



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Hacia una cultura del trabajo

DOCTRINA

ANIDO BONILLA, Raúl

De la subrogación real en los
bienes embargados

HOWARD, Walter

La representación sucesoria

CAÑARDO, Hernando V.

Consideraciones sobre la cuestión política
y su aplicación en las relaciones exteriores
de los Estados Unidos

JACKSON BERTÓN, Matías

Dinero electrónico en Uruguay: alcance y
naturaleza jurídica

RAMOS OLANO, Sebastián

El derecho de receso y la redacción
del contrato

MONTERO, Adriana

El derecho a la vida: su problemática en
el Uruguay de hoy

NAHABETIÁN BRUNET, Laura

Gobernanza de internet: componentes
normativos y socios culturales de un
ambiente multistakeholder

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

SANTI ESTEFAN, Alejandro

Alcance del poder-deber del juez de
desechar prueba manifiestamente
innecesaria en la audiencia preliminar

LANGÓN, Miguel

Excepciones a la obligatoriedad de la
acción penal (la consagración del principio
de oportunidad)

JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Subcontratación y trabajo portuario

INFORMACIONES

Grado y Postgrado

TESINAS DE MASTERS

CERDEÑA BARCELÓ, Gregorio M.

Regimen legal aplicable al transporte
marítimo por contenedores en el Uruguay
y sus perspectivas

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BARQUÍN MONTANER, Julián

Derecho de suscripción preferente de los
accionistas y su aplicación
Comentarios al caso paycueros S.A. C/
Frimacar y otros

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Derecho sindical. Tomo I. de Osvaldo
Mantero de San Vicente. Segunda
edición actualizada por Rodolfo Becerra
y Ariel Nicolliello (Fundación de
Cultura Universitaria.)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Hacia una cultura del trabajo 7

DOCTRINA

ANIDO BONILLA, Raúl

De la subrogación real en los bienes embargados.....15

HOWARD, Walter

La representación sucesoria.....39

CAÑARDO, Hernando V.

Consideraciones sobre la cuestión política y su
aplicación en las relaciones exteriores de los
Estados Unidos 67

JACKSON BERTÓN, Matías

Dinero electrónico en Uruguay alcance y
naturaleza jurídica 107

RAMOS OLANO, Sebastián

El derecho de recesso y la redacción del contrato.....117

MONTERO, Adriana

El derecho a la vida: su problemática en el
Uruguay de hoy 137

NAHABETIÁN BRUNET, Laura

Gobernanza de internet: componentes
normativos y socios culturales de
un ambiente multistakeholder 163

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

SANTI ESTEFAN, Alejandro

Alcance del poder-deber del juez de
desechar prueba manifiestamente innecesaria
en la audiencia preliminar 199

LANGÓN, Miguel

Excepciones a la obligatoriedad de la acción
penal (la consagración del principio
de oportunidad) 207

JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Subcontratación y trabajo portuario.....215

INFORMACIONES

Grado y Postgrado 235

TESINAS DE MASTERS

CERDEÑA BARCELÓ, Gregorio M.

Régimen legal aplicable al transporte marítimo por
contenedores en el Uruguay y sus perspectivas 247

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BARQUÍN MONTANER, Julián

Derecho de suscripción preferente de
los accionistas y su aplicación
Comentarios al caso paycueros
S.A. C/ Frimacar y otros 355

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Derecho sindical. Tomo I. de Osvaldo Mantero
de San Vicente. Segunda edición actualizada por
Rodolfo Becerra y Ariel Nicoliello (Fundación de
Cultura Universitaria.) 375

MENSAJE DEL DIRECTOR

Hacia una cultura del trabajo

El crecimiento económico no basta para enriquecer a una sociedad. Hace falta el desarrollo humano donde las personas alcancen un grado de bienestar que va más allá de los valores materiales. Uno de esos valores es el gusto por el trabajo de calidad. Se debe procurar ser una sociedad que se destaque en el concierto mundial por contar con miembros que están inclinados a trabajar y trabajar bien, por promover que se cultiven las habilidades para hacerlo, que exista un orgullo de esmerarse por terminarlo con perfección. Y que sea un valor social aceptado por todos y exigido por la mayoría

Este esfuerzo por una cultura del trabajo está muy ligado con la educación –formal e informal–, con el ambiente laboral y con la convivencia armoniosa.

El trabajo no es sólo para conseguir una convivencia armoniosa pero es condición *sine qua non*. De manera que si no hay una disponibilidad para aplicar las energías corporales o espirituales a algo útil, que eso es el trabajo humano, el aporte a la convivencia no se produce.

Y cuando hay disponibilidad para el trabajo se descubre que el trabajo es servicio. Y cuando se encara la vida como un servicio la persona encuentra su lugar en el mundo. Pero sea cual sea el valor o el prestigio social de esa labor que se lleva a cabo, más allá de la búsqueda del lógico provecho económico que trae consigo, quien trabaja se dignifica porque está encontrando el lugar en el mundo, la profesión para la que Dios lo creó para ejercer y servir. Y haciéndolo adquiere la alegría de ser útil, la satisfacción de cumplir con el deber que su propia esencia le exige, factores todos que son fundamento de la felicidad.

El gozo de saberse útil porque uno aporta algo: un dato cierto, la sonrisa que arranca la enfermera del paciente dolorido, la seguridad que se adquiere después de un consejo acertado del profesional universitario...



Revista de DERECHO

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

Director

Dr. Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Dr. Miguel Casanova
Lord Ponsonby 2506

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernandez Reyes
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Miguel Casanova
Dr. Juan Manuel Gutiérrez

Secretaría Técnica

Dra. 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 XIV (2015), N° 27

La comprobación de que uno es útil hace tener a quien trabaja y por tanto sirve, la convicción de que es una persona única en el universo. Y esa convicción está lejos de la arrogancia, del tirano déspota que procura que todo gire en torno a sí mismo. Es la convicción de haber sido creado para trabajar, es decir servir, en ese lugar determinado y en ese instante preciso.

En gran parte, la identidad del hombre y la mujer viene configurada por el trabajo que realiza. No se llama Juan. Se llama Juan el peluquero, o Ramona la conductora de taxis, o Luis el futbolista, China la actriz, Enrique el economista. De ahí que el empleo sea un derecho humano y que la sociedad debe organizarse de tal modo que todos puedan tenerlo. Para que todos puedan ser útiles y encontrar su lugar en el mundo. Para servir y tener una vida lograda, es decir una vida socialmente integrada, una vida feliz en la convivencia armoniosa de la ciudad.

Entre nosotros el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social presentó una directriz de estrategias con el fin de difundir una cultura del trabajo para el desarrollo. “Entre las variables que se encuentran para que un país en crecimiento como Uruguay, pueda transformarse en un país desarrollado están la educación y las competencias, con que cuenten sus ciudadanos” dice el documento. “Se trata del resultado de la calidad y cantidad de años de estudio, pero también a la pertinencia de los conocimientos adquiridos, tanto en los ámbitos de educación y capacitación, como en aquellos propios del trabajo. Mejorar en esto implica un proceso cultural. Por eso, esta Estrategia de **Cultura del Trabajo para el Desarrollo** comprende: la profundización de lo avanzado en el proceso de Trabajo Decente, y ahora también, priorizar la Calidad del Trabajo”.

Es de gran interés tenerlas en cuenta porque significan un ambicioso objetivo compartible por todos y porque subraya el valor del trabajo como clave para el bienestar de la persona y para el desarrollo de la sociedad.

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

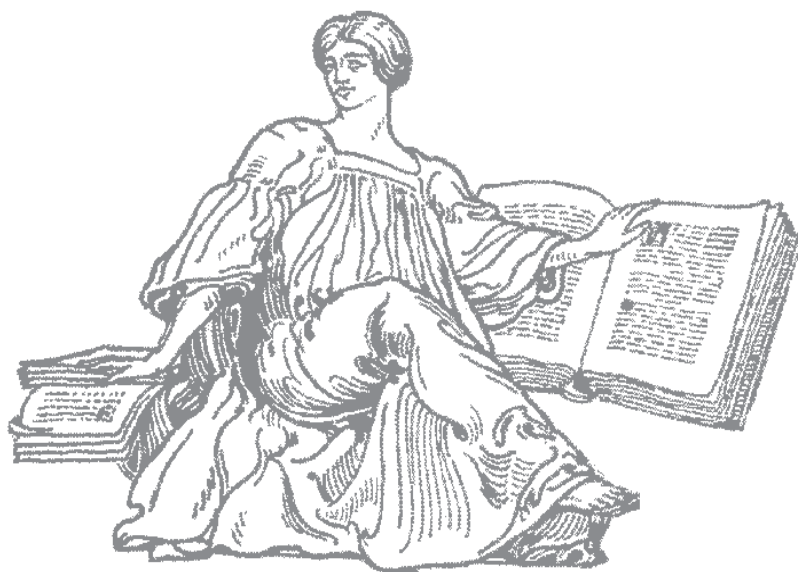
Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan 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.
- 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 arábiga: 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

ANIDO BONILLA, Raúl

De la subrogación real en los bienes embargados

HOWARD, Walter

La representación sucesoria

CAÑARDO, Hernando V.

Consideraciones sobre la cuestión política y su aplicación en las relaciones exteriores de los Estados Unidos

JACKSON BERTÓN, Matías

Dinero electrónico en Uruguay: alcance y naturaleza jurídica

RAMOS OLANO, Sebastián

El derecho de recesso y la redacción del contrato

MONTERO, Adriana

El derecho a la vida: su problemática en el Uruguay de hoy

NAHABETIÁN BRUNET, Laura

Gobernanza de internet: componentes normativos y socios culturales de un ambiente multistakeholder

DE LA SUBROGACION REAL EN LOS BIENES EMBARGADOS

RAÚL ANIDO BONILLA

SUMARIO:

1. De los textos legales.
2. Del derecho subjetivo.
3. Del derecho subjetivo, la buena fe y la seguridad jurídica.
4. Del derecho subjetivo a una situación jurídica de pertenencia.
5. Del derecho a la prestación.
6. Del embargo.
7. Del embargo y la intransitividad de los derechos reales.
8. Del embargo y los derechos de garantía.
9. De la publicidad registral.
10. De la fecha de la oponibilidad del crédito.
11. De la prescripción y la caducidad.
12. Del modelo de los principios del Derecho.
13. De la compensación.
14. De la subrogación real.
15. De las conclusiones.

Se estudia la naturaleza jurídica del embargo, la publicidad registral, y la situación del crédito embargante prioritario del que caduca su inscripción registral luego de la providencia de ejecución y del remate.

Palabras claves: embargo/publicidad registral/ compensación/ subrogación real/

1. DE LOS TEXTOS LEGALES

En el artículo 380.7 del Código General del Proceso, bajo el epígrafe “Prelación” dispone que “La eficacia de los embargos frente a terceros, así como las prioridades entre los embargantes para el cobro de sus créditos, intereses, costas y costos, se determinará por la fecha de realización de los respectivos actos que hacen efectivos los embargos (ordinal 1 de este artículo).” Mientras que el artículo 380.6, bajo el epígrafe “Eficacia”, leemos “Todo acto de disposición o de gravamen sobre el bien embargado, posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto al embargante y no produce alteración alguna en el orden del proceso ni en sus resultados.”

En materia de vía de apremio, hallamos que en el artículo 388, bajo el epígrafe “Liquidación del crédito y entrega del bien”, se establece en el 388.1 que “Depositado el precio o imputada la seña...el ejecutante presentará la liquidación de la que se dará vista

al ejecutado y previo informe de la oficina se someterá a la aprobación del tribunal...” “La liquidación se formulará en el siguiente orden: ...c) El crédito del ejecutante y sus accesorios, pero si hubiere embargos por créditos no satisfechos o créditos prioritarios se pagarán en el orden que legalmente corresponda....” Por fin, en el artículo 389, titulado “Levantamiento de embargos”, leemos que “En todos los casos de venta judicial el tribunal dispondrá de oficio el levantamiento de todos los embargo e interdicciones que afectaren el bien vendido,...”, y, que “389.2 El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación,...”.

Así, en vía de apremio, se admite expresamente la subrogación real del bien ejecutado por el respectivo dinero de su precio; manteniéndose las respectivas afectaciones aún ante la mutación del bien afectado. Por tal vía estamos ante lo que SIECKMANN¹ ha llamado “el mandato de reconocimiento de una norma”, al que se sumarán “el mandato de ponderación”, que describe como “reglas procesales que exigen la ponderación de normas colisionantes”, y “el mandato de optimización”, que ordena que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas”. Para así llegar a lo que llama² “el criterio de optimalidad de PARETO”, por el que “está mandado realizar un estado optimo relativo a los fines dados”.

