a transferirle a la segunda el 99% de las regalías percibidas por la sub-licencia de tales derechos;
- los extractos bancarios por los que se pone de manifiesto que días después de recibir los ingresos del Real Madrid, la sociedad húngara realizaba una transferencia del 99% del importe recibido a la sociedad holandesa, quedando así probado que el destinatario de los fondos era esta última.

Finalmente, el Tribunal acude a la utilización del mecanismo de la presunción, admitido como medio de prueba en el ordenamiento jurídico español, y concluye que, existiendo “un enlace preciso y directo entre el hecho probado –los referidos pagos y contratos- y el que se trata de deducir –quien decide el destino de las rentas recibidas- (...)”, existe a juicio de este Tribunal prueba suficiente de que la entidad húngara no es la beneficiaria efectiva del activo cedido, sino que es la entidad holandesa”.

Si bien no se desconoce la validez jurídica de los contratos (y por tal motivo no puede hablarse de simulación, pues los contratos existieron), de los hechos se desprende que los mismos carecen de sustancia propia, y de lo que se trata en realidad, es que aparezca la sociedad húngara con el único fin de beneficiarse del convenio suscrito con ese país. Desde el punto de vista económico, la sociedad húngara no dispone de las regalías recibidas, pues inmediatamente que las recibía las transfería casi totalmente a la sociedad holandesa, con lo cual se descarta la aplicación del Convenio suscrito con Hungría.

#### 5.6.1.2.3.4 Conclusiones

Nuevamente y en concordancia con los fallos antes analizados, a través del presente se reconoce la existencia del significado internacional del término, aludiéndose expresamente a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE por entender que en éstos podrían encontrarse algunas referencias en relación al mismo.

Consideramos que lo destacable del mismo es el análisis de la sustancia de la operación efectuado a efectos de calificarla y dilucidar quién es el beneficiario efectivo de las regalías; análisis en virtud del cual se concluye que éste es aquél que tiene el poder en los hechos de decidir el destino de las rentas recibidas.

Resulta asimismo relevante el reconocimiento de cierta similitud entre el análisis que debe realizarse en estos casos y aquel que correspondería efectuar en oportunidad de aplicarse las normas internas de fraude a la ley.

#### 5.6.1.2.4 “Administración Federal de Ingresos Públicos vs. Molinos del Río de la Plata”

A continuación abordaremos el estudio del presente por tratarse de un caso relativamente reciente y novedoso que tuvo lugar en nuestro vecino país, Argentina, y marcó un precedente en cuanto al tema que nos ocupa.

#### 5.6.1.2.4.1 Introducción

Molinos Río de la Plata S.A. (en adelante: Molinos) era una sociedad anónima argentina que creó una sociedad chilena denominada Molinos de Chile y Río de la Plata Holding S.A. (en adelante, sociedad holding), bajo la modalidad de sociedad plataforma de inversiones, al amparo de lo previsto por la ley chilena N° 19.840. Molinos ejercía el control de la sociedad holding en virtud de poseer el 99,99% de su participación accionaria.

Posteriormente, Molinos formalizó dos aumentos de capital en la sociedad holding por medio del aporte en especie de las participaciones directas que tenía en sociedades subsidiarias ubicadas en Uruguay y Perú.

En virtud de dichas operaciones, la sociedad holding pagó dividendos a Molinos provenientes de dividendos distribuidos a la misma por sociedades residentes en Uruguay y Perú.

Los dividendos distribuidos por la sociedad holding a Molinos no se encontraban gravados en virtud de que según lo dispuesto por el artículo 11 del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Chile y Argentina, únicamente tenía potestad tributaria sobre los referidos dividendos Chile, por ser el estado contratante donde se encontraba domiciliada la empresa que los distribuía. Chile a su vez, no gravaba los referidos rendimientos en virtud del régimen especial bajo el cual se regía la sociedad.

Cabe señalar que en el año 2002, Chile había creado las denominadas “sociedades plataformas de inversión”. Estas sociedades tienen como único objeto administrar inversiones en Chile y en el exterior, siendo alcanzadas por el impuesto a la renta en Chile únicamente por sus ganancias de fuente local, ya que al considerar la ley a dicha sociedad como no residente, las ganancias de fuente extranjera no se encuentran alcanzadas por el referido impuesto.

#### 5.6.1.2.4.2 Hechos

La administración fiscal entendió que se había transgredido lo dispuesto por el artículo 11 del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Chile y Argentina, e incorporó en la base imponible del impuesto los dividendos distribuidos por la sociedad holding, determinando el correspondiente impuesto a las ganancias.

En efecto, sostuvo que la sociedad holding constituía una estructura “conductora” cuyo único fin consistía en que Molinos recibiera los dividendos provenientes de las firmas domiciliadas en Uruguay y Perú sin tributar impuesto a la renta ni en Argentina ni en Chile, por el juego de la normativa aplicable al caso.

En tal sentido, basándose en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario (en adelante, la “LPT”), sostuvo la existencia de un uso abusivo del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile, no resultando por tanto, aplicable en el caso a estudio.

El Tribunal confirmó la determinación de adeudos tributarios efectuada y consideró que Molinos había incurrido en un uso abusivo del convenio aplicable.

#### 5.6.1.2.4.3 Consideraciones del fallo

Los argumentos utilizados por el Tribunal fueron básicamente los siguientes:

- El convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile resulta ser un convenio internacional, por lo que le son aplicables las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena, que prescriben que dicha interpretación se realizará de acuerdo con la buena fe, el sentido corriente de los términos utilizados y el fin del tratado en cuestión;
- La mayoría de la jurisprudencia internacional otorga preeminencia a la sustancia del negocio por sobre la forma para evitar el abuso de los convenios o *“treaty shopping”*;
- Las disposiciones contenidas en la legislación interna de cada estado contratante a los fines de evitar el abuso de los convenios no deben considerarse contrarias a los mismos, toda vez que están dirigidas a desarticular su aprovechamiento desleal y abusivo;
- Si con motivo de un cambio de legislación en materia tributaria por parte de uno de los estados contratantes, se afecta el convenio celebrado, el principio de la realidad económica contenido en el artículo 2 de la LPT, como mecanismo para hacer frente a distintas conductas elusivas, resulta perfectamente aplicable aunque no esté previsto expresamente en el texto del convenio. A tal fin, el Tribunal cita jurisprudencia y doctrina que avala este criterio;
- Los artículos 10,11 y 12 relativos al pago de dividendos, intereses y regalías del Modelo de Convenio OCDE introdujeron el concepto de *“beneficiario efectivo”* con el fin de evitar el abuso de los convenios internacionales. Mediante informes y comentarios posteriores de la OCDE y del Grupo de Acción Financiera Internacional (*“GAFI”*) se ha ido delineando este concepto de *“beneficiario efectivo”*. Así, desde la modificación que se realizó en el año 2003 al modelo referido, debe interpretarse al *“beneficiario efectivo”* dentro del contexto y a la luz de la finalidad que tuvo en miras el convenio para evitar la doble imposición, indagando en cada caso quién es el sujeto al que se le atribuye el ingreso desde el punto de vista fiscal. De esta forma, los convenios no serían aplicables cuando económicamente beneficien a una persona sin derecho al convenio que interpone una sociedad conducto como un intermedio entre él y el pagador de la renta;
- Una compañía conducto, cuyo único propósito es el de contar con la estructura legal necesaria a los fines de un convenio, pero que no desarrolla ninguna actividad económica sustancial, no puede considerarse *“beneficiario efectivo”*, aun cuando sea el propietario formal de esas rentas, ya que no es quien tiene el efectivo control sobre dichos ingresos, sino que se limita a transferirlos inmediatamente al verdadero titular, reduciendo o anulando a través de su intermediación la carga tributaria global de un grupo económico;
- Cuando se utilizan sociedades conducto, se revela la eliminación de la tributación tanto en el estado de la fuente como en el estado de la residencia de la sociedad conducto; asimismo se elimina la tributación en el estado de residencia del sujeto

que organiza la estructura, dando como resultado un fenómeno evasivo inadmisiblemente, pues las rentas que se canalizan a través de este tipo de estructuras no tributarán en ningún estado;

- Si bien resulta válido realizar una planificación orientada a minimizar la carga fiscal, lo cierto es que mediante la utilización de la sociedad holding en Chile, la empresa directamente anuló la carga fiscal por cuanto tales sociedades no tributan por las rentas extranjeras, apartándose del objeto y el fin que se buscó en el convenio para evitar la doble imposición aplicable;
- La Dirección Nacional de Impuestos de Chile, por informe agregado a las actuaciones, considera que nada impide que, en ausencia de normativa específica en el convenio aplicable, el país que se considera perjudicado por las prácticas abusivas desplegadas por los responsables haga uso de su normativa anti abuso (en este caso, el artículo 2 de la LPT) ;
- De todo lo expuesto y las pruebas producidas en la causa el Tribunal tuvo por probado que Molinos constituía el verdadero “beneficiario efectivo” de la distribución indirecta de dividendos trasladados a la sociedad holding, que actuó como “conducto” para sustraerse completamente del pago del impuesto a las ganancias en ambos países debido al marco legal aplicable;
- La sociedad holding se caracterizaba por la inexistencia de un vínculo económico real con las sociedades radicadas en Uruguay y en Perú, y las rentas giradas por estas últimas a la sociedad chilena no permanecían en ella sino que de manera inmediata eran giradas a Molinos, a lo que se agrega la inexistencia de actividades económicas y de una estructura operacional de parte de la sociedad holding, que actuó como un mero intermediario o sociedad conducto de los dividendos repartidos, encuadrando el esquema fiscal dentro del supuesto denominado “*Treaty Shopping*” o “abuso del tratado”;
- El Tribunal señaló que al generarse un supuesto de “doble no imposición” se desvirtuó el sustancial propósito que tiene en consideración todo estado contratante al momento de suscribir un convenio para evitar la doble imposición, lo que resultaba inadmisiblemente.

En definitiva, el Tribunal declaró inaplicable el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile por considerar que se había verificado una hipótesis de “abuso de tratado” o “*treaty shopping*”, entendiendo que la sociedad holding no era el beneficiario efectivo de la renta en cuestión, confirmando así la decisión de la administración fiscal que sostenía la gravabilidad de los dividendos distribuidos por una sociedad chilena a su vinculada en Argentina.

#### 5.6.1.2.4.4 Conclusiones

El caso comentado supone un precedente sumamente relevante a nivel de la jurisprudencia latinoamericana. Primero, por cuanto demarca los límites entre una planificación fiscal tendiente a minimizar la carga tributaria, y la utilización abusiva de las ventajas

derivadas de un convenio para evitar la doble imposición. Segundo, por cuanto entiende aplicable frente a prácticas abusivas las normas antiabuso internas, aún a falta de previsión expresa en el convenio aplicable. En otro orden, por otorgar preeminencia a la sustancia sobre la forma y entender aplicable, aunque no esté previsto expresamente, el principio de la realidad económica contenido en el artículo 2 de la ley de procedimiento de dicho país.

Cabe precisar como puntualización final que el Tratado fue dejado sin efecto por Chile en junio del año 2012.

### 5.6.1.3 Soluciones prácticas

Dada la ausencia de una definición expresa del concepto beneficiario efectivo establecido en los convenios para evitar la doble imposición y la incertidumbre que ello genera, algunas administraciones tributarias han establecido ciertas pautas con el propósito de delimitar el alcance del mismo.

A continuación, analizaremos en particular las soluciones adoptadas por las administraciones tributarias de Chile y de China.

#### 5.6.1.3.1 Chile – Circular N° 57<sup>58</sup>.

En el año 2009, la administración tributaria chilena emitió la Circular N° 57 de 16 de Octubre intentando definir el concepto beneficiario efectivo en el marco de los convenios para evitar la doble imposición.

A tales efectos, dicha circular se fundamenta en las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena y en lo dispuesto por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, en su carácter de medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 de la referida convención.

En este sentido, establece que si bien de los reportes y comentarios al Modelo de Convenio OCDE no surge una definición del concepto beneficiario efectivo, los mismos establecen *“directrices que sirven para ilustrar situaciones donde se reunirían o no los elementos necesarios para que una persona sea calificada como tal”*.

La referida circular dispone que *“el término beneficiario efectivo no debe ser utilizado en un estricto sentido técnico, sino que debe, más bien, interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del CDI, incluyendo la voluntad de evitar la doble tributación y de prevenir la evasión y la elusión fiscal”*;

En este sentido, entiende excluidas del concepto beneficiario efectivo:

- aquella persona que residiendo en un estado contratante actúa en calidad de agente o mandatario, pues *“sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera los beneficios de un CDI basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante receptor del inmediato de la renta”*;

58 [www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm](http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm)

- quien “sin tener la calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario efectivo de la respectiva renta”;
- toda persona que tenga poderes limitados sobre la renta en cuestión;
- las sociedades instrumentales, en virtud de que “pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierte, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas”.

En este sentido, define a la sociedad instrumental como “aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDI”. Según la referida circular, sería factor determinante para concluir que estamos ante una sociedad instrumental, el hecho que la misma haya celebrado “acuerdos instrumentales”, entendiendo por tales “aquellos por medio de los cuales un residente de un Estado con derecho a los beneficios del CDI, recibe una renta originada en el otro Estado contratante, pero se obliga legalmente o de hecho a traspasar directa o indirectamente, todo o parte importante de tal renta, en cualquier tiempo, de cualquier forma, y a cualquier título que implique perder la facultad de disponer de dicha renta por parte del perceptor original, a otra persona que no es residente de los Estados contratantes”.