Dicha norma de validez está acompañada en nuestro sistema jurídico por otras como el artículo 8° de la ley 13899 que, en materia de expropiación, dispone que “Las hipotecas, aún inscriptas con anterioridad al decreto de designación del bien a expropiar, no afectarán al bien expropiado, que una vez otorgada la escritura de expropiación o acta notarial, en su caso, queda libre de gravamen, recayendo el derecho del acreedor hipotecario sobre la indemnización, que quedará a la orden del acreedor”. Disposición que complementa la contenida en el artículo 21 de la ley de expropiación, que establece que “Ninguna reclamación o acción de tercero que alegue estarle afecta la cosa..., puede impedir la expropiación ni sus efectos. El tercero hará valer sus derechos sobre el precio o indemnización de la cosa..., quedando aquélla libre de todo gravamen”. Todo ello complementa la norma que surge del artículo 2335 del Código Civil que dispone que “La hipoteca de una cosa... También se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada.”

De ahí que en este trabajo abordemos la determinación de las respectivas afectaciones, su eficacia y prioridad, ante la operatividad de la subrogación real.

2. DEL DERECHO SUBJETIVO

En el artículo 14 del Código General del Proceso leemos que “Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”. En materia de ejecución forzada estamos ante créditos aún insatisfechos, por lo que en la satisfacción del interés del respectivo acreedor se halla el fin de la misma. Así estamos en presencia de un crédito, especie del género bienes y concreción de un derecho subjetivo.

1 “El modelo de los principios del derecho”, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 24

2 Ob.cit. pág. 53.

CESARINI SFORZA³, al analizar el derecho subjetivo, estudiando su objeto y pretensión, nos dice que facultad es libertad, aunque cerrada en sí misma; mientras que el poder es facultad más potestad, *facultas ac potestas*. Ello es lo que apreciaba y concretaba en el clásico *ius*, que se describiera no ya como el poder de un individuo sobre otro, sino como aquel que es justo (*id quod justum est*): el que se corresponde a una “porción” de utilidades y deberes.⁴ Y dicha *potestas*, en los derechos de crédito, tiene por objeto el comportamiento debido por el deudor. Y, agregamos nosotros, la respectiva utilidad. La que afecta la general utilidad del respectivo bien.

En similar sentido, LENER⁵ escribía cómo el derecho subjetivo y el poder jurídico se interrelacionan; tanto que la enseñanza tradicional predica como elementos estructurales del derecho subjetivo el interés y el poder, en cuanto que a cada derecho le es reconocido un poder para la realización de su interés. A lo que agrega que no todo poder se concreta en función de la realización del interés que constituye el núcleo de un derecho subjetivo, en cuanto éste comprende y califica situaciones estáticas que se corresponden al interés realizado: el orden *secundum ius*. Así LENER observa un momento estático y un momento dinámico en la figura del derecho subjetivo, para luego aludir a aquellos derechos subjetivos cuyo núcleo lo constituye una pretensión, desde cuya perspectiva predomina la situación jurídica en la que el derecho se encuadra. Es por ello que, para LENER, el poder del acreedor de promover la satisfacción coactiva de su interés sobre el patrimonio del deudor se incluye en la relación jurídica obligacional, en la que se halla junto a los poderes que corresponden a cada una de las partes ligadas por el vínculo obligatorio.

Así en el caso de un acreedor embargante, vemos que quien es titular del respectivo crédito ha ejercido el su derecho subjetivo, exigiendo, en su momento, la respectiva prestación y posteriormente promoviendo la satisfacción coactiva de su interés; ejecutando la *potestas* de que nos hablaba CESARINI SFORZA. Así estamos ante una situación jurídica que, como todo derecho subjetivo, merece ser protegida. Tanto que se ha aceptado la figura de la lesión extracontractual del crédito⁶, aún ante la relatividad de los contratos. Y, precisamente, dicha lesión se verifica cuando un tercero a través de un comportamiento positivo o negativo daña un concreto crédito, generando la respectiva antijuridicidad.

3. DEL DERECHO SUBJETIVO, LA BUENA FE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Es por ello que estamos ante el respeto de los derechos adquiridos a través de las diversas concreciones del principio de buena fe, que, sin duda, manifiesta un principio de ética jurídica ya acuñado en el adagio romano de no dañar el derecho ajeno (*alterum non laedere*). En tal sentido LARENZ⁷ nos decía que “La salvaguardia de la buena fe y el

3 Voz “Diritto soggettivo” en Enciclopedia del Diritto, t. pág. 691

4 Julien LAURENT: “La propriété des droits”, LGDJ, París-2012, pág. 31

5 Voz “potere” en Enciclopedia del Diritto pág. 636

6 FERNÁNDEZ ARÉVALO: “La lesión extracontractual del crédito”, Tirant monografías, 1996, pág. 34

7 Citado por DE LOS MOZOS: “El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”, Bosch, Barcelona-1965, pág. 144

mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda la vinculación jurídica individual. Por ello, el principio *no puede limitarse a las relaciones obligatorias*, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público”. Y una especial vinculación jurídica se da entre un acreedor y los demás que tienen conocimiento de su crédito. Ahí se halla la *ratio legis* de la norma que surge del artículo 380.5 del Código General del Proceso, cuyo texto nos dice que “todo acto de disposición o gravamen sobre el bien embargado posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto embargante...”, quien ya había ejercido su *potestas* a través de una de sus concreciones: lograr la traba de embargo.

CANARIS⁸ ha definido el sistema jurídico 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. Así en el caso del respeto al derecho de crédito nos hallamos ante concreciones del principio de seguridad jurídica y, como dijéramos, del principio de buena fe.

En relación a la seguridad jurídica VALLET DE GOYTISOLO⁹ nos decía que la seguridad jurídica, en el sentido de *seguridad de lo ajustado a derecho*, requiere que nadie sea privado de su propiedad por un acto traslativo que él mismo no haya otorgado, lo que denomina seguridad jurídica estática; y que alguien sea protegido en la adquisición de su derecho, lo que denomina seguridad jurídica dinámica. En el caso estamos ante una determinación de la seguridad jurídica estática, que manda que nadie sea privado de la *facultas* que se corresponde a la situación jurídica de acreedor embargante.

Pero también coexiste en la *ratio legis* de dicha norma, como viéramos, el principio de buena fe; del que ALAS, DE BUEN Y RAMOS, seguidos por DE LOS MOZOS¹⁰, nos han dicho que cada una de las instituciones no requieren una buena fe absoluta, sino, por el contrario, una buena fe relativa a los requisitos y circunstancias concurrentes en la institución de que se trate. Así, para apreciar si existe buena o mala fe en estos casos habrá que examinar cuales son las relaciones que constituyen el instituto mismo y establecer después la medida de la rectitud que a aquellas relaciones corresponda. Y, en el caso, la buena fe se concreta en el respeto a la situación jurídica derivada del acreedor embargante. Por lo que, en el caso de la prioridad del acreedor embargante, confluyen la seguridad jurídica estática y la buena fe, sus valores y fines. En tal sentido recordamos cómo SAN AGUSTÍN¹¹ enseñaba que el “...bien, si existe, debe ser de tal naturaleza, que no se pueda perder contra nuestra voluntad; pues nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatar, aunque tenga la firme voluntad de retenerlo y conservarlo.” Y, precisamente, allí está la real *ratio legis* de la protección del acreedor embargante hecha texto en el citado artículo 380.6 del Código General del Proceso.

8 “El sistema en la Jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 55

9 “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, Revista Jurídica del Notario N° 33 (enero-marzo 2000), pág. 211

10 “El principio de buena fe y sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español”, Bosch, Barcelona-1965, pág. 62

11 “Obras apologeticas”, Biblioteca de autores cristianos, Madrid-1975, pág. 233

4. DEL DERECHO SUBJETIVO A UNA SITUACION JURÍDICA DE PERTENENCIA

Ahora, aquel derecho subjetivo de crédito, que devino insatisfecho y genera el respectivo proceso ejecutivo o de ejecución, había transcurrido, en la doctrina, entre la concepción subjetivista de WINDSHEID (que lo describiera como poder de la voluntad) a la concepción objetivista de IHERING (que lo concibiera como derecho-interés, y lo explicara como interés jurídicamente tutelado), como fin del proceso, en cuanto efectividad del respectivo derecho sustancial, en el mismo se concreta el crédito como derecho-interés. Para luego, frente a dichas concepciones, en el siglo XX se propongan otras nuevas, tanto de inspiración subjetivista como objetivista. Dentro de las primeras destaca la de DABIN¹², quien propuso su definición de derecho subjetivo como “pertenencia-dominio” (“*appartenance-maîtrise*”), afirmando que todo derecho subjetivo supone un bien o un valor ligado a un sujeto-persona por un vínculo de pertenencia, lo que determina que esa persona pueda decir que ese bien o ese valor es suyo. En su concepción el derecho subjetivo se presenta como ensamble, como una relación de pertenencia, entre el sujeto y una cosa. Pero, sabedor de la limitación de su definición, añade que la pertenencia puede ser indirecta. Y es lo que verifica en el caso de los derechos de crédito. Por tal vía nos aproximamos a aquella superada concepción de los derechos reales limitada propuesta por ELVERS, citada por BARASSI¹³, que sostenía que los mismos no recaían sobre la cosa sino sobre una determinada utilidad de la cosa, que BARASSI corrigiera, afirmando que la utilidad es una cualidad de la cosa y no tiene entidad jurídica propia. En relación a ellos nos remitimos, en nuestro Código civil, al artículo 550 que describe la servidumbre a través de la noción de utilidad-gravamen.

Frente a ello ROUBIER¹⁴ nos plantea que las prerrogativas y obligaciones conforman lo que él llama “situación jurídica”, para luego distinguir entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. En éstas el elemento de la prerrogativa y de la utilidad para su titular aparece en primer plano en la situación; mientras que en las objetivas presenta un predominio de los deberes frente a los derechos. Y, precisamente, en las situaciones jurídicas subjetivas halla una prerrogativa apropiada “a la manera de un bien”. De ahí que Julien LAURENT¹⁵ nos diga que la concepción de ROUBIER del derecho subjetivo implica una ventaja a favor de su beneficiario, y que¹⁶ conciba el derecho de crédito como derecho-prestación a una prerrogativa apropiada. Para luego afirmar que el derecho-prestación permite una repartición de la suma de utilidades de la cosa apropiada por una persona. Por lo cual nuevamente nos encontramos ante una concreta utilidad a favor del acreedor sobre el bien del deudor ahora embargado, que si bien se corresponde a una situación jurídica objetiva, bien se puede explicar aún como una “pertenencia indirecta” sobre la respectiva cosa.

Dicho respeto a los derechos de crédito, los poderes y facultades que ellos contienen,

12 “*Le droit subjetif*”, Dalloz, 1952, pág. 80 y ss. citado por Julien LAURENT: “*La propriété des droits*”, L.G.D.J., 2012, pág. 54-55

13 “*I diritti reali limitati*”, Giuffré, Milano-1942, pág. 12

14 “*Droits subjectifs et situations juridiques*”, págs. 53-54, citado por Julien LAURENT, ob. cit. pág. 56

15 Ob. cit. pág. 56

16 Ob. cit. pág. 64

conformando la situación jurídica de que nos habla ROUBIER, lo encontramos, precisamente, en disposiciones como el artículo 1792 de nuestro Código Civil que determina que un tercero (el adquirente de una finca arrendada) deba respetar el derecho de crédito del arrendatario “siempre que el contrato conste por escritura pública o privada debidamente registrada”. Y el momento decisivo que determina la oponibilidad de dicho crédito es el del otorgamiento de la enajenación.

Ello se ha explicado a través de que se está ante una obligación real o *propter rem*, que DE CASTRO¹⁷ explicara a través de la existencia de derechos subjetivos dependientes que determinan una relación jurídica compleja que supone una relación estable de reparto de utilidades de un bien. En el caso del artículo 1792 C.Civil hallamos que dicha relación de reparto se liga a la previa concesión del uso y goce de la finca a través del respectivo crédito de que es titular el arrendatario. Así en tal caso estamos ante una afectación de la utilidad de la finca previa a la enajenación, mientras que en la hipoteca estamos ante una afectación a una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Lo que podemos contraponer como utilidad material frente a utilidad jurídica. Tanto que DE LOS MOZOS¹⁸ ha escrito que en dichos casos se presenta el derecho de propiedad como incrustado a una prerrogativa material sobre la cosa y a una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Del mismo modo creemos que, tratándose de embargo, toda relación jurídica entre el propietario y terceros posteriores a la inscripción de aquél se hallará afectada por la prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa que determina el mismo embargo; que, en cuanto tal, ya determinó una relación de reparto de utilidades de la misma.

5. DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN

BETTI¹⁹, al analizar la defensa de la obligación como consecuencia de su incumplimiento, nos indica que la misma, bajo un aspecto que llama instrumental o neutral, se regula en los códigos de procedimiento, y, bajo otro aspecto, en cuanto con ella se ejerce la sanción que la ley determina en caso de incumplimiento de una obligación, tiene una disciplina que entra de lleno en la competencia del Código Civil, es decir en la ley sustancial. Es la conocida tutela jurisdiccional del derecho. A la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Código General del Proceso, debemos estar.

Cuando nos encontramos con la ejecución forzosa, la misma se corresponde a la obtención de aquella utilidad que el acreedor debía obtener de la cooperación del deudor –cooperación fallida–, para lo cual debe acudir, ahora, a la enajenación de los bienes del deudor según las reglas que establece el Código de procedimiento civil. Pero siempre se trata del mismo derecho subjetivo, aquél que se explicaba a través de su conformación de poderes y facultades, ahora en su momento dinámico del derecho a la prestación.

17 Citado por DE CASTRO VITORES: “La obligación real en el derecho de bienes”, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 419

18 “El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica”, EDERSA, 1993, pág. 239

19 “Teoría general de las obligaciones”, EDERSA, Madrid-1970, tomo II, pág. 477 y ss.

Es así que la postura de BETTI se enfrentaba a la que sostuviera CARNELUTTI²⁰, quien afirmara que era preciso defenderse contra el peligro de confundirse el derecho privado del acreedor, que se agotaría al hacer prevalecer su derecho a la prestación, y el poder de actuar las sanciones predispuestas en la ley para el caso de incumplimiento, que identificaba con la acción: dos posiciones, según su opinión, por las que una representaría un medio, y la otra sería el fin; una sería el interés tutelado por la iniciativa del acreedor, interés a la prestación del deudor; la otra —el medio— sería la acción como poder para poner en ejercicio los medios y las vías para conseguir aquella tutela. CARNELUTTI, diciendo esto, manifestaba una exigencia que tiene una indudable razón de ser: la exigencia de distinguir claramente lo que corresponde al Derecho sustancial, de lo que pertenece al Derecho procesal, incluso cuando a este último se concedía una prevalente importancia. Frente a ello BETTI sostenía que la sanción, al contrario de lo que sucede con la acción, pertenecía al Derecho sustancial. Así sostiene que conviene distinguir netamente lo que es poder procesal, como tal, instrumental y neutral, puesto a disposición de los particulares por la ley —poder que tiene por contenido únicamente el interés para actuar y por fin (*petitum*) el obtener una medida jurisdiccional— de aquella situación de Derecho sustancial, a la que el poder mismo se refiere y se coordina como a una “pretensión” que hace valer. Sin embargo, desde un punto de vista teleológico —y lo admite el mismo CARNELUTTI, sin usar esta expresión— se precisa reconocer que el poder de provocar la actuación de la sanción se concede a quien tiene derecho a la sanción; pero si tiene o ha perdido este derecho es lo que trata de decidir y de declarar el proceso.

En un proceso en quien lo promueve, llegando a la vía de apremio, es el acreedor embargante prioritario, es obvio tiene derecho “a la sanción”. Por lo que, usando palabras de BETTI, hemos de estar a su derecho a la prestación, o sea a su mismo derecho subjetivo. Lo que se ha de decidir, como señalaba dicho autor, conforme las reglas del Derecho sustancial. Desde tal base creemos que debemos analizar la situación de dicho acreedor cuando la inscripción de su embargo caduque por el transcurso de los treinta años, u otra similar, en la que, al decir de SAN AGUSTÍN, se manifieste “la firme voluntad” de conservar” el respectivo derecho.

6. DEL EMBARGO

TARIGO²¹ definía el embargo como “el conjunto de actividades cuya finalidad es la de afectar bienes concretos del patrimonio del deudor para someterlos como objeto de la ejecución ya dispuesta”. BARRIOS DE ANGELIS²² lo describía como “Acción y efecto de afectar formalmente por acto del Tribunal bienes genéricos o específicos para su aplicación eventual a una ejecución.” Mientras que BIURRUN BERNERON²³ define el embargo como una medida cautelar que consiste en la ejecución de un bien (o “fictamente” de ciertos bienes comprendidos en el embargo genérico) cuya titularidad es la del ejecutado, con la finalidad de asegurar, mediante su venta judicial, el pago al acreedor...

20 “Dir. e proc. n. teoría d. obblig., n. 21, en *Studi Chiovendi*, P. 273

21 “Lecciones de Derecho Procesal Civil...” t. III, 3ª edic., Montevideo-2003, pág. 95

22 “El proceso civil” tomo II pág. 140

23 “Vía de apremio. Embargo, tasación y preparación del remate” en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, pág. 123

vínculo que se logra por un complejo de actos que culminan otorgando eficacia, la cual determina la inoponibilidad de actos de disposición posteriores...y concede al acreedor ejecutante el derecho de persecución y de prioridad –fuera de las preferencias y el concurso- al cobro del bien.

En la doctrina española hallamos que ESPEJO LERDO DE TEJADA²⁴ ha definido al embargo como un acto de naturaleza jurisdiccional o judicial que causa la afectación de un bien a las resultas de un procedimiento de ejecución de una obligación.

Todas las citadas definiciones transitan por la afectación, en relación a la cual en nuestro sistema jurídico no hallamos ni una definición ni una regulación. Aunque sí por referencias a la misma, como la expresión “patrimonio de afectación” contenida en la ley 17.703 en relación a la propiedad fiduciaria. Por lo que entendemos admisible la explicación propuesta por ROY²⁵ quien describe la afectación a través de la prerrogativa del *jus utendi* en su aspecto jurídico, quien la complementa²⁶ afirmando que “la afectación imprime al bien una destinación, una dirección, un fin”. Tanto como se aprecia, en nuestro sistema jurídico, en el fideicomiso. Así luego del embargo nace en relación al respectivo acreedor una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa a fin de la satisfacción de su crédito, aún ante terceros como lo reconoce y regula el artículo 380.7 del Código General del Proceso. Así vemos cómo se aproxima a la hipoteca, tanto que MIRZIA BIANCA²⁷, siguiendo a RASCIO, clasifica el acto de destinación como “acto real”. Tanto como se aprecia en la hipoteca un caso de afectación de destino; afirmando CANALS BRAGE²⁸ que en relación con la hipoteca la palabra destino presenta el significado de “separación de un bien del ámbito patrimonial universal para quedar afecto a una responsabilidad especial”.

Así, la misma idea de afectación, es la que explica que los bienes comprendidos en el respectivo embargo genérico queden afectados al destino de satisfacer el crédito del respectivo acreedor. Por lo que desde que un acreedor embargante halla, en su caso, la protección del embargo y la respectiva publicidad registral, los bienes comprendidos en el respectivo embargo genérico quedan afectados al crédito de aquél.

De ahí que se afirme que la definición de embargo apunta a una institución de naturaleza jurídico-real, la que pone el acento únicamente en el que se denomina su aspecto “pasivo”: se le describe desde los efectos que el embargo produce en el ámbito patrimonial del deudor. Así ESPEJO LERDO DE TEJADA nos habla de definiciones en las que se presenta el embargo como “medida judicial por la que determinados bienes concretos del deudor quedan afectados a la ejecución judicial de un crédito”, o como “afección del bien embargado al proceso en que se decreta a fin de garantizar su adecuada ejecución”. Por esta razón, nos dice, resulta frecuente en la doctrina completar la anterior definición con la descripción de los efectos que el embargo produce en la posición jurídica del acreedor.

24 “Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la ley de enjuiciamiento civil”, Thomson-Civitas, 2005, pág. 16

25 “L’affectation des biens en droit civil québécois”, “La Revue du Notariat, Montreal” vol. 103 diciembre 2001, pág. 386

26 Ob. cit. l. pág. 388

27 “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del Notariato año 2006, volumen LX, pág. 1178

28 La hipoteca como patrimonio de destino”, Fundación Registral, Madrid-2013, pág. 106

Entre las definiciones que traen a primer plano la posición del acreedor luego del embargo hallamos la de CARRERAS²⁹ que lo describe como la actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes.”, y la de DÍEZ-PICAZO³⁰, quien escribiera que el embargo “crea un derecho real a favor del acreedor embargante sobre las cosas embargadas, muy similar a los derechos reales de garantía. En virtud del embargo nace una afección real, una sujeción de los bienes que el acreedor persigue.”

7. DEL EMBARGO Y LA INTRANSITIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES

De dichas definiciones ESPEJO LERDO DE TEJADA extrae como elemento omnicomprendivo de todas ellas la idea de “afección”, lo que le basta para afirmar que nos encontramos ante una institución jurídico-real. A lo que agrega que lo que resulta enriquecido por este derecho real es la posición jurídico-procesal del ejecutante. El inmueble objeto del embargo queda sujeto al proceso de ejecución de forma directa, mientras que sólo a través de dicho proceso quedaría sujeto al concreto crédito que está siendo objeto de la ejecución. Así se subraya nuevamente los dos efectos del embargo: su efecto en la cosa y su efecto en el crédito, lo que determina que ni el embargo ni su inscripción conceden propiamente preferencia al crédito que lo obtiene. Tanto como afirma que el embargo sea una institución procesal no impide el acercamiento a la misma desde los conceptos jurídico-civiles.

Compartimos el enfoque de ESPEJO LERDO DE TEJADA, acompañándolo en la visión del embargo como configurar de un derecho de eficacia real, al igual que el que logra el crédito del promitente comprador luego de su inscripción registral y similar al del prestamista luego de la inscripción de la respectiva hipoteca. Como en todo derecho real de garantía en él nos falta la nota de la inmediatividad. Es así que recordamos que TILOCA³¹ escribía que la afirmación del carácter inmediato de los derechos reales resulta contradictoria con su pretendida coexistencia con el llamado deber de abstención de la colectividad, generalmente considerado como su reverso. Demás es sabido que existen derechos reales sin inmediatividad, como la hipoteca y la prenda sin desplazamiento.

Sin embargo, para TILOCCA, la oponibilidad a tercero de los derechos deriva de su inscripción o de su tradición efectiva, y ni una ni otra tienen influencia sobre la naturaleza de los derechos. Así nos dice que no son más que simples medios de publicidad; que son actividades posteriores al nacimiento del derecho real. De ahí que sostenga que el derecho debe serponible a tercero en cuanto real; no real por serponible.

29 “El embargo de bienes”, Barcelona 1957, pág. 138

30 “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” t. III, Madrid-1995, págs. 487-488

31 “La distinzione tra diritti reali e diritti di crédito”, Archivio Giuridico, vol. CXXXVIII, fasc. 1, enero 1950, pág. 3 y siguientes, citado por VALLET DE GOYTISOLO: “Estudios sobre derecho de cosas” volumen I, Ed. Montecorvo, Madrid-1985, pág. 230

Ante tal planteo, no podríamos ver en el embargo un derecho real de garantía a pesar de hallar en él una afectación. Aunque sí podríamos hallar lo que VALLET DE GOYTISOLO³², comentando a ROCA SASTRE, llama “un régimen o estatuto de trascendencia real, pues modaliza los derechos inscritos, con repercusión respecto de posteriores adquirentes”. Pero, el mismo VALLET DE GOYTISOLO³³ ya nos advertía que muchas veces es necesario prescindir de la clasificación entre derechos reales y personales para poder comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de determinadas instituciones. Por lo que, agregamos nosotros, siguiendo a ROUBIER, debemos atender más que a derechos a situaciones jurídicas y a la pertenencia que se presenta en las mismas. A ello VALLET DE GOYTISOLO³⁴ añade que “... mientras los demás derechos clásicamente catalogados como reales llevan la reipersecutoriedad ínsita en sí mismos, la prenda y la hipoteca, necesitan, respectivamente, de la posesión y de la inscripción para poder perjudicar a tercero. Pudiéndose decir que no es a su propia naturaleza, sino a la publicidad que reciben de aquellas formas, a lo que deben su eficacia “erga omnes”; es decir, la universalidad que se señala como característica esencial de todos los derechos reales. Y que, por tanto, esa universalidad de la hipoteca inscrita o la prenda poseída no es propia y sustantiva, sino meramente formal y eventual, puesto que no perdura más allá de la desaparición de la forma externa con la que nacieron”. Así vemos nuevamente la similitud entre la situación del crédito protegido mediante un embargo y la del crédito prendario o hipotecario. Más si atendemos a concebir los derechos reales como “conjunto de técnicas a disposición de las personas para el reparto de las cosas y de sus utilidades”, de modo que “la persona está en condiciones de obtener utilidad cuando le es reconocido el señorío –total o parcial...- de manera que su contacto físico o influencia de su voluntad en la configuración o destino de las cosas responde a su atribución jurídica” como nos dice de CASTRO VITORES³⁵. Y precisamente en la vía de apremio ya está reconocido dicho señorío, hallando entre las facultades de aquél acreedor la obtener la utilidad que le es debida mediante la afectación de un bien, y el correlativo reparto de utilidades del mismo. Por consiguiente, desde el punto de vista civil, si no estamos ante un derecho real de garantía estaremos ante una afectación real que solo se podrá explicar mediante la técnica de las obligaciones reales. En tal sentido sólo nos resta recordar la formulación de ATIAS³⁶, quien nos dice que “la particularidad del derecho real es su simplicidad: una cosa, una persona, y nada más. La cosa se pone al servicio de la persona, por simple eliminación de todo concurrente, de todo intermediario”. Y eso, precisamente, es lo que se verifica en la vía de apremio: un señorío de aquel acreedor embargante sobre el valor de una determinada cosa. Por lo cual no dudamos en calificar la situación del crédito protegido por un embargo como situación de derecho real.