A su vez, enumera algunas circunstancias que, de verificarse, descartan que se esté ante una sociedad instrumental: “la disponibilidad de un lugar físico donde la sociedad pueda desarrollar las actividades que dan origen a tales rentas; la existencia de activos en el Estado donde ésta se encuentra constituida; la existencia de activos para llevar a cabo tales actividades; los riesgos asumidos en relación con la renta percibida; o la capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades”. Y, en su numeral 14, enumera ciertas circunstancias que hacen presumir que estamos en presencia de una sociedad instrumental, “por ejemplo: la existencia de alguna obligación, ya sea legal o de hecho, de traspasar las rentas recibidas a terceras personas; si es que la entidad intermediaria percibe alguna comisión o “spread” por la transacción; o si se han constituido garantías por otras partes en relación con las obligaciones de la sociedad que solicita los beneficios del CDI”.

Por tanto, de acuerdo a la reglamentación chilena, “para que un residente de un Estado contratante sea calificado como beneficiario efectivo de una renta, se requiere que la persona que invoca los beneficios del convenio, ya sea natural o jurídica, no cumpla con los criterios antes enunciados para ser calificado como instrumental, concepto que se determinará no tan sólo analizando si la persona actúa como agente o mandatario, sino también pudiendo considerar el simple hecho que tal persona realiza un acuerdo instrumental”.

Finalmente, quien invoca la calidad de beneficiario efectivo deberá efectuar su declaración jurada y mantener toda la documentación respaldante que acredite ser el efectivo receptor de las rentas.

Del análisis de la referida circular, surge que la misma delimita el alcance del concepto beneficiario efectivo recogiendo prácticamente en su totalidad los lineamientos dados por la OCDE en los comentarios al Modelo de Convenio.

Cabe precisar que a la fecha en que fue emitida la referida circular, Chile aún no era miembro integrante de dicha organización.

Destacamos como positivo el hecho de que la administración chilena a la hora de delimitar el concepto bajo análisis tuvo en consideración las pautas generales recogidas a nivel de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, absteniéndose de elaborar una definición que tomara conceptos recogidos por su derecho interno.

#### 5.6.1.3.2 República Popular China – Aviso 601<sup>59</sup>

Impulsado por el mismo motivo que Chile, la República Popular China emitió en el año 2009 el Aviso 601, en el cual se establece que beneficiario efectivo es la persona (física, jurídica u otro tipo de entidad) que posee la propiedad y derecho de control sobre los ingresos o sobre los derechos, o la propiedad sobre el activo que genera la renta, siendo condición de la figura el asumir actividades operativas de sustancia.

El Aviso 601 considera expresamente que las sociedades instrumentales no pueden ser consideradas beneficiario efectivo y por tanto, no podrían ampararse en los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición. Conceptualiza este tipo de sociedades como aquellas registradas en su país de origen únicamente con la finalidad de cumplir con las condiciones de residencia, para eludir o disminuir la carga tributaria o para transferir utilidades acumuladas, y no para realizar actividades sustantivas como lo son las empresas industriales, de ventas o de gerenciamiento.

Asimismo, el documento aclara también que la determinación de cuándo se está ante un beneficiario efectivo no debe quedar limitado a las normas nacionales, debiendo atenderse a los objetivos principalmente perseguidos por los convenios, es decir, evitar la doble tributación o la doble no tributación y prevenir la evasión fiscal, debiendo analizarse tanto la sustancia como la forma.

Según lo dispuesto por el aviso, de verificarse las hipótesis que a continuación se reseñarán, deberá descartarse que la persona reviste la calidad de beneficiario efectivo:

- cuando la sociedad esté obligada a distribuir todo o gran parte de su ingreso (más del 60%) a un residente de otro país, en determinado plazo;
- ante la falta de sustancia de la sociedad entendiéndose por tal cuando ésta no tenga, o tenga mínimas actividades;
- toda vez que los activos, el personal o las operaciones efectuadas por la sociedad no tengan relación con sus ingresos;
- en el caso de una sociedad que tenga nulo o mínimo control o poder de decisión y no soporte los riesgos;
- cuando la renta obtenida por la sociedad no está gravada por impuestos o lo está a una tasa reducida;

<sup>59</sup> No fue posible acceder a la Circular 601, por lo que la información volcada en el presente trabajo fue extraída de “Concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición”, V Jornadas Tributarias de 2012, Cra. Martha Roca y de la página web [www.dofiscal.net/pdf/doctrina](http://www.dofiscal.net/pdf/doctrina).

- en el caso de intereses, cuando exista un contrato de préstamo o depósito entre la sociedad y un tercero con términos muy similares al préstamo que dio origen al interés recibido;
- en el caso de regalías, cuando exista un acuerdo de transferencia de licencias entre la sociedad y terceros con términos muy similares a los que dieron origen a las regalías recibidas;
- ante la existencia de contratos alternos como medios para trasladar los ingresos a otras jurisdicciones, entre otros.

En la práctica, cuando una determinada sociedad pretende ampararse a los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición, deberá proporcionar a las autoridades fiscales chinas toda la documentación que acredite que se trata del beneficiario efectivo de las rentas y que no cumple con los aspectos negativos relacionados.

Cabe señalar que en la práctica, la utilización de este mecanismo generó grandes inconvenientes por su rigidez, por lo que en el año 2012 fue flexibilizada a fin de que los contribuyentes pudieran ampararse en los beneficios de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el país<sup>60</sup>.

Si bien como surge de lo antes expuesto, dicho Aviso fue modificado, versión a la que no se pudo tener acceso, consideramos igualmente conveniente analizar la que fuera su versión original por cuanto la misma constituye un ejemplo de delimitación del alcance del concepto efectuada por una administración tributaria.

Analizada la misma, destacamos como positivo el hecho de que la administración china establece que la delimitación del concepto en estudio no debe quedar limitada a lo dispuesto por las normas nacionales, debiendo atenderse a los objetivos establecidos por los convenios para evitar la doble imposición, debiendo analizarse tanto la sustancia como la forma.

No obstante ello, resulta cuestionable la enunciación de pautas taxativas, en algún caso de extrema rigidez, que excluyen respecto del sujeto en cuestión, la calidad de beneficiario efectivo.

#### 5.6.1.3.3 Estados Unidos – Nota explicativa al Modelo de Convenio

En Estados Unidos, el Departamento del Tesoro, expidió las Notas Explicativas al Modelo de Convenio, y en las mismas se entendió que beneficiario efectivo es aquella persona que en última instancia recibe el ingreso, independientemente de quién sea el beneficiario nominal: *“El beneficiario efectivo de un dividendo se entiende generalmente como cualquier persona residente de un Estado contratante a quien ese Estado le atribuye el ingreso por dividendo. Párrafo 1 (d) del Artículo 4 (Residencia) señala expresamente este punto en relación con el ingreso que obtenga una persona transparente. Más aún, según lo dispuesto por el párrafo 12 de los Comentarios de la OCDE al Artículo 10, el Estado de fuente de riqueza puede desestimar*

60 ROCCA, Martha: ob cit. página 22.

como beneficiario efectivo a ciertas personas que normalmente pueden recibir el dividendo pero que en esencia no tienen control sobre el mismo (...)."

### 5.6.2 Significado interno del concepto beneficiario efectivo en virtud de proceder el reenvío dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE

Según lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, de no contarse con una interpretación autónoma del concepto que surja del contexto, correspondería remitirse al derecho interno a efectos de determinar su alcance.

Cabría preguntarse a la normativa interna de cuál de los estados correspondería remitirse.

Dado lo discutible del tema, entendemos que profundizar en el mismo excedería el propósito de esta investigación.

No obstante ello, resulta oportuno señalar que compartiendo lo sostenido al respecto por Alberto XAVIER, entendemos que el estado con vocación calificatoria de los presupuestos de aplicación de la norma convencional sería el estado de la "lex situationis" o estado con vocación natural para regular la situación en cuestión. En tal sentido, señala refiriéndose a los demás presupuestos de la norma convencional: "*También aquí la regla general es la atribución de competencia calificatoria exclusiva. Solo que esa atribución no es hecha necesariamente al estado de la fuente de la renta, pero sí al estado con vocación natural para regular la situación, vocación que varía de acuerdo con el tipo de situación en cuestión. Nos referimos a la competencia de la lex situationis para extraer la ley del Estado con vocación para regular un tipo de situación, presupuesto como condición de aplicación de normas convencionales ... puede, pues, concluirse que cierto tipo de situación que configure un presupuesto de aplicación del tratado y que sea descrita por un concepto jurídico debe ser exclusivamente calificada por el orden jurídico que con ella tenga más estrecha conexión (lex situationis) ...*"<sup>61</sup> En este sentido siguiendo la antes señalado debería acudir a la normativa interna del estado en donde resulte residente el presunto beneficiario efectivo.

#### 5.6.2.1 Ventajas y desventajas

De proceder el reenvío dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de convenio OCDE y de existir en el ordenamiento jurídico una definición del concepto beneficiario efectivo que pudiera ser aplicable, reportaría como ventaja la seguridad jurídica que le brindaría a los estados contratantes pues no es lo mismo tener que interpretar un concepto con el riesgo de que ambos lleguen a soluciones diversas, a la hipótesis de ya contar con la definición concreta del término.

Asimismo, también sería ventajoso para los operadores del derecho a la hora de aplicar la cláusula establecida por el convenio, y concretamente ante un caso en el que se controvirtiera su aplicación, para el juez de la causa, que no tendría que delimitar su alcance sino efectuar la calificación de la situación fáctica en relación a dicha definición.

61 XAVIER, Alberto: "*Derecho Tributario Internacional. Conceptos fundamentales*". Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Primera edición, agosto de 2005, páginas 155 a 157.

En contrapartida, podemos plantear como desventaja el hecho de que si el ideal es que las cláusulas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición se interpreten de igual manera en todos los países o al menos, entre los estados ratificantes, tal premisa no se cumpliría pues en concreto, el alcance del concepto de beneficiario efectivo dependería del dado por cada estado.

Adicionalmente, muchas veces los ordenamientos jurídicos difieren al momento de regular sus institutos, pudiendo darse la hipótesis de que la definición interna establecida por un estado no sea compartida por el otro, tornando inaplicable o al menos, dificultosa, la aplicación de la cláusula objeto de estudio.

Incluso, de no contarse con una definición expresa del término, el estado podría pretender aplicar un instituto previsto por su ordenamiento jurídico que a su entender fuera de similares características, el cual podría resultar desconocido o controvertido por el otro estado parte.

Conforme fuera analizado en el capítulo 5, el término beneficiario efectivo bajo análisis encontraría su origen en el common law, el cual admite diversos niveles de propiedad sobre un mismo bien, distinguiéndose el propietario formal (legal owner) y el propietario económico (beneficial owner). El término en estudio se encontraría comprendido dentro de este último concepto.

Sin perjuicio, podemos encontrar conceptos y regímenes que se acercan al concepto anglosajón de beneficiario efectivo en el derecho tributario de los ordenamientos de derecho civil. A modo de ejemplo, el derecho alemán distingue a efectos de la propiedad entre la titularidad del bien y la disponibilidad económica del mismo. Si bien tales atributos en general pertenecen a la misma persona, se reconoce la posibilidad de que recaigan en sujetos diferentes, situación en la cual cobra importancia el referido desdoblamiento en lo que tiene relación con la atribución e imputación de rentas<sup>62</sup>.

Finalmente, existen ordenamientos jurídicos como el nuestro, en los cuales a diferencia de lo precedentemente señalado no se reconoce el desdoblamiento de la propiedad y consecuentemente, no se distingue la figura de beneficiario efectivo. Sí se ha establecido la posibilidad de que respecto de un bien recaigan distintos derechos como por ejemplo, la nuda propiedad y el usufructo, el derecho de uso, el derecho uso y habitación, o incluso la figura del fideicomiso.

### 5.6.2.2 Posibles figuras afines en nuestro ordenamiento jurídico

Resulta procedente analizar ciertas figuras previstas en nuestro ordenamiento jurídico que preliminarmente podrían resultar afines, sin que ello suponga la emisión de un juicio de valor acerca de la procedencia de la remisión al derecho interno a la hora de determinar el alcance del concepto beneficiario efectivo.

62 Artículo 39.1 de la Abgabenordnung, citada por sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional antes citada.

### 5.6.2.2.1 Uso y habitación

Los derechos de uso y de uso y habitación no serán objeto del presente análisis por cuanto si bien suponen un desmembramiento de la propiedad, su limitado alcance impide la comparación y menos aún su asimilación con el término en análisis.

### 5.6.2.2.2 Usufructo

Por su parte, el derecho de usufructo previsto en los artículos 493 a 540 del Código Civil, es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible. Coexiste necesariamente con el derecho de nuda propiedad, tiene duración limitada y concluido, se consolida con el mismo. Asimismo, se trata de un derecho pasible de extinción, entre otros, por la muerte del usufructuario o por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, pudiendo estar sujeto a plazo o condición. A su vez, los derechos del usufructuario están supeditados a lo que determinen las partes, o a falta de previsión, a las disposiciones de nuestro Código Civil.

Si bien el derecho de usufructo no supone la existencia de distintos niveles de propiedad, admite que una persona sea el titular del bien (nudo propietario) y otra la que tenga el goce de los derechos derivados del mismo, entre ellos, a los frutos de la cosa (usufructuario).

En lo que tiene relación con el derecho de usufructo antes analizado y la figura del beneficiario efectivo, entendemos que ambos institutos comparten como característica principal el derecho al goce de la cosa ajena en el caso de usufructo, y en el caso del beneficiario efectivo de la disponibilidad económica del bien.

No obstante, podríamos señalar ciertas diferencias entre ambas figuras.

En primer lugar, mientras el usufructuario se encuentra obligado a restituir a su dueño la cosa una vez extinguido el derecho real que recae sobre la misma, el beneficiario efectivo no tendría dicha obligación por cuanto no solamente detentaría el derecho al goce del bien sino también el derecho a disponer económicamente del mismo.

En segundo lugar, el usufructo por expresa disposición normativa tiene duración limitada, extinguiéndose en última instancia como consecuencia de la muerte del usufructuario. El beneficiario efectivo por su parte, en tanto supondría la titularidad de la disponibilidad económica del bien, en principio no tendría una duración limitada, perdurando más allá de la muerte de aquel.