8. DEL EMBARGO Y LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

En cuanto el embargo afecta al patrimonio del deudor presenta una finalidad de ga-

32 “Estudios ...”, ob. cit., pág. 281

33 “Estudios...”, ob. cit. pág. 224

34 “Estudios sobre garantías reales”, segunda edición, Editorial Montecorvo, Madrid-1973, pág. 36

35 “La obligación real en el derecho de bienes”, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 31

36 “Droit civil. Les biens”, tomo I, Librairies Techniques, Paris, número 40, pág. 65 y ss.

rantía para aquel acreedor, la que llevara a VIERA³⁷ a definir el embargo como una medida de garantía y a sostener³⁸ que los efectos del embargo son semejantes a los de la hipoteca. De modo que la afectación de la utilidad jurídica del bien del deudor presenta como destino la garantía del acreedor embargante a fin de la satisfacción de su crédito dinerario que se corresponde a la respectiva obligación de dar de su deudor. Así el embargo cumple la finalidad de garantía a que el respectivo acreedor obtenga (teoría del resultado) aquella suma de dinero que al momento del pago represente el valor efectivo de su crédito. Lo que nos aproxima a la posición de CICU³⁹, cuando afirmaba que el objeto de la garantía real no es la cosa sino el valor de la cosa (“puesto que el fin de la garantía real es asegurar al acreedor una suma de dinero, su objeto es el valor de la cosa”). Por lo que, desde que la “tesis del derecho real de garantía”, que postula que “objeto de derecho real de garantía no es el valor ni la cosa, sino una particular relación del acreedor con la cosa vinculada: relación de seguridad”⁴⁰, en cuanto ésta determina la afectación de la cosa al crédito que tiene por objeto un prestación de dar una suma dineraria, terminamos igualmente hallando la afectación de aquella por el valor de dicha prestación al momento de recibirla el acreedor. Así encontramos de la afectación de la finca en su utilidad jurídica por su destinación a la satisfacción del valor del crédito del acreedor embargante; lo que concuerda con la figura del “acto de destinación” que MIRZIA BIANCA⁴¹ describe, en referencia a la destinación funcional del respectivo bien, a través de su oponibilidad a terceros y de la atribución al sujeto beneficiario de una situación jurídica subjetiva activa de hacer valer la destinación.

Pero más allá de si en el embargo estamos ante una institución de naturaleza real, no nos cabe duda que luego del mismo estamos ante la afectación de bienes del deudor a fin de la satisfacción del respectivo acreedor.

9. DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

En la doctrina italiana RUSSO⁴² nos indica que ante la función de la publicidad registral se presentan como tesis dominantes la que sostuviera PUGLIATTI⁴³ a través de la afirmación de la función primaria de la conoscibilidad, y la que sostuvieran NICOLÒ⁴⁴ y GAZZONI⁴⁵ a través de la afirmación que la función primaria de la publicidad registral es la de dirimir los conflictos entre varios adquirentes del mismo bien. Para luego afirmar RUSSO que la conoscibilidad legal se traduce en oponibilidad. Pero, cualquiera sea la posición que se siga, el fundamento de la publicidad registral se halla en la seguridad jurídica, que, conforme el mismo Diccionario de la Lengua Española, significa la seguri-

37 “Las medidas de garantía y el embargo”, 2ª edición, Editorial Universidad S.A., Montevideo 1988, pág. 39

38 Ob. cit. pág. 67

39 Cit. por VALLET DE GOYTISOLO, “Estudios sobre garantías reales” 2ª edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid-1984, pág. 16

40 Posición de MAIORCA citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit. pág. 25

41 “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del notariato-2006, pág. 1179

42 “Le convenzioni matrimoniali”, en “Il Codice Civile Commentario, Giuffrè editore-2004, pág. 162

43 “La trascrizione. La pubblicità in generale” en “Trattato di diritto civile e commerciale” dirigido por CICU y MESSINEO, Milano-1957, pág. 307

44 “La trascrizione”, Milano, pág. 68 y ss.

45 “La trascrizione immobiliare”, en “Commentario al codice civile”

dad de algún derecho que se tiene o se adquiere -la segura titularidad o la seguridad de una adquisición- tanto como la seguridad de que algo es ajustado o conforme al derecho. Lo que hace que se ligue la seguridad jurídica con la confianza. Y ésta, precisamente, nos dice LARENZ⁴⁶ tiene elemento componente de Ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico.

En la doctrina española RAGEL SÁNCHEZ⁴⁷ afirma que la inoponibilidad se basa fundamentalmente en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad. Así se trata de una medida de protección del tercero que adquirió sus derechos con anterioridad a la realización de la actuación ajena, y, agregamos nosotros, desde que situación sea conosci-ble. De ahí que llegue a hallar el fundamento inmediato de la inoponibilidad en evitar que sean perjudicados los legítimos derechos de los terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena. De modo que se puede considerar que son derechos adquiridos aquellos que nacieron y entraron en el patrimonio individualizado de una persona al amparo de una situación jurídica anterior, y cuya vigencia no se ha agotado, ni consumado todos sus efectos, cuando surge a la vida jurídica una situación jurídica nueva, que le afecta jurídicamente. Y ello, precisamente, es lo que sucede cuanto ante un embargo, prioritario, le suceden otros embargos sobre el mismo bien. Lo que nuestra legislación procesal llama prelación.

En materia de derechos adquiridos el artículo 1512 de nuestro Código Civil dispone que “La compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos ya adquiridos por un tercero. Así el que siendo deudor ha venido a ser acreedor, después del embargo trabado en el crédito por un tercero, no puede en perjuicio del ejecutante oponer la compensación”. De tal modo vemos cómo el acreedor embargante tiene un derecho adquirido, tanto que VAZ FERREIRA⁴⁸, refiriéndose a la norma derivada del artículo 1993 C.Civil, ha escrito que el acreedor que ha trabado un embargo tiene en nuestro Código un derecho adquirido. En tal sentido recordamos que dicho artículo dispone que “La separación de bienes no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores...”. Por lo cual bien podemos sostener que la seguridad jurídica como principio general del derecho se concreta en la protección de los derechos adquiridos con anterioridad.

Así podemos afirmar que la razón de la publicidad registral es otorgar seguridad jurídica a titulares de derechos cognoscibles, o adquirentes de los mismos, como medio de protección de los derechos adquiridos. Es por ello que se dice que cuando el ordenamiento jurídico establece la protección de la inoponibilidad, se considera que las actuaciones ulteriores son potencialmente lesivas para el tercero que ostentaba un derecho a cierto comportamiento por parte del actuante, y le permite actuar como si la actuación posterior no se hubiera llevado a cabo.

El perjuicio que trata de evitar la inoponibilidad tiene un carácter abstracto y potencial. Así junto a la publicidad registral se halla en la irretroactividad de las leyes una forma de inoponibilidad, al no resultar afectados por la nueva normativa los derechos

46 “Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, Civitas, 1ª reimpresión 1991, pág. 95

47 “Protección jurídica del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad”, Tirant lo Blanch, Valencia-1994, pág. 107 y ss.

48 “Tratado de la sociedad conyugal” tomo II, ASTREA, 3ª edición actualizada, Buenos Aires-1979, pág. 182

adquiridos al amparo de la anterior ley. Y en ambas concreciones del principio de seguridad jurídica.

En materia de retroactividad de las leyes, VERDERA IZQUIERDO⁴⁹ nos indica como las teorías que determinan la razón de la prohibición a la retroactividad transitan desde la teoría de los derechos adquiridos o clásica (*iura quaesita*) a la teoría de los hechos consumados (*facta praeterita*). La teoría de los derechos adquiridos predica que la ley posterior puede modificar, sin ser retroactiva, hasta la simple expectativa, pero si modifica los denominados derechos adquiridos ya incurrirá en retroactividad; definiendo BAUTRY-LACANTINERIE⁵⁰ el derecho adquirido como una facultad legal puesta en ejercicio, mientras que DEMOLOMBE⁵¹ lo describía como el derecho de que estamos investidos y que un tercero no puede arrebatarnos. Así se nos dice que es la consecuencia de un hecho realizado bajo la antigua ley, el cual es el principio generador, causa eficiente y directa de aquella. Por ende, es el efecto con el que han debido contar los particulares. Mientras que la teoría de los hechos consumados predica que la irretroactividad de la ley implica el respeto a los efectos ya producidos y a los efectos por producirse, en cuanto la nueva ley no debe afectar a los hechos realizados con anterioridad, sino tampoco a las consecuencias de los hechos pasados que se realizan bajo la vigencia de la nueva ley. Así BARBERO⁵² afirmaba que, de acuerdo con esta teoría, “el principio de irretroactividad se viola cuando se pretende revalorar un hecho llevado a cabo bajo el imperio de la antigua ley para deducir de él consecuencias sobre la base de la nueva.” Mientras que ROUBIER⁵³, en cambio, sustituye el concepto de hecho jurídico por el de “situación jurídica”, la que pasa por tres momentos: el de su constitución o creación, el de sus efectos o modificación, y el de su extinción. Así entiende que sí hay retroactividad cuando las nuevas leyes se apliquen en relación a situaciones en curso, si afecta a los efectos ya realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley.

Si en materia de irretroactividad de la ley-inoponibilidad debemos distinguir entre la creación de la situación jurídica y sus efectos, siendo relevante aquel momento; también debemos distinguir en materia de protección de derechos adquiridos-inoponibilidad entre la creación de la situación jurídica de afectación, la correspondiente inoponibilidad, y el momento de sus efectos. Entre la creación de la afectación en el patrimonio de los ejecutados y el “procedimiento posterior al embargo” (artículo 383 del Código General del Proceso). Siendo relevante aquel momento y no éste.

En tal sentido recordamos que GORDILLO CAÑAS⁵⁴, al estudiar la ampliación del ámbito mínimo de la inoponibilidad registral, presenta la publicidad registral a través de la postulación de la inscripción como “instrumento de *afección de lo inscrito a terceros adquirentes*”. La llamada función de afección a terceros no es más que la función implí-

49 “La irretroactividad: Problemática general”, Dykinson, 2006, pág. 54

50 “Traité théorique et pratique de droit civil”, vol. I, Sirey, Paris, 1906, cit. por VERDERA IZQUIERDO, ob. cit. pág. 55

51 “Cours de Code Napoléon”, I, Auguste Durand & Pedone Lauriel, 1845, cit. por VERDERA IZQUIERDO, ob. cit. pág. 55

52 “Sistema de Derecho Privado”, I, EJE, Buenos Aires-1967, pág. 134

53 “Les conflits des lois dans le temps. Théorie de la non-rétroactivité des lois” t. I,

54 “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral” en ADC español, pág. 486 y ss.

cita en los sistemas de prioridad. Así “esa extrañamente denominada función de afección a terceros” no es más que la función asignada a la publicidad como condicionante de la oponibilidad a terceros de la materia inscribible. Y tal función, en los sistemas de prioridad, es mucho más que un efecto implícito de la eficacia de la inscripción y de las consecuencias de su omisión: es, justamente, el efecto sustancial y más explícitamente afirmado de la publicidad; el que, como tal y a modo de principio general, formulaba expresamente en Francia el artículo 3° de la Ley de Transcripción. En él leemos que “*Jusqu’à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne pouvant être opposés aux tiers qui ont des droits sur l’immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois (...)*” Lo que llevara a MARTY-RAYNAUD-JESTAZ a afirmar que la inoponibilidad es la pieza esencial de la publicidad registral.

En el Derecho de Partidas se daba preferencia al primero en la posesión. De ahí el origen del origen del artículo 1337 de nuestro Código Civil en el que leemos que “Si uno se obliga sucesivamente a entregar a dos personas diversas una misma cosa, el que primero adquiere la posesión de buena fe, ignorando el primer contrato es preferido, aunque su título sea posterior en fecha, ...” Aquí hallamos el mismo fundamento: la seguridad jurídica que se concreta en la protección de los derechos adquiridos ligada a la protección de la confianza junto al componente de Ética jurídica que implica la buena fe.