Adicionalmente, el usufructuario no detenta la propiedad económica del bien, habida cuenta que nuestro derecho no admite la distinción entre propiedad formal y económica, característica que parecería ostentar la figura del beneficiario efectivo.

En última instancia, el derecho de usufructo es un derecho limitado por cuanto, por más amplios que fueran los derechos del usufructuario, nunca podrá disponer del bien

como si fuera su propietario. Como vimos, los derechos del usufructuario están limitados a lo pactado en el contrato o, a falta de previsión, a lo que establezca el Código Civil, mientras que el beneficiario efectivo tiene un derecho de propiedad pleno, sólo que ver- saría sobre el aspecto económico.

Ahora bien, como dijimos el derecho de usufructo supone el derecho del usufructua- rio a disponer de los frutos de la cosa. En este sentido, la figura del usufructuario podría asimilarse a la del beneficiario efectivo en tanto supone la disponibilidad económica de la renta en cuestión.

En definitiva, ambas figuras podrán llegar a ser asimilables o no, dependiendo si se compara la figura del beneficiario efectivo con el derecho de uso y goce que tiene el usufructuario respecto de la cosa usufructuada o, sobre el derecho que posee sobre los frutos de la misma.

### 5.6.2.2.3 Fideicomiso

La ley N° 17.703 de 4 de Noviembre de 2003, define al fideicomiso en su artículo 1°: *“El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o, la transmita al beneficiario. Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios”*.

Según surge de la norma transcripta, el fideicomiso se define como un negocio ju- rídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria sobre un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales del fideicomitente. Tales derechos son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario a los efectos de que éste ad- ministre o ejerza los derechos en beneficio de una persona designada en el fideicomiso. Una vez cumplido el plazo o condición, la propiedad fiduciaria debe ser restituida al fideicomitente o en su caso, trasmitida al beneficiario.

En cuanto al instituto del fideicomiso y la figura del beneficiario efectivo, ambos ins- titutos presentan similitudes en cuanto suponen la coexistencia de distintos derechos.

En el caso del fideicomiso, encontramos por una parte el derecho de titularidad de los bienes afectados al mismo y por otra, el derecho al goce de los beneficios obtenidos a raíz de dicho contrato.

Sin perjuicio, se advierten diferencias entre ambas figuras que preliminarmente im- pedirían su asimilación.

En primer lugar, en el caso del fideicomiso, los derechos del beneficiario se encontra- rían limitados a aquello que se hubiera dispuesto contractualmente. En el caso del bene- ficiario efectivo y en tanto titular de la disponibilidad económica del bien, no existirían tales limitaciones.

En segundo lugar, respecto del fideicomiso, cumplido el plazo o condición previsto por el contrato la propiedad fiduciaria deberá necesariamente ser restituida al fideico-

mitente o transmitida al beneficiario, mientras que en la figura del beneficiario efectivo la titularidad de la disponibilidad económica del bien no estaría en principio sujeta a plazo o condición alguna.

Finalmente, cabría realizar una precisión en cuanto a que en el caso de un fideicomiso no revocable, el mismo actuaría con libertad e independencia respecto del fideicomitente y podría generar rentas que no necesariamente deberían ir a los beneficiarios hasta que no se cumpla con la condición para ello.

#### 5.6.2.2.4 Actuación por interpuesta persona

En el caso de la simulación por interpuesta persona encontramos un sujeto que formalmente aparece como titular del bien en cuestión y otro, encubierto, verdadero propietario del mismo. Este último en su condición de tal, aprovecha los beneficios derivados del derecho de propiedad en relación al bien.

Previendo los efectos jurídicos de la actuación por interpuesta persona, el artículo 1580 del Código Civil dispone: *“Los contradocumentos surten efecto entre los contrayentes y sus herederos; pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular los cuales se consideran como terceros”*.

A través de esta disposición se vislumbra la posibilidad de que un sujeto celebre una compraventa simulada traspasando la propiedad a otro sujeto que figurará formalmente como su propietario, siendo el primero de ellos quien en los hechos disfrute de los derechos inherentes a la propiedad.

Se advierte la semejanza con la figura del beneficiario efectivo en la posibilidad en que la titularidad del bien formalmente se encuentre en manos de un sujeto pero los beneficios derivados de aquel sean aprovechados por otro.

No obstante la similitud señalada, ambas figuras no serían asimilables desde el momento en que la situación bajo análisis implica un negocio simulado mientras que el beneficiario efectivo no necesariamente supondría una simulación, si bien podría darse dicho hipótesis.

#### 5.6.2.2.5 Beneficiario final

Finalmente, debemos hacer breve mención a la ley N° 18.494, de fecha 11 de junio de 2009 que regulando el régimen jurídico aplicable para el contralor de prevención de lavados de activos y del financiamiento del terrorismo, introdujo en nuestro derecho el concepto de beneficiario final.

Dicho concepto fue definido por el literal c) del numeral 2° del artículo 4 del decreto reglamentario N° 355/010 de 2 de diciembre de 2010, que entiende por beneficiario final a la persona física que es propietaria final o controlante de un cliente o en cuya representación se lleva a cabo una operación; comprende a aquellas personas que ejercen el control final sobre una persona jurídica, un fideicomiso, un fondo de inversión u otro patrimonio de afectación.

Cabría preguntarse entonces si podría extenderse la definición de beneficiario final prevista por el decreto precedentemente citado, al concepto de beneficiario efectivo establecido en los convenios para evitar la doble imposición.

Preliminarmente entendemos que en tanto la definición de beneficiario final necesariamente supone la existencia de una persona física, no sería posible hacer extensiva la misma al concepto que nos ocupa, desde el momento que a nuestro criterio, la figura de beneficiario efectivo podría, dependiendo del caso concreto, recaer tanto sobre una persona física como jurídica.

Efectuado el análisis precedente, encontramos que si bien la figura del beneficiario efectivo no se encuentra definida en nuestro derecho interno, las figuras preliminarmente similares al término objeto de estudio antes analizadas, presentan, salvo el derecho del usufructuario en relación a los frutos del bien respecto al cual ostenta dicho derecho, sustanciales diferencias que impedirían su asimilación. Sin perjuicio, de acuerdo a lo analizado a lo largo de este capítulo entendemos pertinente a la hora de determinar el alcance de beneficiario efectivo no remitirnos a lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos internos con respecto al mismo.

### **5.7 Vinculación entre la cláusula de beneficiario efectivo y la cláusula de limitación de beneficios o cláusula de exclusión**

Finalmente, entendemos pertinente deslindar brevemente el ámbito de aplicación de la cláusula bajo estudio y las denominadas cláusulas de limitación de beneficios.

Siguiendo a Leonardo BRUZZONE y otros, las cláusulas de limitación de beneficios o de exclusión son cláusulas destinadas a excluir explícitamente de la aplicación del convenio para evitar la doble imposición a las sociedades que gocen de regímenes fiscales privilegiados en el estado de su residencia. Un fundamento teórico para la incorporación de una cláusula de este tipo en un convenio para evitar la doble imposición puede encontrarse en el hecho de que posiblemente, el nivel de imposición de uno de los estados contratantes ya de por sí reduce todo riesgo de doble imposición internacional, o bien, éste puede subsistir, pero en mínima medida. El diseño de estas disposiciones puede dirigirse a apuntar a cierto tipo de régimen fiscal privilegiado vigente, dejarlo abierto a otros de naturaleza similar que puedan implantarse en un futuro, o bien podrían diseñarse elaborando una fórmula genérica que permita identificar a los regímenes fiscales que se pretende abarcar<sup>63</sup>.

En definitiva, esta cláusula supone la inaplicabilidad de los beneficios otorgados por las disposiciones del convenio para evitar la doble imposición de que se trate respecto de las personas y/o entidades objeto de la misma.

Cabe señalar en primer lugar, que es posible la coexistencia de ambas cláusulas.

Respecto de la aplicación de las mismas, frente a un caso concreto deberá determinarse en primer lugar si la sociedad receptora de la renta no se encuentra imposibilitada de acceder a los beneficios otorgados por el convenio en función de encontrarse compren-

63 Bruzzone, Leonardo y otros: "El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya" en Revista Tributaria N° 245, marzo – abril de 2015.

dida en el objeto de la cláusula de limitación de beneficios. En este caso, no cabría analizar si dicha sociedad reúne la calidad de beneficiario efectivo de la renta por cuanto de acuerdo a lo establecido por la cláusula de limitación de beneficios, la misma no podrá acceder a los beneficios otorgados por el convenio, en ninguna hipótesis.

Una vez verificado que la sociedad receptora de la renta no se encuentra comprendida en lo previsto por la cláusula de limitación de beneficios, deberá determinarse a los efectos de poder hacer uso de la reducción fiscal prevista en los artículos que regulan los dividendos, intereses y regalías, que dicha sociedad reúne la calidad de beneficiario efectivo de la renta en cuestión.

### **5.8 Información obtenida de las entrevistas realizadas.**

En el marco de esta investigación, se realizaron dos entrevistas a personas expertas en el tema. Las mismas, que se pueden ver en los anexos 1 y 2 contenían cinco preguntas que se les realizaron a ambos entrevistados.

De los entrevistas realizadas no se extrajo información que alterara los desarrollos de la presente investigación.

## **6. Discusión**

### **6.1 Conclusiones de la Investigación**

A continuación se desarrollarán las conclusiones parciales y finales del presente trabajo de investigación. Para ello, se irán respondiendo las preguntas específicas de investigación planteadas al comienzo del mismo, para finalmente responder, en base a la evidencia empírica recabada del análisis documental y las entrevistas realizadas, la pregunta principal de investigación.

#### **6.1.1 Conclusiones parciales**

A continuación se presentan las respuestas a las preguntas específicas de investigación;

- ¿Cuál es el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”?

Encontramos el origen del término en un tratado celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos en el año 1945. Habiendo sido el mismo utilizado por primera vez en un tratado celebrado entre países del Common Law, la intención que probablemente tuvieron las partes intervinientes fue de asignarle al término idéntico significado a aquel que el mismo tenía a nivel de sus leyes domésticas.

Consideramos que si bien conocer aquel significado no resulta determinante en cuanto a la definición que de la expresión se tenga hoy, no deja de constituir un antecedente a la hora de intentar determinar su alcance, máxime cuando a la fecha se carece de una definición internacional.

La evolución del concepto a nivel internacional se observa a partir de las sucesivas modificaciones a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, los cuales a nuestro juicio recogerían la evolución doctrinaria y jurisprudencial en cuanto al alcance del mismo.

La misma transitó desde la consideración de aspectos formales, excluyéndose del alcance del término a agentes y mandatarios, a considerarse aspectos sustanciales, recogiendo en los últimos comentarios al Modelo de Convenio OCDE que el receptor de la renta debería tener el pleno derecho de uso y goce de la misma, sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona. Este derecho de uso y goce de la renta debe ser distinguido de su propiedad legal, así como del titular del activo que lo genera. Cabe señalar además, que la obligación de transferir la renta no necesariamente debe surgir de documentos formales, sino que también puede surgir de hechos y circunstancias que lo acrediten.

- ¿Cuál es (o cuál fue) el propósito del establecimiento de dicho concepto en la normativa que lo establece?

Según surge de la presente investigación el concepto beneficiario efectivo habría sido introducido para contrarrestar el uso indebido de los tratados por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse de los mismos, lo que lo ubicaría dentro de lo que comúnmente se denomina en materia de fiscalidad internacional como “*treaty shopping*”.

Entendemos que dicho propósito resulta al menos discutible en tanto la ausencia de beneficiario efectivo no implica necesariamente, según se analizó oportunamente, que haya habido abuso de convenio.

- ¿Ante qué tipo de cláusula se está?

Consideramos que no se trata de una cláusula antiabuso puesto que no se requiere verificar la intencionalidad de las partes, tratándose en definitiva a nuestro juicio de una cláusula específica que busca limitar los beneficios otorgados por los convenios para evitar la doble imposición de constatarse que el receptor de rentas por concepto de dividendos, intereses y regalías no reúne la calidad de beneficiario efectivo.

- ¿Existen figuras afines al concepto en nuestro ordenamiento jurídico interno?

De las figuras reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos que dentro del instituto del usufructo, previsto en los artículos 493 a 540 del Código Civil, la figura del usufructuario podría asimilarse a la de beneficiario efectivo en tanto supone la disponibilidad económica de la renta en cuestión.

- ¿Cómo ha sido delimitado el concepto por la jurisprudencia internacional?

Al momento de aplicar dicho concepto, surge de los diferentes fallos jurisprudenciales analizados -algunos de los cuales hemos reseñado en esta investigación-, la interpretación disímil de dicho término, lo cual obstaculiza o al menos, dificulta la correcta aplicación del mismo.

En este sentido, a la hora de calificar si se está en presencia de un beneficiario efectivo se plantea una nueva dificultad por cuanto en algunos casos se efectúa un análisis formal, como por ejemplo en el caso *Prévost*, mientras que en otros casos como *Indofood* y *Real Madrid* se efectúa un análisis de la sustancia de la operación.

- ¿Se han adoptado soluciones prácticas por los diferentes estados en relación al concepto?

Entendemos que las soluciones prácticas adoptadas en el ámbito de las administraciones tributarias analizadas tampoco contribuyeron a la hora de delimitar su alcance.

### 6.1.2 Conclusión final

Tomando como base las conclusiones parciales a las que se arribaron, se procederá a continuación, a responder a la pregunta principal de investigación planteada al inicio de nuestro trabajo la que se transcribe a continuación:

**¿Cuál es el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición?**

A más de 40 años de incorporado el concepto de beneficiario efectivo a los convenios para evitar la doble imposición no se ha delimitado claramente el alcance del mismo ni en éstos, ni en los modelos de convenio existentes, ni en los comentarios a los mismos.

Tampoco se ha ensayado una definición precisa a nivel doctrinario recogida a nivel internacional.

La mayoría de la doctrina aboga por la existencia de un significado fiscal internacional de la expresión “beneficiario efectivo”, hecho que también fue reconocido en alguno de los fallos jurisprudenciales analizados. Entendemos acertado tal enfoque por cuanto contribuye a una aplicación armónica de los convenios para evitar la doble imposición celebrados entre los diferentes estados. Por el contrario, recurrir a las diferentes legislaciones domésticas podría llevar a dificultades prácticas a la hora de aplicar las disposiciones de los mismos.

La cuestión es cómo derivar en un significado internacional o, en otras palabras, cómo inferirlo de su contexto, surgiendo a su vez dificultades a la hora de determinar este último. Consideramos pertinente señalar en relación a qué debe entenderse por contexto que, a nuestro juicio, el mismo podría comprender todos los elementos analizados en la presente investigación como ser, doctrinas más recibidas fallos jurisprudenciales, análisis del establecimiento y evolución de la cláusula beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, entre otros.

### 6.1.3 Recomendaciones

Dado lo expuesto precedentemente, consideramos necesario o al menos altamente conveniente la previsión de una definición expresa del concepto en el propio convenio.

En tal sentido, entendemos que tal definición debería establecer que para reunir la calidad de beneficiario efectivo, el receptor de la renta debe tener el pleno derecho de uso

y goce de la misma sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona, debiendo distinguirse del propietario legal así como del titular del activo que genera dicha renta.

Ello conllevaría, a nuestro juicio y necesariamente, a un análisis de la sustancia económica de la operación concreta sujeta a análisis, sin que sea posible de antemano establecer pautas objetivas a efectos de la calificación de un negocio concreto. Entendemos que el término no debe ser analizado desde un punto de vista meramente formal, por cuanto de considerarse como elemento concluyente la calidad de propietario del activo que genera la renta a la hora de determinar la calidad de beneficiario efectivo, siempre el receptor inmediato de la misma reuniría tal calidad.

Si ello no llegara a concretarse, y si bien constituye una solución menos ambiciosa, consideramos conveniente definir ciertas pautas, vinculantes para los estados, a efectos de delimitar el alcance del término.

En este sentido, compartiendo los nuevos comentarios del Modelo de Convenio OCDE, el receptor de la renta debería tener el pleno derecho de uso y goce de la misma, sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona. Este derecho de uso y goce de la renta debe ser distinguido de su propiedad legal, así como del titular del activo que lo genera. Cabe señalar además, que la obligación de transferir la renta no necesariamente debe surgir de documentos formales, sino que también puede surgir de hechos y circunstancias que lo acrediten.

Por último, creemos que el alcance del concepto de beneficiario efectivo no debería asimilarse a la persona física que tiene el control último sobre la sociedad o los activos ya que en el contexto en el que fue inserto, la finalidad fue clarificar la expresión pagadas a un residente, pudiendo ser éste persona física o jurídica.

## 7. Listado bibliográfico

AISEMBERG, Luis y otro: *“El concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional”*, en

AVERY JONES, J. F. y otros: *“The origins of concepts and expressions used in the OECD models”* en *British Tax Review*, vol. 695, 2006, p. 753-754.

BAKER, P.: *“Beneficial ownership: After Indofood”* en *GITC Review*, vol. IV, N° 1, feb. 2007.

BAKER, P: *“Comentarios al MCOCDE, párrafos 10.b y 10.4.”*

BRUZZONE, L y otros: *“El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya”* en *Revista Tributaria* N° 245, marzo – abril de 2015.

DU TOIT Charles: *“Beneficial Owner of royalties on bilateral tax treaties”* IBDF, Amsterdam.

DU TOIT, Charles: *“The Evolution of the term “Beneficial Ownership” in relation to International Taxation over the past 45 years”*, en IBDF, *Bulletin for International Taxation*, octubre 2010.

ELLIFE, C.: *“The interpretation and meaning of “Beneficial Owner” in New Zealand”*, en *British Tax Review*, p. 276-305.

FRASCHINI, I y otra: *“La planificación fiscal vs. El abuso de tratados. El treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo”*, en *Revista Tributaria*, n° 219, nov-dic. 2010.

KLAPPENBACH, Ana y otras: *“El concepto beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria*, Tomo XL, número 234, mayo-junio 2013.

LOAIZA, C.: *“La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria Uruguaya* Tomo XXXVII, número 216, mayo-junio 2010.

MAZZ, Addy: *“La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria*, Tomo XL, número 233, marzo-abril 2013.

NIEVES, G.: *“Interpretación de los convenios para evitar la doble imposición”* en *Revista Tributaria*, Tomo XXXVII, número 217, julio-agosto 2010.

NIEVES, G.: *“Interpretación y aplicación de Convenios de doble imposición internacional”*, en *Revista Tributaria* Tomo XL, número 232, enero-febrero 2013.

OCDE: *“Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”*, traducción al español del Instituto de Estudios Fiscales, julio 2010.

OECD Report entitled: *“Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention”*, publicado en abril de 1972 en Anexo del MCONU.

OECD: *“Double Taxations Conventions and the Use of Conduit Companies”*, adoptado por el Consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986, en OECD, e-library.

OECD: *“Clarification of the meaning of “Beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention”*, Discussion draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, en

ONU: *“Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo”*, Revisión 2011.

PISTONE, P.: *“El abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal”* en *“Curso de Derecho Tributario Internacional”*, Víctor Uckmar, Editorial Temis, 2003, vol II.

UCKMAR, V.: *“Curso de Derecho Tributario Internacional”*, Editorial Temis, 2003, vol II.

SERRANO ANTÓN: *“Fiscalidad Internacional”*, Editorial Centro de Estudios Financieros, Madrid, 4ta. Edición.

TAVOLARO: “Beneficiario Efectivo” en RTFP, N° 52, set-oct 2003.

VOGEL: “On Double Taxations Conventions”

VEGA BORREGO, F.: “El concepto de Beneficiario Efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Documentos Instituto de Estudios Fiscales N° 8/05.

XAVIER, Alberto: “Derecho Tributario Internacional. Conceptos fundamentales”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Primera edición, agosto de 2005.

Casos de jurisprudencia internacional, entre otros:

“Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank” (2006), en [www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html).

“The Queen v. Prevost Car Inc.” Federal Court of Appeal, Canadá, 2008 en <http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008>.

Caso Real Madrid, sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org:an&comunidad:13>

## Anexo I

### Cuestionario Dr. Andrés Blanco

#### 1.- ¿Entiende usted que el término “beneficiario efectivo” introducido en el Modelo de Convenio de la OCDE conlleva al análisis de la realidad económica?

Si, desde mi punto de vista sí, sin duda. Parecería ser que beneficiario efectivo, sobre todo el adjetivo efectivo, apunta a pasar por arriba de la calidad formal de accionista o socio. Es decir, apunta a prescindir de la calidad formal de integrante de la sociedad, para atender a quien es en sustancia el sujeto que recibe los beneficios derivados de la actividad que desarrolla la sociedad y que es objeto de reparto.

Para que coincidiera simplemente con el término accionista tendría que suponerse que las normas han introducido un texto redundante y, en general, los criterios generales de racionalidad de todos los sistemas, pero particularmente de los sistemas jurídicos, indican que una cualidad racional del mismo es que no es redundante, es decir, que cada situación está tratada una vez y de una manera, no dos veces y de la misma manera o con dos nombres distintos. Entonces, empíricamente uno puede comprobar casos de redundancia en los sistemas jurídicos (en los sistemas normativos o en cualquier sistema). No obstante, para evaluar una determinada solución hay que partir del supuesto de que, en principio, el sistema no es redundante. Esto ha sido desarrollado por Alchourron y Bulygin, en el famoso trabajo titulado en inglés “Normative Systems”, y en español “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”. En este trabajo, los autores señalan que una de las cualidades formales que hay que suponer en un sistema jurídico es, justamente, la no redundancia, aparte de la coherencia y la unidad.

#### 2.- ¿A los efectos de interpretar dicho concepto considera que debería remitirse al derecho interno en virtud de lo dispuesto por la cláusula de reenvío establecida en el artículo 3.2 de los Convenios?

Si, primero que nada debo señalar que es un tema que aún no he abordado en profundidad. De todas maneras, remítase al derecho interno o no, las líneas generales de la discusión van a ser semejantes porque parecería que está pensando para el caso que se tenga en la legislación interna alguna norma que defina beneficiario efectivo de una manera especial. Ahora bien, eso necesariamente impone un análisis en función de la realidad, es decir, pasar por encima de la forma jurídica quizás con alguna pauta específica. Por ejemplo, la existencia en el derecho interno de alguna pauta especial para evaluar la realidad para el caso concreto del beneficiario efectivo, que algunos países la podrían tener. Por ejemplo, que se establezca: “...existirá beneficiario efectivo cuando: a)...b)... c)... d)...” Pero en general, parecería que la línea general sería esa.

Se pregunta: Remisión al derecho interno en el sentido si podría suponer que coloques el concepto de beneficiario efectivo en un instituto ya creado partiendo de la base de que nuestro derecho no lo tiene?

No, no lo tiene pero no es inconsistente tampoco con otras categorías que maneja el derecho positivo y la dogmática interna, por ejemplo, el artículo 6 del Código Tributario.

Quizás no sea tan importante preguntarse si el concepto encuadra dentro de una figura ya existente, sino preguntarse si es inconsistente con algo que ya se tiene.

### **3.- ¿A su criterio, cuál sería la naturaleza jurídica del referido concepto: norma antielusiva, antiabuso u otro?**

Bueno, en ese caso yo tengo que hacerles a ustedes una pregunta ¿a dónde apuntan con la pregunta de la naturaleza jurídica? ¿Que diferencia habría entre llamarlo norma antielusiva, norma antiabuso?

Las preguntas sobre la naturaleza jurídica son complejas. Los juristas lo hacemos habitualmente. El tema es que para abrir bien la discusión hay que desplegar todo lo que uno está colocando implícitamente en la discusión acerca de la naturaleza jurídica. Si la pregunta refiere a si es una u otra porque la norma antiabuso requiere una finalidad “desviada”, y la norma antielusiva no, porque funcionaría de una manera más objetiva, la verdad, no lo sé, habría que ver un poco más los antecedentes y demás. Realmente, necesitaría reflexionar un poco más en relación al tema para emitir opinión acerca de si es una cosa u otra.

Se pregunta: ¿O tal vez podemos tildarla como ninguna de las dos?

O cualquiera de las dos. Colocar en un lugar u otro la frontera de la norma antiabuso está bastante atado con las intenciones que tenga el dogmático que esté analizando el problema o el juez que esté analizando el problema. Es decir, cualquier norma antielusiva podría ser calificada como una norma antiabuso. Parecería que la tendencia general en todo este tipo de normas es a que funcionen de manera objetiva, como las normas de precios de transferencia. El caso de los precios de transferencia es un caso típico. ¿Por qué surge la figura? Para evitar toda discusión de la realidad versus forma. De esta manera se establece una norma objetiva y cuando hay un apartamiento de esta pauta, o de esta regla fijada en forma fría por el texto legal se practica el ajuste prescindiendo de la valoración de intenciones. Entonces, parecería que este tipo de normas que pertenecen a un mismo conjunto, o a una misma familia de normas, como es la de beneficiario efectivo, apuntaría a eliminar valoraciones subjetivas y otras evaluaciones semejantes que están sí en la valoración acerca del fraude o en la decisión acerca del abuso. Si esto fuera así, cabría pensar que están más cerca de una norma objetiva que subjetiva.

### **4.- ¿Cuál sería a su juicio el fundamento jurídico de un acto administrativo dictado a los efectos de desconocer la calidad de beneficiario efectivo ante un caso concreto? ¿Bastaría lo dispuesto por el artículo del convenio aplicable al caso concreto o requeriría la aplicación conjunta de dicho artículo y el artículo 6 del Código Tributario?**

Eso en realidad refiere simplemente al planteamiento de qué normas deben invocarse. Estamos asumiendo que es un caso en el cual hay un tratado en el cual se prevé el caso de beneficiario efectivo. En principio parecería que bastaría la sola aplicación de la norma del tratado, porque el tratado de derecho interno es un fundamento jurídico igual que el Código Tributario y el tratado está en el mismo rango que el Código Tributario, es una ley también. No estaría demás invocar el artículo 6 del Código Tributario pero parecería que si no se hiciera no habría mayor problema.

**5.- ¿Considera usted que el concepto de beneficiario final previsto por el artículo 2º de la Ley N° 18.494, de 11 de junio de 2009, tiene un significado similar al concepto en estudio?**

Bueno, conceptualmente tendría que decir que sí, porque a la larga el beneficiario efectivo de un rendimiento siempre es una persona física, siempre. O sea, al final del día siempre hay una persona física. Las personas jurídicas no existen, no hay nada atrás de una persona jurídica, más que seres humanos. Ahora, otra cosa es el concepto de beneficiario efectivo en el contexto del Modelo de OCDE. Eso ya es otra cosa distinta que sinceramente preferiría no emitir opinión porque no lo tengo aún estudiado a fondo (tal vez allí el contexto determina una solución distinta pero preferiría no pronunciarme en relación a ello).

## Anexo II

### Cuestionario Dr. Juan Bonet

**1.- ¿Entiende usted que el término “beneficiario efectivo” introducido en el Modelo de Convenio de la OCDE conlleva al análisis de la realidad económica?**

En nuestra opinión va al análisis de la realidad, pero parte de la misma implica la constatación de la existencia de elementos jurídicos formales que el concepto de BE conlleva.

**2.- ¿A los efectos de interpretar dicho concepto considera que debería remitirse al derecho interno en virtud de lo dispuesto por la cláusula de reenvío establecida en el artículo 3.2 de los Convenios?**

No, entendemos que hay una concepción internacional del concepto.

**3.- ¿A su criterio, cuál sería la naturaleza jurídica del referido concepto: norma antielusiva, antiabuso u otro?**

Norma antielusiva especial.