10. DE LA FECHA DE LA OponIBILIDAD DEL CRÉDITO

Sin perjuicio de lo antes establecido, en el artículo 109 de la ley concursal -ley número 18.387- leemos que “Los créditos con privilegio especial deberán estar inscritos a la fecha de la declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprada”. A dicha fecha se estará a fin de fijar el “privilegio especial” de los respectivos créditos, al momento de la declaración del concurso y no al momento de la liquidación y pago de la masa activa del concurso; disponiendo el artículo 181 de dicha ley que “Los créditos con privilegio especial se pagarán con el producido de la enajenación de los bienes gravados.”

Por lo que se atenderá a la inscripción de las hipotecas, prendas o fideicomiso de garantía en el primer acto jurisdiccional en el proceso concursal que sigue a la solicitud de concurso, que dista temporalmente del momento del respectivo pago. Así la verificación de los créditos se comprende en un plazo de 60 días contados desde la fecha de la declaración de concurso (arts. 55 y 94) y se concreta a través de la respectiva solicitud de verificación. Y, precisamente, la lista de acreedores que prevé el art. 101 de la ley 18.387 contendrá la respectiva nómina así como sus garantías personales o reales y calificación jurídica.

En la norma que surge del artículo 1337 de nuestro Código Civil se debe atender al momento de la adquisición de buena fe de la posesión, ese momento determinará preferencia de dicho adquirente frente al comprador que fue anterior en el tiempo pero logró la apariencia (publicidad) de su crédito, sin importar si aquél adquirente luego perdió

la posesión o fue turbado en la misma. Es a aquél momento al que hay que estar. Tanto como en la compensación, hay que estar si al momento de la coexistencia de los créditos recíprocos uno de ellos ya estaba embargado, no siendo relevante si luego dicho embargo caducare. En dicho momento la compensación no se verificó ya que existía un derecho adquirido con anterioridad. Lo mismo en la separación de bienes, en la que también estaremos al momento de la disolución de la conyugal y si al mismo existía un derecho adquirido, como el acreedor embargante cuyo embargo luego caducara por transcurrir los 30 años.

La misma solución creemos que se debe determinar en relación a los sucesivos embargos, en cuanto estamos ante la misma razón. En tal sentido recordamos que CANARIS⁵⁵ nos decía que “la exigencia del “orden” resulta sin más del reconocido postulado de justicia de que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia: se insta al legislador y al juez a retomar “consecuentemente” la valoración que una vez se ha sentado, a “pensarla hasta el final” en todas sus consecuencias particulares y a romperla solo con sentido...” Es lo que se conoce como coherencia en el sistema jurídico. Por lo que, estando ante la misma razón, nos resta determinar cuál es el momento a valorar fin de determinar la prelación de los embargos que se compadezca con la razón del momento de la enajenación en la finca afectada por un arrendamiento inscrito, del momento de la coexistencia de deudas en el caso de la compensación, de la disolución de la sociedad conyugal, o de la declaración de concurso. Hemos visto que tanto en la compensación o en el concurso no es el momento del pago, sino uno previo, el de la declaración de concurso o el de la coexistencia de deudas. Lo que, en una formulación abstracta, se corresponde atender, en dichos casos, no al momento “del hecho consumado” sino al momento en que el respectivo bien se pone al servicio del acreedor a través de la simple eliminación de todo concurrente y de todo intermediario (reconociendo la fórmula de ATIAS). Y dicho momento creemos que se produce o al momento de la providencia de ejecución (“vía de apremio”) de que nos habla el artículo 379 del Código General del Proceso o al momento del remate, pero nunca al momento de la “liquidación del crédito y entrega del bien” o al momento del “levantamiento de embargos”. Admitimos que la solución puede ser opinable, pero lo que no creemos opinable es que dicho momento se traslade al momento de la liquidación y pago.

Creemos que al igual que se estableciera en materia de irretroactividad de ley, debemos estar al momento de creación del derecho subjetivo y no al de sus efectos, al momento de la afectación real. En tal sentido recordamos que la razón de la publicidad registral se encuentra en la seguridad jurídica de los derechos adquiridos ya cognoscibles a un determinado momento: aquel en que el “despachará mandato de ejecución”. Dicho momento creemos que es el análogo al de la declaración de concurso, al de coexistencia de deudas, o al de la disolución de la sociedad conyugal. En apoyo acudimos a los principios generales del derecho de buena fe y confianza. En tal sentido recordamos las razones de SAN AGUSTÍN: “nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatar, aunque tenga la firme voluntad de retenerlo y conservarlo”. Todo ello se vuelve relevante en el caso de que el acreedor embargante prioritario que promovió la ejecución ve caducar su inscripción por el transcurso de los treinta años.

55 Ob. cit. pág. 24-25

En apoyo de nuestra postura solo nos resta recordar las enseñanzas del querido VALLET DE GOYTISOLO sobre la analogía y la equidad⁵⁶. Así nos recuerda cómo TOMAS MIERES afirmaba que la equidad orienta la analogía, atendiendo a cuál es la *rerum convenientia*, tanto como nos mandaba buscar la razón de la ley en lo que ésta resultare dotada de buena razón y equidad, "*quia lex praesumitur iusta*". Y, en similar sentido FIGA⁵⁷ decía que el razonamiento por analogía es "silenciado por la lógica moderna" pero "no es silenciado por la ciencia" que recurre a la teoría de los "modelos". Y los "modelos" o "ejemplos" se hallan en los casos legalmente previstos.

11. DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD

En la relación de los derechos ante el devenir del tiempo encontramos que PUIG BRUTAU⁵⁸ ha escrito que la prescripción extintiva tiene su fundamento en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular. La inactividad, silencio o falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de la prescripción extintiva por ser contrario al interés social una prolonga situación de incertidumbre jurídica.

Obviamente que el acreedor embargante que promueve la ejecución no es titular de un crédito que haya prescrito, desde que lo ha ejercido.

La justificación de la caducidad, en cambio, está en la naturaleza del mismo derecho que caduca, que tiene una duración prefijada, por lo que el conocimiento de su momento inicial implica necesariamente el conocimiento del final. Por ello es que lo que caduca en el caso es la inscripción del respectivo embargo y no el derecho subjetivo mismo.

Así PUIG BRUTAU⁵⁹ afirma que en la prescripción el derecho se pierde porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado. Por lo que en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto que puede entenderse que es un plazo preclusivo; llamando así al plazo dentro del cual y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica. Pero, en el caso de un acreedor embargante que ve caducar la inscripción del mismo luego de la providencia de ejecución, su derecho no ha prescrito ni ha caducado en cuanto él se ha ejercido, tanto que ha sido su titular el que ha promovido todos los actos de impulso procesal a fin de la respectiva ejecución. Sólo ocurre que no es posible continuar la reinscripción del respectivo embargo por no poderse reinscribir "por un plazo mayor de treinta años, contados desde la fecha de la respectiva inscripción" (art. 42 de la ley 10.793).

56 "El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid-1997, pág.96

57 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. última citada, pág. 107

58 "Caducidad, prescripción extintiva y usucapión", 3ª edición actualizada y ampliada, Bosch, Barcelona, pág. 32

59 Ob. cit. pág. 43

12. DEL MODELO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

El modelo procedimental del derecho propuesto por ALEXY⁶⁰ se desarrolla mediante la idea de optimización, enlazando tres implicaciones con la validez de un principio: un mandato de reconocimiento de una norma, un mandato de ponderación y un mandato de optimización. El mandato de reconocimiento lo hallamos en el artículo 380.6 del Código General del Proceso que dispone que “Todo acto de...gravamen sobre el bien embargado, posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto al embargante y no produce alteración alguna en el orden del proceso ni en sus resultados. Los mandatos de ponderación son normas procesales que exigen la ponderación de las normas colisionantes; y ponderar exige razones, valores y fines que se corresponden a principios generales del derecho. Si lo que se pretende es hallar una colisión entre el citado artículo del Código General del Proceso y el artículo 389.2 del mismo que dispone que “El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación...”, debemos tener presente que ésta no se puede interpretar a contrario a fin de entender que el embargo cuya inscripción caducó a dicho momento no afecta el precio de la enajenación.

En tal sentido debemos recordar cómo LAURENT⁶¹ advertía que el argumento *a contrario* puede llevar a resultados absurdos; explicando que “El silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada”; aunque sí que puede usarse dicho argumento cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya”. Pues, continúa, “puede muy bien invocarse el silencio de la ley para confirmar un principio tradicional de derecho francés”, que “resulta de la esencia misma de la institución”. Por lo que si vamos al reconocimiento de las razones, principios y fines presentes en el caso de un acreedor que ve caducar la inscripción registral luego de él mismo promover la ejecución, éstos se hallan de lado de la permanencia de la afectación que originó el embargo de un crédito que se mantiene vigente actualmente, a ello conducen los principios de seguridad jurídica, de buena fe, de confianza. Mientras que del otro lado solo tendríamos como razón una inacción que no es relevante, pues los institutos creados a tal fin no la contemplan, desde que no ha existido inactividad del respectivo derecho.

Por lo que la ponderación de las razones nos conducen al mantenimiento de la afectación del crédito de que es titular aquel acreedor embargante sobre “el precio de la enajenación”. Y los mandatos de optimización ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas. Y, precisamente, lo que debe ser cumplido en la mayor medida posible es la citada afectación que protege el crédito de que es titular el acreedor embargante prioritario que promovió la ejecución.

13. DE LA COMPENSACIÓN

El artículo 1497 de nuestro Código C.Civil dispone que “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...”, mientras que en el artículo 1498 se establece que “la compensación se verifica

60 Citado por Jan-R. SIECKMANN: “El modelo de los principios del derecho”, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición-2006, pág.24

61 Citado por VALLET DE GOYTISOLO: “Metodología de la determinación del derecho. II (parte sistemática)”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. y Consejo General del Notariado, Madrid-1996, pág. 637

ipso iure por el solo ministerio de la ley, aun sin noticia de los deudores; las deudas se extinguen recíprocamente en el instante en que existen a la vez, hasta la suma concurrente de sus cantidades respectivas”.

La referencia a la compensación se vuelve relevante desde que aquel acreedor embargante que vio caducar su inscripción por el transcurso de los treinta años luego del remate, habiendo sido el mejor postor en el mismo. Desde ahora llamaremos a dicho acreedor “aquel acreedor embargante”. En tal caso vemos cómo el crédito de que era titular aquel acreedor se extinguió simultáneamente al crédito de que eran titulares los ejecutados (con las respectivas afectaciones y reparto de utilidades) contra él por la obligación de pago del precio derivado de la subasta, lo que determinara que en el patrimonio de aquel el crédito a la adquisición de la propiedad de la finca subrogara al crédito dinerario, al que accedía el embargo que lo hiciera prioritario, ya satisfecho y extinguido.

El precio de subasta, y antes el crédito al cobro del mismo, ocuparon la posición jurídica de la finca subastada en el patrimonio de los ejecutados, tanto como el precio “de los (bienes) que se hubieren enajenado” ocupa el lugar de los respectivos bienes en el patrimonio del ausente (artículo 71 del C.Civil). Y ello aún antes de la enajenación, en cuanto ya, desde ese momento, la afectación parcial a la utilidad jurídica de la finca determinada por el valor del crédito de que era titular aquel acreedor embargante -que vio caducar su inscripción aún luego del remate- se sustituye por la afectación de todas las utilidades de la finca (las que ATIAS⁶² resume en las facultades del propietario utilizador y las que consideran el bien como valor negociable) en favor de él como mejor postor en cuyo patrimonio aquel crédito dinerario es subrogado en el crédito a la adquisición de la propiedad y posesión de la misma; la que, desde dicho momento, se halla destinada a la satisfacción del mismo.

Así la citada “afectación de la finca al crédito que tiene por objeto una prestación dineraria” a través de la subrogación real se sustituye por la afectación de la finca al crédito a su adquisición a favor de quien fuera acreedor embargante propietario, ocupando esta destinación el lugar de aquella.

Se recuerda la máxima de DONELLO⁶³ “*compensatio pro solutione est*” a fin de evidenciar la identidad del efecto extintivo entre la paga y la compensación. Desde que la compensación produce un efecto extintivo similar al del pago, por aquella se verifica el “cumplimiento por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación” (art. 1448 del Código Civil); lo que, en términos de CRISTÓBAL MONTES⁶⁴, determina que el acreedor logre la satisfacción de su interés, alcanzando el vínculo obligatorio su “objetivo último” lo que determina la desaparición del mismo.

Desde que el crédito del acreedor embargante prioritario, cognoscible y oponible a los restantes acreedores embargantes, que determina una situación que MIRZIA BIANCA⁶⁵

62 Cit. por DE LOS MOZOS: El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica, EDESA, 1993, pág. 235

63 *Commentarium XVI*, Napoles, 1764, c. XV citado por MORCAVALLO, *La compensazione en “I modi di estinzione”* a cargo de Alberto Burdese y Enrico Moscati, Cedam, 2008, pág. 192

64 “El pago o cumplimiento de las obligaciones”, Tecnos, Madrid-1996, pág. 16

65 Ob. cit. pág. 1176

califica de “vínculo real de destinación”, se subroga en el crédito a la adquisición de la finca, se mantiene dicho vínculo al mismo tiempo que se extingue aquel crédito y el embargo que le accede. Tanto como la hipoteca se extingue con la obligación principal (art. 2347 del Código Civil). Y, desde que se extinga el crédito del acreedor hipotecario preferente por compensación en caso de devenir mejor postor en la subasta, él no deviene en quirografario frente a los restantes acreedores hipotecarios posteriores en el tiempo y embargantes. De lo contrario se caería en la contradicción de que dicho acreedor preferente por devenir el mejor postor en el remate, y extinguirse la obligación de pago del precio simultáneamente con su crédito, devendría quirografario desde el mismo momento en que su crédito es satisfecho; estando en peor situación que antes de satisfacerse su interés. De tal modo el interés protegido de dicho acreedor preferente o prioritario, desde la subasta devendría desprotegido. Lo que creemos que no es admisible en razón de la contradicción de valoración y fines que determina la regulación.

La compensación solo halla como límite el no afectar derechos adquiridos por un tercero, disponiéndose en el artículo 1512 del Código Civil que “La compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos ya adquiridos por un tercero. Así, el que siendo deudor ha venido a ser acreedor, después del embargo trabado en el crédito por un tercero, no puede en perjuicio del ejecutante oponer la compensación.” Ante dicha disposición, que halla su fuente en el artículo 1298 del Código Civil francés, BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE -STOLFI⁶⁶ nos dice que presenta como razón que, desde que la compensación no es más que un doble pago ficticio, no puede efectuarse cuando el pago mismo fuere imposible, y es imposible todas las veces que tenga por efecto la lesión del derecho adquirido por un tercero.

Esta disposición se complementa actualmente con el artículo 65 de la ley 18.387 (“del concurso y la reorganización empresarial”) en que leemos que “Declarado el concurso no procederá la compensación legal de los créditos con las deudas del deudor, salvo que estuvieren en situación de ser compensados antes de la declaración del concurso”. Desde que el crédito de “aquel acreedor embargante” era anterior a los demás créditos, teniendo prioridad por el respectivo embargo, jamás la compensación va a afectar a los demás acreedores embargantes. Por lo cual se desvanece la razón para no admitir la compensación en tal caso, razón que se corresponde con la *ratio legis* de la misma disposición contenida en el artículo 387.4 del Código General del Proceso.

La regulación de la compensación se complementa con la disposición contenida en el artículo 1513 del C.Civil, en el que leemos que “Verificada la compensación, se extinguen también las fianzas, prendas y demás garantías, ...” Disposición que PEIRANO FACIO⁶⁷ ha considerado innecesaria desde que compensación surte una eficacia extintiva similar a la del pago, la extinción de los recíprocos créditos determina necesariamente la extinción de las garantías que le acceden. En la doctrina italiana SCHLESINGER⁶⁸ halla como razón de la norma que se deriva de dicha disposición la operatividad *ipso iure* de la compensación, afirmando que desde que los recíprocos créditos se extinguen desde

66 “La compensazione” pág. 184 cit. por VOMERO o *La compensazione* en “*I modi di estinzione*” a cargo de Alberto Burdese y Enrico Moscati, Cedam, 2008, pág. 288

67 “Obligaciones” tomo VI FCU, pág. 175

68 Cit. por MORCAVALLO, ob. cit. pág. 293

el momento de su coexistencia, un sucesivo pago no puede determinar la reviviscencia de las garantías en perjuicio de terceros. Aún cuando MORCAVALLO⁶⁹, a través de una interpretación teleológica, halla como sentido de dicha disposición el de no perjudicar excesivamente al acreedor satisfecho por la compensación, en cuanto la pérdida de dichas garantías se dará en la medida en que cumplimiento provoque un efectivo perjuicio a los terceros garantes, de modo que si la extinción de un crédito es parcial las garantías se extinguirán en la misma proporción.

14. DE LA SUBROGACIÓN REAL

MARÍN PADILLA⁷⁰ define la subrogación real como 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. Mientras que LAURIOL⁷¹ define la subrogación real como "...el cambio de objeto material de un derecho determinado por otro objeto material con el fin de mantener el valor individualizado por estos dos objetos a un mismo destino".

En materia de hipoteca hallamos que en el artículo 2335 del C.Civil se dispone que "La hipoteca se extiende a todos los accesorios y mejoras que le sobrevengan. También se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada." Ello ha llevado a MARIN PADILLA⁷² a afirmar que en el caso de la hipoteca, lo que interesa, a efectos de la subrogación real, es el valor pecuniario del objeto, más que su individualidad material. En tal sentido ROCA SASTRE⁷³ destaca que en dicho texto se usa la expresión "se extiende", entendiéndose hipotecada conjuntamente o considerándose la misma hipoteca.

Desde que solo se puede explicar por la subrogación real que los embargos que afectaran la finca, luego de la "venta judicial", afecten al respectivo precio; la misma subrogación real permite que la adquisición del crédito de dar la propiedad y posesión de la finca, y, luego su cumplimiento, la finca misma, ocupen la misma situación jurídica en el patrimonio de "aquel acreedor embargante" que el originario crédito satisfecho y extinguido por compensación al que la accediera el embargo por el que deviniera crédito prioritario.

Si la subrogación real encuentra su razón en la conservación de un derecho no se puede tolerar que ella solo conserve el derecho de los demás acreedores embargantes y no el del acreedor embargante prioritario, que, precisamente, ve satisfecho su crédito a

69 Ob. cit. pág. 293

70 "La formación del concepto de subrogación real" en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliaria, 1975, pág. 1192

71 Cit. por MARIN PADILLA, ob. cit. pág. 1189

72 "El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, pág. 1166

73 "Derecho Hipotecario", pág. 315 y ss. cit. por MARIN PADILLA Ob. últ. Citada pág. 1166

través del remate y la adquisición del crédito a la adquisición de la propiedad y posesión hipotecada libre de embargos (art. 389.2 del Código General del Proceso). De lo contrario, precisamente, habría un enriquecimiento injusto de los restantes acreedores embargantes, deviniendo la solución en contradicción con el mismo fin de la subrogación real (“conservación en valor individualizado por su origen y procedencia”). Cuando a través de la subrogación real se previene la perturbación del equilibrio patrimonial.

Si se rechazare la subrogación real desde el momento mismo del remate, en cuando de él nace un crédito al cobro del precio a favor de los ejecutados que luego se extingue por su pago, desde que se sostenga que la subrogación real solo se verifica luego de la “venta judicial”, se debería concluir que si dicho crédito fuera embargado por otro acreedor, este embargo sería oponible a los anteriores acreedores embargantes en cuanto dicho crédito aún no ocupaba el lugar de la finca sí afectada por los embargos de éstos. Lo que revela que la secuencia de la subrogación real en caso de ejecución se integra a través de la finca – el crédito al precio de la subasta que coexiste con la misma finca afectada en su íntegra utilidad jurídica por el crédito del mejor postor que determina que ella ya no cumpla una finalidad de garantía – el precio que coexiste con la misma finca en dicha situación (situación en la que se halla “aquel acreedor embargante”) – y el precio que coexiste con la finca en propiedad de quien fuera mejor postor y acreedor embargante prioritario o acreedor hipotecario preferente.

De modo que la prioridad del embargo que accedía al crédito de que fuera titular “aquel acreedor embargante” “se extiende” al crédito a la prestación de darle la propiedad y posesión de la respectiva finca en cuanto subroga a aquél, y, luego de otorgada la “venta judicial” a la finca misma.

15. DE LAS CONCLUSIONES

El derecho subjetivo se compone de poderes, entre los que se hallan el poder del acreedor de promover la satisfacción coactiva de su interés sobre el patrimonio del deudor.

La ejecución forzada se corresponde a aquella utilidad que el acreedor debía obtener con la cooperación, ahora fallida, del deudor.

El embargo determina la afectación de los bienes comprendidos en él en su utilidad jurídica a la satisfacción del valor derivado del respectivo crédito al que sirve de garantía.

La publicidad de basa en la seguridad jurídica y concretamente en la protección de los derechos adquiridos con anterioridad si éstos fueren cognoscibles por los terceros registrales

La oponibilidad del respectivo derecho del acreedor embargante se verifica al momento de la inscripción de los restantes embargos al momento de la vía de apremio, pues a tal momento ya era un derecho adquirido que afecta el respectivo bien.

En relación al crédito de que es titular un acreedor embargante que promueve la vía de apremio no se verifica ni la prescripción extintiva ni la caducidad, en cuanto el mismo

ha sido ejercido. Aún cuando caduque la correspondiente inscripción registral luego de la “providencia de ejecución”.

El crédito de que es titular un acreedor embargante mantiene la afectación sobre el precio de la enajenación y su prioridad.

Desde que en la respectiva subasta deviene mejor postor el acreedor embargante prioritario se extingue *ipso iure* por compensación ambos créditos (el de dicho acreedor y el del cobro del precio a favor del ejecutado).

La subasta determina que el crédito a la prestación de dar la propiedad y posesión de la finca a favor del acreedor embargante prioritario mejor postor subrogue al crédito garantizado por el embargo que fuera prioritario, satisfaciendo el mismo.

La subrogación real, en cuanto técnica que se dirige a la conservación de los derechos y su valor, determina que el crédito a la dación referido, y luego de otorgada la “venta judicial” la misma finca, ocupe la situación jurídica originaria determinada por el crédito prioritario.

La caducidad de la inscripción del embargo que fuera prioritario con posterioridad a la respectiva subasta, que determinó la extinción del originario crédito por compensación y su subrogación en el crédito a la prestación de dar la propiedad y posesión de la finca, no afecta en nada la situación jurídica del primer acreedor embargante desde que la misma se conserva en aplicación del principio de subrogación real.

LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

WALTER HOWARD¹

SUMARIO:

1. Planteamiento.
2. Concepto legal.
3. Fundamento de la figura.
4. Características de la representación sucesoria.
5. Presupuestos de la representación.
6. Causas generatrices de la representación sucesoria.
7. Sujetos a quienes beneficia la representación.
8. Improcedencia de la representación sucesoria.
9. Efectos de la representación sucesoria.

1. Planteamiento

La representación sucesoria está ubicada en el Título V del C.C.U., en el marco de las disposiciones generales de la sucesión intestada, previamente a la regulación de los órdenes de llamamiento. Es un instituto propio de la sucesión abintestato², que está disciplinado en lo primordial por los arts. 1017 a 1024 del C.C.U. y que consiste en un mecanismo sustitutorio de quien inicialmente es llamado a heredar, lo cual implica que ingresan en la sucesión del difunto una o más personas que de haber podido o querido heredar aquél, no hubiesen sucedido.

Según el art. 1017 en la sucesión intestada se hereda por derecho propio, en las hipótesis en que sucede aquel que es llamado directamente por la ley o en su caso por testamento³, o por representación, cuando un sujeto hereda en virtud de ocupar el lugar de un ascendiente que no quiso o no pudo aceptar la herencia (*successio in locum parentis*). Pero una forma de suceder no excluye a la otra y nada impide que sean llamados a una herencia herederos por derecho propio (como los hijos o los hermanos), junto a otros por derecho de representación (nietos, sobrinos y sus descendientes).

El hecho de que el llamado a una herencia no quiera o no pueda aceptarla da lugar

1 Abogado. Escribano. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor en Derecho de la Persona y los Bienes, Derecho de Familia y Sociedad Conyugal y Derecho de las Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Que el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada no resulta en exclusiva de la ubicación de la figura en la sistemática del C.C.U., sino también indirectamente de otros preceptos del cuerpo legal; como muestra: arts. 1028, ord. 3°, 1030 y 1044.

3 En el ordenamiento uruguayo no se define qué se entiende por suceder por derecho propio, pero consiste en fundar la vocación hereditaria en el llamado directo hecho en el testamento o por estar incluido en alguno de los órdenes establecidos por la ley. Mientras el llamado por derecho propio puede estar basado en el testamento o en la ley, el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada (GATTI, Hugo E., «La representación en Derecho sucesorio», en *Estudios de derecho sucesorio*, Mdeo., 1950, p. 70).

a diferentes medios de suceder que, según los casos, beneficiarán a quien se disponga testamentariamente (sustitución) o a quienes concurren con el llamado imposibilitado de heredar (acrecimiento). Pero también es posible que se cierre o precluya el orden en que se hallaba dicho sujeto y se pase al orden de llamamiento siguiente, hipótesis en la cual quienes ingresen en la herencia lo hacen por derecho propio, o que la ley haya dispuesto que descendientes de él ingresen en su lugar en la sucesión; esto último es lo que acontece con la figura de la representación.