**4.- ¿Cuál sería a su juicio el fundamento jurídico de un acto administrativo dictado a los efectos de desconocer la calidad de beneficiario efectivo ante un caso concreto? ¿Bastaría lo dispuesto por el artículo del convenio aplicable al caso concreto o requeriría la aplicación conjunta de dicho artículo y el artículo 6 del Código Tributario?**

Bastaría con lo que señala el convenio aplicable. El tema puede ser que del concepto del CDI existan aspectos de prueba relacionados con la realidad como ya fue mencionado.

**5.- ¿Considera usted que el concepto de beneficiario final previsto por el artículo 2° de la Ley N° 18.494, de 11 de junio de 2009, tiene un significado similar al concepto en estudio?**

No, en absoluto y lo desarrollamos en nuestro trabajo.



## MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

*CAIRO, Sofia*

Límites a la autonomía privada en sede de donación y colación

*VERDÍAS, Mateo*

Drafting an arbitration clause



# LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN SEDE DE DONACIÓN Y COLACIÓN

SOFÍA CAIRO

## I. Planteamiento

El Derecho nos enfrenta constantemente a situaciones que hacen cuestionarnos si ciertos límites del régimen legal son adecuados o si, por el contrario, resultan excesivos. Si bien no hay libertad sin límites, sino ésta se convertiría en libertinaje, en ocasiones una limitación excesiva puede actuar en desmedro de la persona y su dignidad. Este tipo de restricciones que impone el derecho llevan, como daño colateral, a la desnaturalización de la norma y del interés tutelado por la misma.

A esto se le suma que el derecho puede volverse obsoleto ante las nuevas realidades sociales y exigencias actuales. Una norma que era aplicable a cierto contexto temporal y social deviene irrelevante e, incluso eventualmente, puede llegar a desvirtuar la razón de ser de la misma. Es entonces que los principios generales del derecho vienen en auxilio del intérprete dándole sentido a todo nuestro sistema normativo. El ordenamiento jurídico requiere el elemento de ajuste frente a la realidad cambiante, y este se logra mediante los principios generales del derecho.

## II. Noción de autonomía privada

Como ha señalado la doctrina «el Derecho Contractual ha representado tradicionalmente el área de más plena realización de la voluntad del individuo»<sup>1</sup>. Siguiendo a Ordoqui Castilla «por principio de autonomía privada se entiende aquél que refleja el poder de las partes de regular todas las condiciones y modalidades de sus compromisos por sí solas»<sup>2</sup>. Betti señala que «la iniciativa privada (o la autodeterminación) es el mecanismo motor de toda regulación recíproca de intereses privados»<sup>3</sup>. En nuestro derecho encontramos consagrado el principio de autonomía privada en los artículos 1246 y 1291 del Código Civil, entre otros.

La libre expresión de la autonomía privada comercial afirma la dignidad de la persona. Sin pretender ahondar en aspectos filosóficos, considero que el velar libremente por nuestros intereses es innato a la naturaleza humana. Por lo tanto, a la hora de limitar el accionar de la persona en el ámbito comercial el legislador debe hilar fino. Implica que las limitaciones sean hijas de la necesidad, esto es, que se limite en la medida que sea imprescindible proteger un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. No limitar el

1 PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, Ed. BOSCH, 1988, pág. 5.

2 ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio de los contratos [Privados y Públicos]*, Montevideo, Ed. Univ. Católica del Uruguay, 2007, pág. 24.

3 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1959, pág. 40.

acto volitivo negocial a diestra y siniestra, sino con una razón legítima que se sustente en la ley misma. Por lo expuesto, considero acertada la doctrina al disponer que «al hablar de la autonomía privada negocial estamos frente a un problema de medida»<sup>4</sup>.

### III. Límites a la autonomía privada negocial en el contrato de donación

Hoy en día ha sido superada la opinión doctrinaria del modelo francés que pecaba de clasificar a la donación como acto. Siguiendo a Gamarra «no hay duda alguna, acerca de la naturaleza contractual de la donación»<sup>5</sup>. La donación es un negocio entre vivos, un contrato por el cual el donante, ejerciendo un acto de liberalidad, se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado, como dispone la letra del artículo 1613 del Código Civil.

La donación entraña un acto de liberalidad, este es el elemento subjetivo conocido como “animus donandi” que, tal como señala Gamarra, se identifica con la causa de la donación definida con carácter general en el artículo 1287 como “la mera liberalidad del bienhechor”<sup>6</sup>. Ahora bien, la donación se ve limitada por el ordenamiento jurídico, y con razón, por cuanto hay ciertos intereses por los cuales el ordenamiento debe velar, incluso, por encima de la autonomía privada.

Claro está que no podría dejarse al mero arbitrio del donante qué disponer, en tanto esto acabaría en la desprotección de la familia, generando a su vez inseguridad jurídica. Por ello, el legislador dispuso en sede de donaciones “prohíbese donar entre vivos más de aquello de que pudiera disponerse libremente por última voluntad” remitiendo a sede de sucesiones y regímenes testamentarios.

La legítima, definida en el artículo 884 del Código Civil como la “parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación”, es un mecanismo para proteger a los herederos legítimos de todo acto liberal con que se pretenda vulnerar sus derechos. El artículo 885 del Código Civil dispone que tienen legítima los hijos legítimos y naturales y los ascendientes legítimos, estos últimos siempre que no haya dejado descendencia el causante. El art. 887 establece cuánto representará la porción legitimaria respecto de los bienes y en función del número de hijos; pautando la mitad de los bienes habiendo un solo hijo, las dos terceras partes si hay dos hijos y las tres cuartas partes si hay tres o más hijos.

Para saber cuál es la legítima, y averiguar si el causante se excedió en las donaciones hechas en vida vulnerando la misma, debe hacerse un cálculo dividiendo idealmente el patrimonio del causante en dos partes: una de libre disposición y la porción de la legítima<sup>7</sup>. En primer lugar, con los bienes que haya dejado el “cujus successione agnur” se

4 ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot 1989, pág. 16.

5 GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3a. ed., Montevideo, 1980, pág. 20.

6 Cfr. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3a. ed., Montevideo, 1980, pág. 99.

7 Cfr. VENTURINI, *Manual de contratos*, t.I, 1a. ed., Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2014, pág. 379.

pagarán los rubros pautados en el artículo 1043 del Código Civil, dando lugar al acervo líquido. Una vez calculado este último, deberá reconstruirse idealmente el patrimonio sumándose el valor de las donaciones que ha hecho en vida el causante, obteniendo así el acervo líquido imaginario. Este patrimonio ideal se dividirá a su vez en dos partes: la parte de libre disposición y la correspondiente a la legítima. Una vez calculadas las dos porciones se compararán con las que realmente haya dejado el causante en el acervo líquido. Cuando las disposiciones testamentarias y las donaciones hechas en vida por el causante excedan la parte de libre disposición del acervo imaginario, los legitimarios podrán incoar la acción para lograr la reducción de donaciones y legados.

Entre coherederos se prevé el régimen de colación, entendida esta como la agregación al cúmulo de la herencia, que hacen los herederos forzosos, de los bienes que recibieron del difunto cuando vivía y que deben serles imputados en su respectiva legítima. El Código Civil en el artículo 1101 dispone “*toda donación que se hubiese hecho a un heredero forzoso que tenía entonces la calidad de tal, se imputará a su legítima, a menos que en la respectiva escritura o en acto auténtico posterior se exprese que la donación ha sido hecha de la parte disponible a favor de extraños*”. Para después, en su segundo inciso, el legislador establecer “*Aun en este último caso, si la donación excediere la cuota disponible, el exceso estará sujeto a reducción (artículo 890)*”. Esto es, toda donación que el causante haya hecho a un heredero forzoso y exceda la “cuota disponible” es susceptible de ser atacada a través de la acción de reducción de donaciones.

Los primeros indicios de la colación se remontan al Derecho Romano. La denominada “*collatio bonorum*” fue un mecanismo mediante el cual el pretor buscó mitigar la desigualdad que se generaba entre los hijos emancipados y los que se encontraban bajo la patria potestad del pater familias. Se obligaba a los emancipados a aportar a la masa hereditaria cuanto hubiesen adquirido, es decir, todo aquello que de no estar emancipados, hubiesen adquirido para el pater. Más tarde aparece la colación justiniana, aplicable a todas las donaciones y que se funda sobre el principio que la ley considera que el difunto, habiendo hecho liberalidades a un descendiente, no quiso proporcionarle una ventaja absoluta respecto a su herencia, frente a los otros que concurren a su sucesión<sup>8</sup>. El fundamento del instituto, al decir de Irureta Goyena, radica en un sentimiento o una aspiración a la igualdad entre los miembros de la familia<sup>9</sup>. Ahora bien, cabe cuestionarnos si la colación aspira a una igualdad formal o material. Remontándonos a sus orígenes vemos la aparición del instituto en un contexto social marcado por la desigualdad, completamente ajeno a la vida actual.

A simple vista parecerían razonables estas disposiciones inspiradas en la igualdad formal de los co-herederos. Sin embargo, un estudio más minucioso de las mismas lleva a cuestionarnos la razón de ser de éstas en la actualidad, habiéndose llegado a un consenso respecto a la necesidad de velar por la igualdad material. Me atrevo a decir que, incluso, podrían devenir injustas frente a casos particulares en que el derecho guarda silencio total como ser el deseo de beneficiar a un hijo con capacidades especiales, con condiciones que no ameriten la declaración de incapacidad pero que supongan una des-

8 Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, España, Ed. Del Genal, 2007, pp. 327-329.

9 CALVO y CAILLABET, *Colación Sentencia del Juzgado Letrado 1º Instancia de Artigas – Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er turno*, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 6, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pág. 54.

ventaja inmensurable en distintos ámbitos de la vida cotidiana. Es en este tipo de escenarios que se evidencia lo perjudiciales que pueden llegar a resultar las restricciones a la autonomía privada en sede de donaciones y en el ámbito negocial per se. Esto último en tanto que hoy es admitido por la doctrina el empleo de los institutos de reducción de donaciones y colación en las llamadas donaciones indirectas<sup>10</sup>.

Por otro lado, la realidad nos enfrenta a situaciones reprobables entre padres e hijos, pero que no llegan a constituir una de las causales taxativas de indignación o desheredación previstas por el Código Civil en los artículos 842 y 900 respectivamente. La doctrina sostiene el carácter excepcional y de interpretación estricta de las causales de indignidad, atento a su naturaleza de sanción civil o pena privada. Así, Vaz Ferreira afirma que la declaración de indignidad debe siempre fundarse en las disposiciones de la ley, que son de interpretación estricta<sup>11</sup>. Esto impide que se tenga en consideración hechos graves no previstos como causales en nuestro Código. A lo específicas e incluso irrisorias que pueden llegar a ser estas causales, debido a que es poco frecuente que acontezcan en la práctica, se les suma la dificultad probatoria de las mismas y la reticente actitud de los jueces al disponer la desheredación en casos de controversia<sup>12</sup>.

#### IV. La respuesta al problema en España: Ley 41/2003

El 18 de noviembre de 2003 se sancionó en España la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

La exposición de motivos de la misma señala como objetivo lograr que la igualdad, entre las personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, esto es, tiene como guía el principio de igualdad en su sentido material y no meramente formal.

Explica cómo hoy es una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de la asistencia sanitaria y la aparición de nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer entre otras, que "...hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse...".

La Ley 41/2003 tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con capacidades especiales, centrándose en un aspecto esencial de esta protección: el patrimonial. Para lograrlo el objeto inmediato de la ley es la regulación de una masa patrimonial, "...el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, el cual queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las

10 CALVO y CAILLABET, *Colación Sentencia del Juzgado Letrado 1º Instancia de Artigas – Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er turno*, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 6, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pág. 51.

11 Cfr. VAZ FERREIRA, *Tratado de las Sucesiones*, T. I, Mdeo., 1967, pág. 402.

12 Véase Sentencia SCJ No. 310/004

necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración específico. Es un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. En esta ley beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, “...las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía...”, y ello, con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil español y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

La constitución del patrimonio requiere una aportación originaria de bienes y derechos; lo que no impide que una vez constituido el mismo cualquier persona con interés legítimo pueda realizar aportes, siempre y cuando los realice a título gratuito. Sin embargo, cuando la persona con capacidades especiales tenga capacidad de obrar suficiente, de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad – también recogidos en nuestro ordenamiento jurídico – no se podrá constituir un patrimonio protegido en beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de la voluntad de su beneficiario.

Cuando el aporte es realizado por un tercero, entendiendo como tal persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime conveniente.

Esta ley establece modificaciones muy trascendentes en sede de donaciones y sucesiones que suponen un gran avance en la protección de las personas con capacidades especiales. En primer lugar, permite al testador gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta con el objeto de beneficiar a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

Asimismo, la Ley reforma el artículo 822 del Código Civil español, otorgando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad: mediante un trato favorable a las donaciones o legados que tengan como objeto un derecho de habitación a su favor con ciertas limitantes y exigencias previstas en ella.

A su vez, la Ley introduce una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. Le concede al testador la posibilidad de conferir en su testamento al cónyuge superviviente amplias facultades para “...mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí...”.

Como solución especialmente destacable, la Ley introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil español a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. Es decir, que no se podrán traer al acervo hereditario aquellos bienes otorgados a la persona con capacidades especiales que procuraron mejorar su calidad de vida.

Cabe mencionar también que la Ley incluso prevé una solución para evitar ciertas situaciones reprobables entre padres e hijos que en nuestro ordenamiento no llegan a considerarse causales de indignación. La Ley española señala como causa de indignidad, generadora de incapacidad para suceder abintestato, el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida.

## **V.Necesidad de adecuación del ordenamiento uruguayo**

Sin lugar a dudas, el paradigma español en este campo ha de ser imitado en nuestro país. El Derecho es hijo de la necesidad, por ello es necesario que los institutos de derecho vayan evolucionando a medida que avance la sociedad. No debemos encasillarnos en figuras pétreas que tuvieron, sin lugar a dudas, su razón de ser en otras épocas. Ni debemos limitar la autonomía privada, porque la ley tiene vocación de regular en forma general, lo que causa que muchas veces resulte impotente ante determinadas situaciones concretas. Es imposible pretender que el legislador pueda prever soluciones particulares para todos los casos, es por ello que resulta fundamental alcanzar una interpretación evolutiva de estos mecanismos. Para ello, vienen en nuestro auxilio los principios generales de derecho, que permean nuestro ordenamiento y son orientadores en todas las épocas, entre ellos el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. Este último entendido en su sentido material, no meramente formal, porque no todos somos iguales, ni todos necesitamos lo mismo y ante ello la rigidez de la ley debe ceder para proteger al que más lo necesita.

# DRAFTING AN ARBITRATION CLAUSE

MATEO VERDÍAS

## Abstract

*Entrance to an adequate arbitration is not as simply as including an arbitration clause in a contract. When parties waive its right to such an essential right as ordinary courts proceedings, they have to be extremely diligent on how they do it, and in respect to who they do it. This article provides a notion of how to avoid unwanted consequences when introducing an arbitration agreement, and how to duly anticipate contingencies in its wording.*

*“Being the consent of the parties the main door to enter arbitration, it shall not be disregarded, neither forced”.*

## INDEX

1. Introducing arbitration. 2. The regulatory framework. 3. Some basics about the Arbitration Agreement. *¿Which kind of arbitration clause is to be chosen?* 4. Pathological arbitration clauses. 5. Drafting the arbitration agreement.

*Issues that must be regulated within the arbitration clause.* 6. Conclusion. 7. Table of Authorities. 8. Table of Cases. 9. Table of Rules.

### 1. Introducing arbitration.

International commercial arbitration is an alternative method of resolving disputes arising out of commercial transactions between private parties across national borders that allows the parties to avoid litigation in national courts [Georgetown University Law Library<sup>1</sup>].

As said by Prof. Moses, arbitration is *“a private system of adjudication”*. Parties who arbitrate have decided to resolve their disputes outside any judicial system, being that in most instances arbitration involves a final and binding decision, producing an award that is enforceable in a national court [Moses, p. 1<sup>2</sup>].

Now, parties decide whether the arbitration will be conducted by an international arbitration institution [ex. g.: ICC, LCIA, ICDR], or will be ad hoc, which means no institution is involved [Rodríguez Roblero, p. 79<sup>3</sup>].

1 Georgetown University Law Library. Available online at: <http://guides.ll.georgetown.edu/InternationalCommercialArbitration>

2 MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, second edition. P. 1.

3 RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada. *“Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje”*. Memoria para optar al grado de Doctor. Available online at: <http://eprints.ucm.es/11611/1/T32148.pdf>

Furthermore, the rules that will apply are the rules of the arbitration institution or the rules chosen by the parties.

In sum, arbitration gives the parties substantial autonomy and control over the process that will be used to resolve their disputes.

It can be affirmed that this is a really important issue in international commercial arbitration, since the parties do not want to subject their dispute to the jurisdiction of the other party's court system. Arbitration avoids the fear each party has to the other party's "home court advantage".

## 2. The regulatory framework

The regulatory framework of arbitration is to be defined as an inverted pyramid, in which the point is facing down—containing the arbitration clause—, and affecting only the parties of the agreement [Moses, p. 6<sup>4</sup>].

Above that point/arbitration agreement, are the International Treaties, International Arbitration Practice, National Laws, and Arbitration Rules.

It can be said hence, that above the arbitration agreement, the framework expands in terms of scope and applicability beyond the immediate parties.

## 3. Some basics about the Arbitration Agreement.

The Arbitration Clause is commonly known as a "creature of contract" [Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.<sup>5</sup>; Henderson, p. 894<sup>6</sup>; Born, 504<sup>7</sup>]. The arbitration agreement gives the arbitrators the power to decide the dispute and defines the scope of that power. As said by many scholars, in essence, the parties create their own private system of justice [Drahozal, p. 578<sup>8</sup>; Murray, p. 133<sup>9</sup>; Hazel Genn, p. 9, 10<sup>10,11</sup>].

Since the arbitration agreement constitutes the wave of an important right—the "judiciary justice"—and creates other rights, and because the arbitration clause affects how the entire arbitration process will proceed, careful drafting is required [Pereira Campos, p. 86<sup>12</sup>].

4 MOSES, Margaret. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, second edition. P. 6

5 U.S. Supreme Court, *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960). Decided June 20, 1960. Page 363 U. S. 570. Available online at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/363/564/case.html>

6 HENDERSON, Alastair. "Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration: Unravelling the laws of arbitration process". *Singapore Academy of Law Journal*, 2014. Available online at: <http://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/335/Citation/JournalsOnlinePDF>

7 BORN, Gary. "International Commercial Arbitration: International and USA Spects commentary and Materials". *Kluwer Law International*, Apr 26, 2001, p. 504.

8 DRAHOZAL R., Christopher. "Privatizing Civil Justice: Commercial Arbitration and the Civil Justice System". 9 *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 578 (1999-2000). P. 578.

9 MURRAY L., Peter. "Privatization of Civil Justice". 15 *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.* (2007).

10 HAZEL GENN, Damel. "Why the Privatization of Civil Justice is a rule of Law issue". 36th F A Mann Lecture, Lincoln's Inn. 19 November 2012. Pp. 9-10. Available online at: <https://www.laws.ucl.ac.uk/wp-content/uploads/2014/08/36th-F-A-Mann-Lecture-19.11.12-Professor-Hazel-Genn.pdf>

11 Prof. Hazel points out that "ICC Annual reports shows a gradual upward trend in arbitrations".

12 PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Autonomía de la Cláusula Arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Available onli-

Now, the arbitration agreement is frequently contained in a clause or clauses that are embedded in the parties' commercial contract. Hence, it is entered before any dispute has arisen between the parties.

Notwithstanding, if the parties did not include an arbitration clause in their commercial contract and dispute arises, they can nonetheless enter into an agreement to arbitrate, known as arbitration "*Submission Agreement*" [Moses, p. 18; Khodeir/Ghoneim, ¶ 2<sup>13</sup>].

Despite the fact that the arbitration agreement is generally contained in the main commercial contract between the parties, most laws consider the arbitration clause as a separate agreement [Llopis-Llombart, Pág. 5<sup>14</sup>; Rankin v. Allstate ins Co., 336<sup>15</sup>; UNCITRAL Model Law, Art. 16; English Arbitration Act ¶ 30; LCIA Rules, Art. 23]. Because the arbitration clause is considered as a separate agreement, it is not affected by claims of invalidity of the main contract, and still confers jurisdiction on the arbitrators to decide the dispute [Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Mfg. Co., 1967<sup>16</sup>; Buckeye Chek Cashing, Inc v. John Cardegna et al, 2006<sup>17</sup>].

Regarding the Validity of the arbitration agreement, it must be said that it is a critical issue.

As already said, being that the arbitration clause is a creature of contract, it is no other than a creature of consent, hence it should be given freely. Parties will not be compelled to arbitrate if they have not voluntarily contracted to use this mechanism to resolve their disputes [Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth; Litton Fin. Printing Div. v. NLRB].

As said by Prof. Daly<sup>18</sup>, "*while contracts generally do not have to be in writing to be enforceable, arbitration clauses must be in writing to be valid*" [Daly, p. 15<sup>19</sup>; New York Convention, Art. 2; UNCITRAL Model Law, Art. 7; English Arbitration Act, ¶ 5].

In order to be valid, enforceable, and effective, an arbitration clause needs to achieve at least three elements:

- designate arbitration as a mandatory means of dispute resolution,
- define the scope of covered disputes,
- insure that the law applicable to the arbitration procedure is compatible with the mandatory provisions referred by the law of the seat.

*¿Which kind of arbitration clause is to be chosen?*

ne at: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereira-Campos-Autonomia-de-la-Clausula-Arbitral-y-competencia-del-Tribunal-Arbitral-para-resolver-sobre-su-competencia-en-el-arbitraje-interno-uruguayo.pdf>

13 KHODEIR, Omar / GHONEIM, Ahmad. "Know your type three types of arbitration agreements in a nutshell". June, 2017.

14 LLOPIS-LLOMBART, Marco. Asimetría, separabilidad, sinalagma. P. 5.

15 USA Court of Appeal, First Circuit, 14/07/2003 in re Rankin v. Allstate ins Co., 336.

16 USA Supreme Court, Prima Paint Copr. V. Flood & Conklin Mfg. Co., 1967.

17 USA Supreme Court, Buckeye Chek Cashing, Inc. v. John Cardegna et al., 2006.

18 Prof. Joseph Daly is a labor arbitrator for the U.S. Federal Mediation and Conciliation Service, and the Minnesota Bureau of Mediation Services. He also arbitrates for a number of other states, including Hawaii, Wisconsin, and Michigan, and the City of Los Angeles, as well as the Virgin Islands. Daly is also an international arbitrator for the American Arbitration Association. He previews U.S. Supreme Court cases in school law for the ABA.

19 DALY, Joseph L. "Resolving International Business Disputes by Arbitration".

As identified by arbitrator Bishop<sup>20</sup>, arbitration clauses may be classified into three categories: basic clauses, general clauses and complex clauses.

Basic clauses may be defined as those that include only the basic provisions -those that are essential or particularly important to a viable arbitration agreement-.

One could say that General clauses represent the most common range of arbitral provisions for substantial transactions. They are more involved than basic clauses, including the provisions outlined above and certain optional provisions that are useful, relatively low risk and not uncommon [Bishop, p. 24<sup>21</sup>].

Complex clauses are those that are more involved, those that include unusual provisions -in addition to the basics- [Bishop, p. 25].

As said by Prof. Daly, if parties want to retain more control over the arbitration proceeding, they should draft a more detailed arbitration clause. Notwithstanding, detailed is not always a synonym of "well drafted".

What would be a detailed arbitration clause? *"A more detailed arbitration clause will address: the method of selection and number of arbitrators; arbitrator qualifications; language used in the arbitration; governing law to be applied during the arbitration; conditions precedent to arbitration; preliminary relief; document discovery; duration of arbitration proceedings; remedies; reasoned opinion accompanying the award; assessment of attorney's fees; confidentiality; and appeal"* [Daly, p. 18<sup>22</sup>].

#### 4. Pathological arbitration clauses.

Since when negotiating and drafting a contract, parties too often do not focus on drafting the arbitration clause, it can be rendered as a "pathological clause" [Moses, p. 43; Welser/Molitoris, p. 17<sup>23</sup>]. A too narrowly drafted arbitration clause as well as a too widely drafted one, can determine the so called "midnight clause".

For example, as pointed out by Prof. Daly, arbitration clauses may become "pathological" when the clause is designed in order to give one side a disproportionate advantage.

Many kinds of defects can affect a clause, rendering it as a "pathological" one.

A provision of the arbitration clause may be so defective, that it invalidates the entire arbitration agreement.

Not few arbitration agreements had been rendered pathological for being -for example- ambiguous, equivocal, containing mistaken information, using the wrong name for an arbitral institution (or its rules), or for choosing a specific arbitrator that may be deceased by the time an arbitration commences, etc.

20 BISHOP, Doak. "A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses". King & Spalding. Served as arbitrator (including chairman of panels and sole arbitrator) in approximately 80 arbitrations, including ICSID, ICC, LCIA, UNCITRAL, ICDR, AAA, IACAC, CPR and ad hoc arbitrations.

21 BISHOP, Doak. A Practical Guide For Drafting International Arbitration Clauses. King & Spalding. P. 24

22 DALY, Joseph L. Resolving International Business Disputes by Arbitration.

23 WELSER, Irene / MOLITORIS, Susanne. "The Scope of Arbitration Clauses – Or "All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...". Available online at: [http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris\\_AYIA\\_2012.pdf](http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris_AYIA_2012.pdf)

Not less important is the fact that, in some circumstances, the designed arbitral institution may disappear. Hence, in order to avoid pathological clauses in case the parties intend to pursue arbitration, they should agree on a broad arbitral clause.

Ex. g.:

*“All disputes arising out of or in connection with this Agreement shall be settled amicably and in good faith between the parties. The arbitration shall be conducted under the (ex. g) Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the “Rules”) and in line with international arbitration practice.*

*The Arbitral Tribunal shall consist of three arbitrators, appointed in accordance with the Rules. The Parties may select arbitrators who are not on the List of Arbitrators maintained by International Chamber of Commerce (the “ICC”). The President of the Arbitral Tribunal shall be appointed by the President of ICC.*

*The seat of arbitration shall be [City, Country].*

*The arbitration proceedings shall be conducted in English.<sup>24</sup>*

*In the event the ICC, for any circumstance cease to exist, the arbitration shall be conducted in accordance with the Rules of [...], and the guidelines previously established in regard to the number of arbitrators, place and nature of the arbitration, which is in law and not by equity. There shall be three arbitrators. The parties agree that one arbitrator shall be appointed by each party, and the third presiding arbitrator shall be appointed by agreement of the two party-appointed arbitrators<sup>25</sup>. Arbitration proceedings will be conducted in accordance to the ICC Rules, which is considered as incorporated in this contract, as well as further provisions in regard to the award, terms and other provisions”.*

There are, thus, certain principles that should be followed in order to avoid pathological clauses [Bishop, p. 26].

The **first principle** requires avoidance of provisions that offend mandatory rules of the applicable substantive or procedural law.

The **second principle**, is to avoid alterations of arbitral rules fundamental to the operation of the administering institution.