Ahora bien, desde ya es pertinente subrayar que la referencia a suceder por derecho propio que realiza el art. 1017, oponiéndola a la sucesión por derecho de representación, sólo es admisible en cuanto a que la ley llama directa y primariamente (por derecho propio) a ciertos sujetos, que al no recoger la herencia que se les defirió permite que ingresen en ella otros (los representantes). De todas formas, una vez que están presentes los requisitos habilitantes de la representación, de allí en más, los representantes ingresan en la sucesión por derecho propio, aun cuando con la particularidad de que el contenido de su asignación va a depender de lo que hubiera correspondido al representado⁴. Por ese fundamento, la posición del representado en la sucesión tiene extrema importancia, en cuanto constituye el parámetro necesario para determinar la entidad de cuánto es destinado al representante⁵. Esto es, quien recibe la herencia por derecho de representación no lo hace a través de la persona a quien representa (así, la herencia del abuelo no va a su hijo y de éste a su nieto), sino que el representante hereda directa e inmediatamente al causante, y el pariente intermedio (el representado) sólo juega el papel de individualizar a las personas que, ocupando su puesto, son llamadas directamente a la sucesión del difunto⁶. A la vista de lo indicado, no tienen lugar dos transmisiones (causante-representado y representado-representante), sino solamente una (causante-representante).

La representación es una de las hipótesis de vocación indirecta, porque el llamado, aunque viene a la sucesión *iure proprio*, utiliza en su propio favor los elementos de una

4 En la literatura jurídica argentina se expresa que «el derecho de representación constituye un supuesto de *vocación indirecta o referida*. La vocación indirecta comprende diversos casos en los cuales un sujeto que habría venido a suceder, no sucede efectivamente porque no puede o no quiere, y otro, por voluntad de la ley o del testador —casos de las sustituciones— hereda en lugar suyo. En otro términos: al aludir a una vocación indirecta, no se pretende afirmar que el así llamado —“indirectamente”— a la adquisición no asuma un derecho propio a la sucesión. Se dice que la vocación es indirecta porque en cierto sentido se refiere a otro llamamiento, al que podríamos denominar directo, que ha fallado, ya sea en su origen (en caso de premoriencia) o después de la apertura de la sucesión» (ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, T. 2, 5ª. ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, p. 20).

Sin embargo, en la propia doctrina argentina, se ha señalado que «no se puede decir con propiedad que el representante o el sustituto tengan vocación indirecta, precisamente porque el llamamiento procede directamente del causante, y no de aquella persona intermedia cuya vocación ha fallado, sea *ab origine* (por ej., premoriencia), sea después de la apertura de la sucesión (por ej., renuncia). Es cierto que el “contenido” de la vocación del representante o del sustituto depende de la posición del sujeto intermedio; en ese sentido podrá decirse que dicho contenido, de carácter objetivo, se determina en forma indirecta, teniendo presente la posición de la persona intermedia, pero eso no autoriza a afirmar que hay vocación indirecta, elemento de contenido eminentemente subjetivo» (PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vol. I, Bs. As., Ediciones Depalma, 1978, p. 263).

No obstante, si bien los representantes suceden directamente al causante, es posible hablar de «sucesión indirecta», siempre que dentro de esta noción se incluya todo supuesto en el que, con independencia de que exista o no una vocación anterior, una persona sucede en vez de otra (GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, vol. 1º, *Artículos 912 al 958 del Código Civil*, -Dir.: Albaladejo-, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, p. 146).

5 CAMPAGNOLO, Roberto, *Le successioni mortis causa*, Torino, Ed. Utet Giuridica, 2011, p. 211 y ss.

6 ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, 10ª ed., revisada y puesta al día por Díaz Alabart, Madrid, Edisofer, 2013, ps. 70-71.

vocación antecedente que no tiene lugar y que hubiese sido idónea para excluirlo de la sucesión⁷.

A pesar de que el representante hereda directamente al causante, sin que la herencia transite en momento alguno por el patrimonio del representado, la trascendencia de este último no puede ser desconocida. Por cierto, se trata de quien si bien no hereda es el que por no poder o no querer suceder abre las puertas para el funcionamiento de la figura en análisis, es además el sujeto que la ley toma como enlace para la operatividad de la representación en la medida que es por el que se vinculan causante y descendientes-representantes; lo que sería su participación hereditaria es lo que delimita el contenido de la cuota que corresponde a su descendencia; y como derivación, ésta queda sujeta a las cargas que habría soportado aquél de haber sucedido (*v. gr.* colacionar las liberalidades recibidas del causante).

El representado no cumple otra función específica que la de servir de referencia para establecer *quanto* es deferido al representante o representantes. Aquél está fuera del fenómeno sucesorio y no interviene, ni siquiera, de trámite o de puente de pasaje de la herencia del *de cuius* al representante. Por esa razón, éste sucede por derecho propio, no por derecho transmitido por el representado; sucede porque él es el llamado, por lo que debe ser capaz y digno frente al *de cuius*, siendo nula su relevancia en cuanto a la eventual incapacidad o indignidad respecto al representado⁸.

De todas maneras, cabe consignar que desde el punto de vista de quienes heredan por derecho propio es irrelevante que los representantes sean uno o varios, dado que la forma de distribuir la herencia por estirpes y no por cabezas impide que se produzcan consecuencias perjudiciales para aquéllos, quienes en definitiva obtendrán el mismo resultado que tendría lugar de haber sucedido el representado, dado que sólo la cuota que eventualmente hubiera correspondido a éste es la que se atribuye a sus descendientes⁹.

El derecho de representación que aquí se trata, es la *representación-vocación*, como derecho subjetivo específico a favor de herederos, para que ocupen el rango de un ascendiente premuerto, desheredado, renunciante o indigno y de esa manera reciban la parte de este último. En los sistemas sucesorios se ha concebido el mecanismo de la representación, como un *recurso técnico-jurídico*, para hacer entrar a herederos lejanos del causante, que de otra manera serían excluidos por los que ocupan grados más cercanos. De tal manera que los nietos, por ejemplo, ocupen el lugar del hijo del causante, cuando este hijo, ha sido apartado por las causales enunciadas precedentemente y de esa forma concurren con sus tíos a la herencia de su abuelo¹⁰.

Se trata, al decir de la doctrina italiana, de un supuesto de «*vocazione successiva*»¹¹,

7 PEREGO, Enrico, «La rappresentazione», en RESCIGNO, *Trattato di Diritto Privato*, T. 5, vol. 1, Torino, Utet, 1992, p. 98.

8 FERRI, Luigi, «Successioni in generale», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA y BRANCA, Art. 456-511, 2ª. ed., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1980, p. 197.

9 GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 154.

10 SILVA, Armando V., voz «Representación. (Derecho de, en materia sucesoria)», Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XXIV, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 706.

11 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, p. 211 y ss.

y de conformidad a la doctrina argentina de una «vocación *per relationem*»¹² o una «vocación referida», en la medida en que el llamamiento a ciertos herederos se hace “con referencia” a la posición jurídica que hubieran ocupado otros herederos¹³.

Según el art. 467 del C.C. italiano, la representación hace «subentrar» a los descendientes en el lugar y en el grado de su ascendiente. Empero, la idea de «subentrar» es una metáfora con la cual se alude al hecho de que, en la figura, uno adquiere una herencia que, si no se hubiesen verificado ciertos eventos, habría sido deferida a otro: un sujeto toma el puesto de otro¹⁴.

En la figura aquí considerada se representa en todo caso a un ascendiente, que no quiere o no puede heredar (por ende, nunca se representa a un cónyuge, a un concubino, a un descendiente o a un colateral), pero no necesariamente es el ascendiente más próximo, como parece resultar del art. 1018. Ello en la medida, de conformidad con lo que sostiene VAZ FERREIRA, en que si un individuo cuyo padre es indigno y su abuelo paterno es premuerto, sucede al bisabuelo paterno por representación, ocupando el lugar del abuelo, que no era su pariente más próximo¹⁵.

La representación es un instituto exclusivo de la sucesión intestada, no procediendo respecto a los llamados testamentariamente¹⁶. Por ende, si se instituye heredero en el total de la herencia o en la parte de libre disposición o se beneficia con un legado a una persona que tiene un hijo, pero prefalleció al testador o repudia la herencia, su descendiente no ingresa en representación del prefallecido o repudiante, sino que habrán de operar otros medios de suceder, como la sustitución o el acrecimiento, o, en su caso, se trasladará la cuestión de quiénes suceden al orden siguiente.

Ahora bien, lo dicho no es óbice para que aun cuando se haya otorgado testamento pueda intervenir la figura en análisis, puesto que la sucesión igualmente puede ser deferida *ab intestato* (*vid.* art. 1011). Así, es patente que en caso de que a través del testamento sólo se hayan dispuesto legados, la sucesión se mantiene intestada y opera el medio de suceder en análisis. Y más evidente es la situación cuando el testador se limitó a desheredar al hijo, en virtud de lo cual opera la representación. Pero ello también acontece cuando el testador dispone de sus bienes a favor de sus parientes, en cuyo caso según el art. 786 «la disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entiende hecha a favor de sus herederos llamados por la ley o según el orden de la sucesión intestada». Y a la misma conclusión es dable arribar si

12 ZANNONI, *op. cit.*, p. 19. En la doctrina española se señala que el contenido del derecho del representante se fija *per relationem* con el que hubiera correspondido al representado de haber podido (o querido) heredar. Esta idea de vocación *per relationem* es acertada para explicar el fenómeno de la representación, tanto porque vincula el derecho de los representantes con el contenido del derecho del representado, sino también porque, desde el punto de vista subjetivo, la ley designa a aquéllos en atención y en vez de éste (GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, ps. 137 y 145).

13 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, p. 263.

14 FERRI, *op. cit.*, p. 197.

15 VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, T. IV, Mdeo., F.C.U., 1999, p. 212.

16 No hay una razón dogmática que impida que la representación opere en la sucesión testada; por ese fundamento en ciertos ordenamientos como el italiano, ella opera también en la sucesión testamentaria, sea a título universal o de herencia o a título particular o de legado (art. 467, inc. 1° del C.C. italiano). No obstante, en este ordenamiento la operatividad de la figura, de conformidad con el art. 688 del C.C., queda supeditada a que el testador no haya nombrado un sustituto (*cfr.* CAMPAGNOLO, *op. cit.*, p. 118).

se realizó un testamento que sólo se limita a excluir un heredero no forzoso¹⁷. Incluso, cuando se otorga un testamento que instituye heredero a un legitimario, igualmente opera la representación a favor de los descendientes del instituido, en la medida en que también son herederos forzosos del causante¹⁸.

Como es sabido nuestro sistema sucesorio está organizado (aun cuando no en forma absoluta, en tanto existe la posibilidad de disponer todo o parte del patrimonio por vía testamentaria) mediante un régimen de órdenes sucesivos. Sin embargo, en alguna medida la figura de la representación acarrea variaciones a ellos, en virtud de que cuando interviene no se produce la traslación de un orden al siguiente. A vía de ejemplo, si el causante tenía como pariente más cercano un hermano (3er. orden de llamamiento) con hijos, el cual no puede o no quiere suceder, no se pasa al cuarto o siguientes órdenes, sino que los sobrinos ocupan el lugar del hermano del difunto. E incluso, si los sucesores eran varios hermanos, y uno no hereda, no opera el acrecimiento entre ellos, sino que la cuota de quien no quiso o no pudo heredar corresponde a sus hijos (sobrinos del fallecido)¹⁹.

Cuando se verifica el fenómeno de la representación, el representante ocupa el mismo lugar que tenía el representado en la sucesión (art. 1018); por eso, así como goza de los beneficios que habría tenido éste, también sufre las derivaciones negativas que habría padecido. En este sentido, es paradigmático lo ya expuesto con respecto a las donaciones sujetas a colación. De modo que, si entran en representación los nietos del causante, éstos deberán colacionar lo donado a su padre que no quiso o no pudo aceptar la herencia. Diferente es lo que acontece cuando se produce un cambio de orden; por ejemplo, cuando el único hijo no acepta la herencia, y carece de descendencia, dado que en ese caso no opera la representación, sino un cambio de orden, quien ingresa en el nuevo orden de la sucesión no aparece constreñido por las consecuencias negativas que podrían haber afectado al primer llamado²⁰. De forma que, si al hijo repudiante se le habían hecho donaciones, ellas no deben ser objeto de colación alguna por parte de quienes sucedan fuera de ese primer orden.