And the **third principle requires** respect for the drafting rules designed to prevent pathological mistakes, which may be summarized as:

- *the intent to require binding arbitration should be clearly and unequivocally stated;*
- *the drafter should verify the existence and proper name of the institution designated to*

<sup>24</sup> This first part of the arbitration agreement is partially based on the model provided by The Problem of the Twenty Fourth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, April 7-13, 2017. Page 6. Available online at: [https://vismoot.pace.edu/media/site/24th-vis-moot/the-problem/24thVisMootProblem\\_withPO2.pdf](https://vismoot.pace.edu/media/site/24th-vis-moot/the-problem/24thVisMootProblem_withPO2.pdf)

<sup>25</sup> Sentence of appointment is based on “Practical Law Publishing Limited and Practical Law Company, Inc” proposal, p. 51. Available online at: [https://files.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2153\\_0.pdf](https://files.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications2153_0.pdf)

*administer the arbitration;*

- *the parties should avoid naming a particular person as arbitrator in their agreement;*
- *the parties should avoid too much specificity when imposing qualifications for the arbitrators;*
- *the parties should insure that any institution named to act as appointing authority will agree to fulfill its mandate;*
- *the parties should insure that the procedure adopted is clear, workable, and not confused or conflicting;*
- *if deadlines are imposed for action by the institution or arbitrators, generally, either they should be made precatory or extensions should be permitted in the sole discretion of the institution, the arbitrators or a court;*
- *if a condition precedent to arbitration is adopted, either a deadline for the occurrence of the condition or the means of satisfying it should be clearly stated.*

As pointed out in the 2016 Latin-American International Commercial Arbitration Moot Problem<sup>26</sup>, the unwanted extension of the arbitral clause to non-signatories is a must-deal-with issue.

## 5. Drafting the arbitration agreement.

Even if not pathological, the clause may not provide a process that is efficient or beneficial to the parties. That is why a well drafted arbitration clause is so important. To ensure proper functioning of the arbitration, the agreement should be drafted with a great care. A well drafted arbitration clause, directly reverberates on how successfully, fairly and efficiently the arbitration proceeding will be.

Many scholars hold that a short and simple arbitration clause is sufficient, and that there is no need for a complex clause [Lew/Mistelis/Kroll, p. 166<sup>27</sup>]. In light of that, many arbitrators consider that the simple model clause provided by the arbitral institution chosen by the parties (if so), is sufficient.

But if the parties chose an ad hoc arbitration, logically they will need to spell out more specifics in their arbitration clause.

Some worldwide known arbitration clauses' wording, goes from "*all disputes arising out of or in connection with the present contract*"<sup>28</sup>, to "*all disputes arising out of this contract or related to its violation, termination or nullity*"<sup>29</sup>, or even "*any dispute arising out of or in*

26 The Moot is co-organized by University of Buenos Aires and Jurisprudence University of Rosario, Bogotá. Available online at: [http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia\\_arbitraje\\_ediciones\\_anteriores.php](http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje_ediciones_anteriores.php)

27 LEW, Julian / MISTELIS, Loukas / KROLL, Stefan. "Comparative International Commercial Arbitration". 2003. P. 166 ¶ 8 – 5.

28 ICC standard clause, [www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html](http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4114/index.html) (last visited May 21, 2012).

29 VIAC standard clause, [www.viac.eu/en/recommended-arbitration-clause.html](http://www.viac.eu/en/recommended-arbitration-clause.html) (last visited May 21, 2012)

*connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination*<sup>30</sup>.

Now, -as Welser and Molitoris point out [**Welser/Molitoris, p. 20**<sup>31</sup>]- common law Courts have traditionally distinguished between narrowly and widely drafted arbitration agreements. While the later may prevent the fragmentation of disputes between different forums and avoid additional complications arising when the underlying contract itself turns out to be invalid, it is to be taken into account that On an international level, courts tend to apply a broad interpretation to the scope of arbitration agreements [**Kroller, p. 260**<sup>32</sup>]. So, it could lead to include unwanted non-signatories, as well as unwanted issues that may be accidentally related to the contract.

U.S Courts still held the same view [**Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC**<sup>33</sup>]. In their judgment, widely drafted clauses encompass not only all disputes that may arise out of the contract, but also those connected with it. On the opposite, narrowly drafted clauses only include disputes on strict contractual issues [**Welser/Molitoris, p. 20**<sup>34</sup>].

There are certain issues that must be regulated by the arbitration clause, such as:

- Choice of Arbitrators; - Seat of the Arbitration (the law of the seat establishes the “nationality” of the award); - Language of the Arbitration;
- Substantive Law; - Objective arbitrability (that determines the subject matters which can be referred to arbitration. An award may be set aside due to non-arbitrability of the subject-matter of the dispute). – Subjective arbitrability (it is important to clearly identify the parties).

As additional provisions, the parties should address:

- IBA Rules on Taking Evidence (Document Disclosure);
- Interim Relief (subject to the extent permitted by the *lex arbitri*, the parties should consider to provide the arbitral tribunal the power to issue preliminary relief, while preserving their ability to seek interim relief from the courts [**Haber/Bédard, p. 51**<sup>35</sup>]); - Security for Costs (applicable only to those parties whose prevailing rule

30 LCIA standard clause, [www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Recommended\\_Clauses.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx) (last visited May 21, 2012).

31 WELSER, Irene, MOLITORIS, Susanne. “The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...”. Available online at: [http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris\\_AYIA\\_2012.pdf](http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris_AYIA_2012.pdf)

32 KROLLER, Christian. “Die Schiedsvereinbarung [“The Arbitration Agreement”], in Lieb-scher/Oberhammer/Rechberger (eds.), *Schiedsverfahrensrecht I* (2012) 91-337. para. 3/260.

33 *Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime, LLC* (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit 2011).

Available online at: <http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca9/09-15682/09-15682-2011-07-26.pdf?ts=1411063880>

34 WELSER, Irene / MOLITORIS, Susanne. “The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...”. Available online at: [http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris\\_AYIA\\_2012.pdf](http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris_AYIA_2012.pdf)

35 HABER K., Lea / BÉDARD, Julie. “Standard Arbitration Clauses for the AAA, ICDR and ICC”. *Practical Law The Journal* | July/August 2010. Available online at: <https://files.skadden.com/sites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpublications%2F>

is “loser pays”);

- Legal Fees and Costs (and “recoverability” of legal fees);
- Confidentiality (which may encompass: the existence of the arbitration itself; any documents prepared or created for the arbitration; any evidence submitted by the parties (except for documents that are publicly available); and any correspondence from the arbitral organization or the tribunal (including procedural orders, interim and final awards, etc.) [Pieper, p. 14<sup>36</sup>];
- The parties intent of a “multi-party agreement”, or including a clause of “Non-Third Parties” (in order to avoid non signatories to compel arbitration).

If wanted, the parties could agree on an “Expedited Arbitration” or fast-track arbitration. In order to do so, they should provide for specific deadlines for filings and tribunal rulings. Nevertheless, to preserve the jurisdiction of the tribunal, this deadlines should be subject to discretionary extensions [Haber/Bédard, p. 51<sup>37</sup>]. This is not a recommended process when confronting a complex arbitration.

It must be pointed out that Document Disclosure is a really important and critical issue. As a general practice, document disclosure in internal arbitration is much more limited compared to U.S. style Discovery.

In international arbitration, the terms “discovery” and “disclosure” both refer to tribunal-ordered document production for its use in substantiating the Parties’ claims in the arbitral proceedings [Born, p.2320<sup>38</sup>; Savage/McIlwath, ¶ 5-187<sup>39</sup>; Marghitola, p. 1<sup>40</sup>].

As discovery is very limited in international arbitration [United Nuclear v. General Atomic; Born 1<sup>41</sup>, p. 484; Briner, p. 160<sup>42</sup>], the term is not well seen. Hence, it is considered to be a misnomer of disclosure [Born, p. 2321].

Hence, this kind of misunderstandings must be avoided by a detailed arbitration clause.

---

2FPublications2153\_0.pdf

36 PIEPER, Thomas N. “Drafting Arbitration Clauses”. New York City – April 1, 2014

Available online at: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international\\_law/2014/04/aba-nys-ba-international-boot-camp/CrossBorder11.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2014/04/aba-nys-ba-international-boot-camp/CrossBorder11.authcheckdam.pdf)

37 HABER K., Lea / BÉDARD, Julie. “Standard Arbitration Clauses for the AAA, ICDR and ICC”. Practical Law The Journal | July/August 2010. Available online at: [https://files.skadden.com/sites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpublications%2F2FPublications2153\\_0.pdf](https://files.skadden.com/sites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpublications%2F2FPublications2153_0.pdf)

38 BORN, Gary, “International Commercial Arbitration”, Kluwer International Law, Second Edition.

39 MCILWRATH, M. / SAVAGE, J., “International Arbitration and Mediation: A Practical Guide”. Kluwer International Law, 2010.

40 MARGHITOLA, Reto. “Document Production in International Arbitration”. International Arbitration Law Library, Vol. 33, Kluwer Law International, 2015.

41 BORN, Gary, International Commercial Arbitration: Law and Practice, Kluwer International Law, 2001.

42 BRINER, Robert, “Domestic Arbitration: Practice in Continental Europe and its lessons for Arbitration in England in Arbitration International”, Oxford University Press and LCIA, 1997.

Another important issue is the Law governing the Arbitral Proceedings (*lex arbitri*).

The *lex arbitri* is almost always the law of the place of arbitration. Even if it is mostly a procedural law, it also has some substantive elements. Why is an important –and also critical– issue? Because –as pointed out by Prof. Margaret Moses [Moses, p. 68]– the line between the substantive and the procedure is not always clear, and is not always viewed in the same way in different countries.

This is to be complemented with the Rules governing the Arbitral Proceedings. Since very few of the procedural requirements of the *lex arbitri* are mandatory, the parties may choose arbitration rules that will prevail, such as the *International Bar Association's Rules on the Taking of Evidence* in International Arbitration. These rules will be the most important guide for conducting the proceedings.

Another issue that is extremely important, is to decide whether the arbitration clause will allow non signatories to participate in the proceedings or not.

Firstly, it must be taken into account that there are mainly six theories of extension of the arbitration clause to non-signatories: incorporation by reference, assumption, agency, veil-piercing/alter ego, estoppel, and third-party beneficiary [Reiner, p. 83<sup>43</sup>; Born, p. 1197; Moses, p. 38], and additional theories such as implied consent, assignment, novation, guarantee clauses, succession by operation of law, subrogation and the group of companies doctrine [Hanotiau, pp. 49-99<sup>44</sup>; Hosking, p. 469<sup>45</sup>].

Now, in order to avoid an unwanted extension [*Ex. g.: a conflict arises within an M&A, and the target Company wants to compel arbitration –as in “Hummel España S.A en liquidación v. Shareholders”*<sup>46</sup>–], the drafters should be really restrictive on the terms used. For example, the drafters should not address the parties as “the involved”, but as the “signatories”. Furthermore, it should be included a “Non-Third Parties” clause, in order to avoid any doubt in that matter. With a clause of the kind, signatories would avoid a third party beneficiary –even though some Courts considered that if there is a non-signatory third party who has a benefit under the contract, a “non-third parties” clause is not sufficient to avoid the extension of the arbitral agreement–.

In light of the aforementioned, it is strongly advisable to be really careful while addressing the parties [*“Parties”, as a defined term*] on the arbitral clause.

And last but not least, the parties should address the Law governing the Arbitration Agreement.

The arbitration proceedings may be regulated by two different “*bodies of law*”.

43 REINER, Andreas. “The form of Agent’s power to sign an arbitration agreement and Art. II of the New York Convention”, ICCA Congress series no. 9 (Paris/1999). Pp. 83-84.

44 HANOTIAU, Bernard. “Complex Arbitrations”, 2005. Pp. 49-99.

45 HOSKING, James M. “The third party non-signatory’s ability to compel International Commercial Arbitration: doing justice without destroying consent”. 2004. Pp. 496, 483-484.

46 STS de 20 de Marzo de 2012. Available online at: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=35970&links=&optimize=20080904&publicinterface=true>

In first place, i) the *Lex Arbitri*, which regulates the relationship between the arbitration and “ordinary Courts”. The *Lex Arbitri* addresses issues such as Interim Measures, Enforcement of the award (*imperium*), Validity (and Annulment) of the award, Validity of the arbitral clause. [Ex. g.: *UNCITRAL Model Law*]

It is to be noted that since the *Lex Arbitri* is not mandatory, the parties may agree to derogate its provisions.

In second place, ii) as a subsidiary regime the parties may agree on the Rules (ex. g.: *UNCITRAL Rules*). The Rules address elements of the arbitration proceeding itself: when is the arbitration initiated, the composition of the arbitral tribunal, notifications, evidence, among others. Moreover, the extension of the arbitral clause to non-signatories, gets encompassed by the Rules. Nevertheless, in such a hypothesis it is to be noted that in some cases since the extension of the arbitral clause may be based on the “third party beneficiary” theory, it could be a matter of interpretation of the “benefit” under the *Lex Causae*, and not the Rules.

It must be noted that when agreeing on Rules, these have primacy over the *Lex Arbitri* on the issues dealt by it.

To select the Rules of an institution, is not the same to select that institution as in charge of the arbitration. For example, one could choose the *UNCITRAL Rules* that regulate the arbitration, and at the same time it could be an *Ad Hoc* arbitration.

If wanted, the drafter must address both issues on the arbitration clause.

It is important to note that if the parties intend to adopt the Rules of the selected Institution –such as the *ICC Rules*- but to alter them, they must include a provision stating that if the Institution –in this example, the *ICC*- refuses to administer the arbitration proceedings, then the alteration shall be disregarded [**Bishop, p. 18**].

Of major importance, is to ensure that the law applicable to the arbitration proceedings, and the *lex arbitri* are compatible with each other.

Since the arbitration agreement is a creature of consent, parties are allowed to agree on different procedural laws that will govern the arbitration proceedings. Now, these Rules will provide the parties with the procedural framework to conduct the arbitration. The Parties may also resort to national or state laws, either to i) govern the arbitral procedure or ii) to supplement the rules of the selected arbitral institution.

As we know, the *lex arbitri* –which is the procedural law of the seat-, refers to mandatory provisions imposed by each country on arbitrators in their own territory. These provisions refer to *kompetenz-kompetenz* (tribunal’s power to decide on its own jurisdiction), objective and subjective arbitrability, interim measures, among others. The *lex arbitri* is related to issues of public policy. Generally, the parties are not allowed to derogate from these laws.

Hence, since the *lex arbitri* is fundamental over the rules of procedure chosen by the parties, and may render the award as null when the rules violate the *lex arbitri*, the parties have to take special care in making the rules compatible with the *lex arbitri*.

As we already said, the *Lex Arbitri* deals with the formal validity of the arbitration agreement [**France v. Egyptian Local Authority**<sup>47</sup>]. But the law governing the arbitration agreements' substantive validity represents a bigger issue regarding conflicts of laws [**Blessing, p. 169-179**<sup>48</sup>]. And the questions to be answered about the validity arise at the beginning of the proceedings (in those cases where a party resists to arbitrate), and at the time the enforcement of the award is challenged.

Since the question of what law applies to the arbitration agreement can be complicated –a question that gets much more complicated when the parties did not choose a seat of arbitration or a governing law- is truly important that the drafters of the arbitration agreement address this issue with care.

## 6. Conclusion.

Parties to an arbitration agreement have substantial autonomy to determine the parameters of the legal framework in which their disputes will be resolved.

In international agreements, when drafting arbitration clauses the attorneys need to be smart by creating a legal framework that permits the procedures they desire, that minimizes the need for disputes about the framework itself, that does not violate mandatory rules, and that not create the kind of ambiguities and uncertainties that can invalidate the arbitration agreement [**Moses, p. 58**].

When the arbitration clause is clearly valid and sets forth a process that will work smoothly and efficiently, parties should have less incentive to resort to delaying tactics involving the courts, and more incentive to avoid both litigation and arbitration by simply settling their dispute informally.

According to scholars [**Bishop, p. 23**], there are four essential functions of an arbitration clause:

1. to produce mandatory consequences for the parties,
2. to exclude the intervention of State courts in the resolution of disputes (at least prior to the rendering of an award),
3. to empower the arbitrators to resolve the parties' disputes, and
4. to adopt a procedure for resolving the disputes.

In conclusion, these are the main criteria that the drafter must follow in order to provide

47 ICC Award in Case No. 6162, Consultant (France) v. Egyptian Local Authority (1992).

48 BLESSING, Marc. "The Law Applicable to the Arbitration Clause", ICCA Congress series. No. 9. Paris, 1999.

the parties with an arbitration clause that complies with the effectiveness, validity and enforceability needed.

## TABLE OF AUTHORITIES

<b>Bishop</b>	BISHOP, Doak. <i>A Practical Guide For Drafting International Arbitration Clauses</i> . King & Spalding.
<b>Blessing</b>	BLESSING, Marc. <i>The Law Applicable to the Arbitration Clause</i> , ICCA Congress series. No. 9. Paris, 1999.
<b>Born</b>	BORN, Gary, <i>International Commercial Arbitration</i> , Kluwer International Law, Second Edition.
<b>Born 1</b>	BORN, Gary, <i>International Commercial Arbitration: Law and Practice</i> , Kluwer International Law, 2001.
<b>Briner</b>	BRINER, Robert, <i>Domestic Arbitration: Practice in Continental Europe and its lessons for Arbitration in England in Arbitration International</i> , Oxford University Press and LCIA, 1997.
<b>Daly</b>	DALY, Joseph L. <i>Resolving International Business Disputes by Arbitration</i> .
<b>Drahozal</b>	DRAHOZAL R., Christopher. <i>"Privatizing Civil Justice: Commercial Arbitration and the Civil Justice System"</i> . 9 Kan. J.L. & Pub. Pol'y 578 (1999-2000). P. 578.
<b>Georgetown University Law Library</b>	Georgetown University Law Library. Available online at: <a href="http://guides.ll.georgetown.edu/InternationalCommercialArbitration">http://guides.ll.georgetown.edu/InternationalCommercialArbitration</a>
<b>Haber/Bédard</b>	HABER K., Lea; BÉDARD, Julie. <i>"Standard Arbitration Clauses for the AAA, ICDR and ICC"</i> . <i>Practical Law The Journal</i>   July/August 2010. Available online at: <a href="https://files.skadden.com/sites/default/files/publications-2FPublications2153_0.pdf">https://files.skadden.com/sites/default/files/publications-2FPublications2153_0.pdf</a>
<b>Hanotiau</b>	HANOTIAU, Bernard. <i>"Complex Arbitrations"</i> , 2005. Pp. 49-99
<b>Hazel Genn</b>	HAZEL GENN, Dame. <i>"Why the Privatization of Civil Justice is a rule of Law issue"</i> . 36th F A Mann Lecture, Lincoln's Inn. 19 November 2012. Pp. 9-10. Available online at: <a href="https://www.laws.ucl.ac.uk/wp-content/uploads/2014/08/36th-F-A-Mann-Lecture-19.11.12-Professor-Hazel-Genn.pdf">https://www.laws.ucl.ac.uk/wp-content/uploads/2014/08/36th-F-A-Mann-Lecture-19.11.12-Professor-Hazel-Genn.pdf</a>

- Henderson** HENDERSON, Alastair. “*Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration: Unravelling the laws of arbitration process*”. Singapore Academy of Law Journal, 2014. Available online at: <http://journalsonline.academyPublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/335/Citation/JournalsOnlinePDF>
- Hosking** HOSKING, James M. The third party non-signatory’s ability to compel International Commercial Arbitration: doing justice without destroying consent. 2004. Pp. 496, 483-484.
- Khodeir/Ghoneim** KHODEIR, Omar, GHONEIM, Ahmad. “Know your type three types of arbitration agreements in a nutshell”. June, 2017.
- Kroller** KROLLER, Christian. “Die Schiedsvereinbarung [“The Arbitration Agreement“], in Lieb- scher/Oberhammer/Rechberger (eds.), Schiedsverfahrensrecht I (2012) 91-337. para. 3/260.
- Lew, Mistelis, Kroll.** LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, KROLL, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration. 2003.
- Llopis-Llombart** LLOPIS-LLOMBART, Marco. Asimetría, separabilidad, sinalagma.
- Marghitola** MARGHITOLA, Reto, Document Production in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Vol. 33, Kluwer Law International, 2015.
- McIlwath / Savage** MCILWRATH, M.; SAVAGE, J.,  
International Arbitration and Mediation: A Practical Guide, Kluwer International Law, 2010.
- Moses** MOSES, Margaret. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, second edition
- Murray** MURRAY L., Peter. “*Privatization of Civil Justice*”. 15 Willamette J. Int’l L. & Dis. Res. (2007).

- Pereira Campos** PEREIRA CAMPOS, Santiago. Autonomía de la Cláusula Arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Available online at: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereira-Campos-Autonomia-de-la-Clausula-Arbitral-y-competencia-del-Tribunal-Arbitral-para-resolver-sobre-su-competencia-en-el-arbitraje-interno-uruguayo.pdf>
- Pieper** PIEPER, Thomas N.. *Drafting Arbitration Clauses*. New York City – April 1, 2014
- Reiner** REINER, Andreas. The form of Agent’s power to sign an arbitration agreement and Art. II of the New York Convention, ICCA Congress series no. 9 (Paris/1999). Pp. 83-84.
- Rodriguez Roblero** RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada. *“Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje”*. Memoria para optar al grado de Doctor. Available online at: <http://eprints.ucm.es/11611/1/T32148.pdf>
- Welser/Molitoris** WELSER, Irene, MOLITORIS, Susanne. “The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...”. Available online at: [http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris\\_AYIA\\_2012.pdf](http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris_AYIA_2012.pdf)

## TABLE OF CASES

- Buckeye Chek Cashing, Inc v. John Cardegna et al, 2006** USA Supreme Court, *Buckeye Chek Cashing, Inc. V. John Cardegna Et Al.*, 2006.
- Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime LLC** *Cape Flattery Ltd v. Titan Maritime, LLC* (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit 2011).  
Available online at: <http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca9/09-15682/09-15682-2011-07-26.pdf?ts=1411063880>
- France v. Egyptian Local Authority** ICC Award in Case No. 6162, *Consultant (France) v. Egyptian Local Authority* (1992).

- Hummel España S.A en liquidación v. Shareholders** STS de 20 de Marzo de 2012. Available online at: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=35970&links=&optimize=20080904&publicinterface=true>
- Litton Fin. Printing Div. v. NLRB** U.S. Supreme Court. Litton Fin. Printing Div. V. Nlrb, 501 U.S. 190 (1991). Litton Financial Printing Division V. National Labor Relations Board. No. 90-285. Argued March 20, 1991. Decided June 13, 1991.  
Available online at: <HTTPS://SUPREME.JUSTIA.COM/CASES/FEDERAL/US/501/190/>
- Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth** USA Supreme Court, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. International arbitration and antitrust claims.  
Comment available online at: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=njilb>
- Prima Paint Corp v. Flood & Conklin Mfg. Co.,** USA Supreme Court, Prima Paint Copr. V. Flood & Conklin Mfg. Co., 1967.
- Rankin v. Allstate ins Co.** USA Court of Appeal, First Circuit, 14/07/2003 in re Rankin v. Allstate ins Co., 336.
- Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.** U.S. Supreme Court, Steelworkers v. American Mfg. Co., 363 U.S. 564 (1960). Decided June 20, 1960. Page 363 U. S. 570. Available online at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/363/564/case.html>
- United Nuclear v. General Atomic** Supreme Court of New Mexico.  
United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.  
597 P.2d 290 (1979)  
Available online at: <http://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1979/11775-0.html>

## TABLE OF RULES

- English Arbitration Act** English Arbitration Act of 1996. Available online at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
- IBA Rules on the Taking of Evidence** 2010 International Bar Association's Rules Rules On Taking of Evidence in International Arbitration,
- LCIA Rules** London Court of International Arbitration Rules (2014)

**New York  
Convention**

USA Supreme Court, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth. International arbitration and antitrust claims.

Comment available online at: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=njilb>

**UNCITRAL Model  
Law**

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006



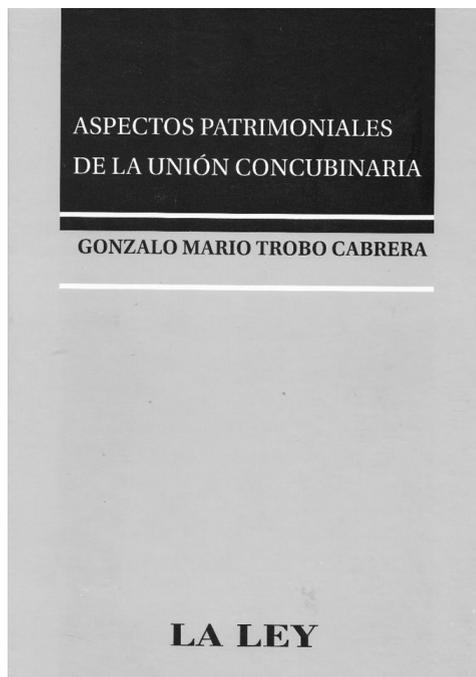
## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Aspectos patrimoniales de la unión concubinaria de Gonzalo Trobo.*



TROBO CABRERA, Gonzalo Mario. **ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA UNIÓN CONCUBINARIA**. 686 págs. Montevideo. LA LEY, Uruguay. 2016.

EL Fondo Editorial de Derecho y Economía de la Editorial La Ley ha publicado un libro que contiene la obra **ASPECTOS PATRIMONIALES DE LA UNIÓN CONCUBINARIA**.



El autor publica su trabajo en una muy cuidada edición que, por sí sola invita a los juristas a observar los temas que trata. Dicho trabajo es producto de una investigación realizada por el autor bajo la dirección del Catedrático de Derecho Civil Dr. Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, en el marco de un programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza para optar por el título de Doctor en Derecho de la Familia y de las Personas, que mereció aprobación del Tribunal interviniente, con nota de **Sobresaliente, cum laude**.

La edición contiene el texto de dicha tesis doctoral, seguida de un anexo legislativo y, otro jurisprudencial con fallos relevantes clasificados por temas específicos.

En el prólogo, el Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, señala que contiene una excelente ordenación sistemática, que permite ubicar rápidamente la materia o problema concreto que interese al lector. Señala ejemplar manejo del análisis exegético de la Ley No. 18.246, sin mengua de otros recursos metodológicos que utiliza con fluidez. Da cuenta de una argumentación completa y bien fundada, sin buscar la originalidad, sino el rigor lógico, así como tampoco evita asumir opiniones ajenas, o expresar las propias, con apoyo de argumentación consistente, cuando lo considera razonable. Todo ello con un más que notable apoyo bibliográfico doctrinario y jurisprudencias de fuentes uruguayas y españolas.

Al comienzo señala las razones que llevaron al legislador uruguayo a ocuparse de la Unión concubinaria (Ley No. 18.246 de 27 de diciembre de 2007), , aunque tempranamente indica que su labor en esta instancia se relaciona con la consideración de los aspectos patrimoniales. No obstante se hace referencia a aspectos personales de la unión concubinaria en la medida necesaria para focalizar el instituto, y sus integrantes.

En primer lugar aborda los principales problemas que presenta la ley citada. Analiza los requisitos necesarios para su reconocimiento, tanto desde el punto de vista sustancial, como procesal. Luego ingresa al estudio del régimen patrimonial de la unión concubinaria. Examina en profundidad la integración tanto del activo, como del pasivo concubinario, y su administración. El régimen de recompensas. Estudia la disolución de la unión, como también la disolución de la sociedad de bienes, y las consecuencias que

se producen a partir de ellas. Destaca la particularidad que presenta la ley, ya que reglamenta la disolución de la unión concubinaria que carece de reconocimiento previo. Y, en el final se ocupa del régimen patrimonial posterior a la disolución de la comunidad de los concubinos, la indivisión poscomunitaria, su liquidación y partición. Allí destaca las particularidades propias y que la distinguen de similares estados que se presentan en la sociedad conyugal.



Julio, 2017. Depósito Legal N°. 000.000 / 17  
www.tradinco.com.uy