A través de la figura que estoy indagando ingresan en la sucesión hereditaria perso-

17 Cfr. VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Mdeo., 1967, ps. 184-193 y T. IV, *op. cit.*, p. 226.

18 Cfr. CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho Sucesorio*, T. I, 2ª. ed., Mdeo., F.C.U., 2013, p. 395. La autora señala, asimismo, que en caso de que sobrevivan al causante dos hijos y dos nietos (éstos últimos descendientes de un hijo prefallecido), y aquél haya otorgado testamento instituyendo herederos a sus hijos, los nietos preteridos (art. 1008) igualmente tendrán derecho a la legítima rigurosa que hubiera correspondido a su padre, aun cuando carecerán de todo derecho en la parte de libre disposición, la cual se rige por las disposiciones de la sucesión testada, y por tanto, no opera la representación (CAROZZI, *op. cit.*, p. 397).

En igual sentido, *vid.* MAFFÍA, Jorge Osvaldo, *Tratado de las sucesiones*, T. II, 3ª. edición actualizada por Hernández y Ugarte, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 809.

19 Los sobrinos y su descendencia (por ejemplo, sobrinos nietos), en virtud del artículo 1021 del Código Civil, concurrirán por efecto de la representación con el grado que corresponda al hermano del causante que es representado, y en consecuencia concurren en el tercer orden de llamamiento excluyendo al tío, que está en el quinto orden de llamamiento, y al padre o madre adoptante, que está en el cuarto orden de llamamiento. Si no hay sobrinos, ni tíos, se pasa al sexto orden de llamamiento, en el cual encontramos a los colaterales de cuarto grado, esto es, los primos hermanos y tíos abuelos (GONZÁLEZ BILCHE, Alicia y VILLAR DOMÍNGUEZ, Juan Pablo, «Derecho de representación. Análisis normativo y su aplicación a casos concretos», *Rev. A.E.U.*, tomo 99, ene.-dic. 2013, sec. Doctrina, *op. cit.*, p. 49).

20 Con relación a esta hipótesis, cuando la representación no puede tener lugar porque falta alguno de sus presupuestos (*v. gr.* ausencia de descendencia del sujeto a representar), opera el acrecimiento a favor de los demás coherederos, o en su caso se pasa al orden subsiguiente, en cuyo caso los herederos lo serán por derecho propio.

nas que originariamente no están contempladas como herederos por derecho propio, y que si no operara la representación quedarían excluidas de ella²¹. Incluso es posible que ingresen en la sucesión del causante personas de grado más alejado a éste (por ejemplo el tataranieto del hermano del causante que es pariente de 6°), quedando excluidas otras con grado más cercanos (como los tíos o los primos). Adviértase, además, que al prever el art. 1028 que «los derechos de sucesión de los colaterales no se extenderán más allá del cuarto grado», carecen de vocación hereditaria los hijos de los primos por ser parientes de 5° grado.

El interés tutelado por la representación sucesoria es conservar el patrimonio entre los descendientes de aquellos que habrían tenido derecho a la herencia, en obsequio al principio de continuidad de los bienes en el interior de la misma stirpe. Y para ello se admite que los descendientes subentren el lugar y grado sucesorio del representado, adquiriendo todos sus derechos hereditarios²².

Dada la finalidad perseguida, que es suplir la falta de un heredero en cuanto al *rango* que ocupaba en *línea* y *grado* sucesible en la herencia del causante, para que el patrimonio dejado por este último, se reparta equitativamente en el grupo familiar, sin exclusiones odiosas o injustas, actualmente, se concibe el derecho de representación de acuerdo a criterios objetivos y no subjetivos. De ahí, el principio aceptado de que la representación se instituye exclusivamente por la ley, no por la voluntad del causante y constituye una prerrogativa para los herederos beneficiarios²³.

Por fuera de los preceptos hasta ahora citados donde se regula en forma sistemática la figura, varias disposiciones del C.C.U. se refieren a la representación. En este sentido, el art. 885 en sus dos primeros ordinales considera legitimarios a los descendientes que ingresan en representación de los hijos matrimoniales o extramatrimoniales del causante; y al mismo tópico refiere el art. 887 al fijar el *quantum* de la porción legitimaria de los hijos. De los artículos indicados, resulta que así como los sobrinos nunca heredan por derecho propio, sino que sólo lo hacen por representación de sus padres (hermanos del causante), lo mismo acontece con los nietos y demás descendientes en línea recta de los hijos del causante.

El art. 893, por su parte, que regula la constitución de las denominadas «legítimas efectivas», prevé que éstas se conforman con lo que «un heredero forzoso dejare de llevar de su legítima, por indignidad, desheredación o porque la haya repudiado», pero ello siempre y cuando «no tenga descendientes con derecho de representarle», dado que si los tiene, lo que no lleve en la sucesión corresponderá a sus descendientes-representantes.

En el primer orden de llamamiento, en lo que refiere a la porción legitimaria, no pueden acontecer conflictos entre las figuras de la representación y de la sustitución, desde que los representantes son legitimarios, tal como lo era la persona en cuya representa-

21 MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. VII, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 302.

22 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, p. 130.

23 SILVA, *op. cit.*, p. 707.

ción ingresan. Por el contrario, en el tercer orden de llamamiento, dado que los hermanos no son herederos forzosos es dable que, ante la posibilidad de renuncia, indignidad, exclusión o premuerte de uno de ellos, mediante testamento se establezca un sustituto. En esta última hipótesis, la del tercer orden, predomina la sustitución dispuesta testamentariamente sobre la representación. Y lo mismo acontece en el primer orden en lo que se vincula con la porción de libre disposición, puesto que respecto a esta cuota nada impide que el causante haya dispuesto mediante testamento un sustituto para el caso de que un hijo falte a suceder.

El art. 1044, entretanto, en materia de acrecimiento, prevé que «en las sucesiones intestadas, la parte del que no puede o no quiere aceptar, acrece a los coherederos, salvo el derecho de representación». Por consiguiente, la figura en análisis está preordenada a la del acrecimiento, de modo que éste sólo opera en caso de que no proceda aquélla.

En cuanto a los orígenes de la representación, ella se remonta al Derecho romano. En la ley de las XII Tablas se denominaba *successio in locum* y se aplicaba como consecuencia del llamamiento de los *heredes sui*, que eran los que estaban sometidos en forma directa a la potestad del *pater familias*. Al *pater* que moría intestado lo sucedían sus hijos, y si alguno de ellos había muerto con anterioridad, sus hijos tomaban su lugar, recibiendo en conjunto (*per stirpem*) lo que al padre premuerto le hubiera correspondido. Posteriormente, en la época justiniana, a través de la Novela 118, se extendió la representación a la línea colateral, para beneficiar a los hijos de los hermanos premuertos del causante, o sea a sus sobrinos²⁴. Ya en esta etapa de la evolución la regulación de la figura guarda muchas semejanzas con la actual, pero con diferencias cardinales respecto al ordenamiento patrio, puesto que si bien los descendientes de los hijos ingresaban por éstos sin limitación de grado de parentesco, los de los hermanos lo hacían sólo hasta el primer grado, de forma que no operaba la representación más allá de los sobrinos del causante. Pero además la figura sólo procedía en caso de premoriencia del llamado, en tanto se albergaba el principio *viventis non datur repraesentatio*. Y similares fueron las soluciones recogidas por las Leyes de Partidas²⁵.

2. Concepto legal

El concepto legal de representación lo brinda el art. 1018: «es una disposición de la ley por la cual una persona es considerada en el lugar, y por consiguiente en el grado y con los derechos del pariente más próximo que no quisiese o no pudiese suceder».

La expuesta conceptualización presenta varios flancos abiertos a la crítica.

En primer lugar, la denominación de la figura que estudiamos es inexacta por un par de razones: de un lado, porque el concepto de representación trae a la mente la situación que se configura cuando una persona actúa por otra en un negocio jurídico, sustituyendo la voluntad del sujeto representado (*vid.* en este sentido: art. 1254)²⁶; y

24 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, ps. 268-269.

25 GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 129.

26 La denominación «representación» está ausente en las fuentes romanas, en las cuales se habla de *successio in locum parentis*, de *successio in locus patris suo* o *in locum praedefunctis parentis*, o se alude simplemente a *successio per stirpes*, siendo

de otro, al distinguir la sucesión por derecho propio y por derecho de representación podría pensarse que el representante no ejerce un derecho propio, sino un derecho que le viene del representado²⁷, cuando, en puridad, aquel obtiene sus derechos de la ley y no de éste; y muestra de ello es que se representa al indigno, al desheredado y al repudiante que evidentemente carecen de derechos hereditarios en la sucesión en que ingresa el representante²⁸.

En segundo término, es incorrecto referir que se trata de una «disposición de la ley», puesto que «disposiciones de la ley son todas las del Código Civil, y por lo tanto, diciendo que la representación es una de ellas en nada se aclara»; por esa razón es más correcto referir que se trata de una «forma de sucesión»²⁹. Más adecuada, aun cuando inapropiadamente formulada, puede ser la expresión si se considera que el ámbito propio de la institución se encuentra en la sucesión abintestato, y no en una disposición testamentaria, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con la sustitución sucesoria.

En tercer lugar, a través de la representación no es imprescindible que una persona ocupe el lugar que le corresponde al representado; antes bien, es posible que asuma la condición de representante una pluralidad de sujetos. No por otra cosa, en el art. 1023 *ab initio* prevé a título expreso la sucesión por estirpes de los representantes. Pero a la par de ello, no puede perderse de vista que no cualquier persona puede ingresar en representación de otra, a pesar de la redacción del art. 1018, sino que inexorablemente debe tratarse de un descendiente de los hijos o de los hermanos, desde que sólo con relación a éstos opera el modo de suceder en estudio.

Por último, si bien el precepto es correcto en el sentido de que el representante o representantes heredan en el grado del representado, no encierra una verdad absoluta que aquellos tienen los derechos de éste, sino que como ocurre con las sucesiones hereditarias –haya o no representación– suceden en el conjunto de derechos y obligaciones. Incluso, el precepto parece olvidar lo que más adelante prevé el propio legislador, en cuanto a que los representantes van a soportar ciertas consecuencias negativas que habría padecido el representado de haber sucedido: las donaciones realizadas al representado se imputan a la legítima de quienes concurren en su representación (art. 1101 y ss. del C.C.U.).

recién con los intérpretes medievales del Derecho romano en que comienza a utilizarse el término (GUILARTE ZAPATEIRO, *op. cit.*, p. 141).

27 De todos modos en los orígenes del instituto que venimos estudiando existía cierta confusión al respecto, derivada de que se suponía que los nietos del *pater* eran llamados por la ley representando a su padre premuerto, y no por derecho de representación, con lo cual ejercían un derecho de otro. De esa consideración también resulta la idea recogida por ciertos ordenamientos, como el francés, que consideran a la representación como una ficción, en virtud de que al considerar a los representantes en el grado de los representados, se exceptiona el principio –recogido a título expreso por algunos sistemas– de que los parientes más próximos excluyen siempre a los de grado más remoto (cfr. ZANNONI, *op. cit.*, p. 19).

En el régimen uruguayo no me parece que de los términos empleados por el legislador uruguayo pueda deducirse que no recogió –o al menos intentó recoger– la hoy criticada tesis de la existencia de una ficción en la representación sucesoria que fuera sustentada por Pothier. Y ello no sólo por la influencia del Código napoleónico en nuestro C.C., sino también porque el art. 1018 al conceptuar a la figura expresa que «es una disposición de la ley por la que una persona es considerada en el lugar...», cuando en realidad debió decir que «queda colocada en el lugar...» de otra.

28 Cfr. GATTI, *op. cit.*, ps. 91-92.

29 VAZ FERREIRA, T. IV, p. 211. GATTI, por el contrario, considera adecuado definir la representación como una disposición de la ley, dado que ella opera sólo en los casos en que la ley lo admite, no pudiéndose extender más allá de los casos contemplados (GATTI, *op. cit.*, p. 93).

3. Fundamento de la figura

En lo que dice relación con el fundamento de la representación, la doctrina adopta posturas subjetivas, objetivas y mixtas³⁰.

La concepción más admitida justifica la figura atendiendo a razones de orden subjetivo basadas en la voluntad y afecto presuntos del causante: «los representantes sustituyen a su padre premuerto en el afecto y cariño del causante, que, con la misma intensidad se proyecta sobre aquéllos», con lo cual se considera que de haber aquél otorgado testamento, habría llamado a heredar a los descendientes del fallecido.

Por su lado, los que siguen una posición objetiva fundamentan el instituto a estudio en la necesidad de proteger legalmente a la familia del representado, con apoyo en consideraciones de tipo familiar o social como la necesidad de salvaguardar los vínculos familiares o en razones humanitarias, consistentes en reparar o compensar los perjuicios y el dolor que la muerte prematura del padre puede ocasionar a los huérfanos.

Por último, existen teorías que podríamos denominar eclécticas y que sostienen que la representación se funda en consideraciones de carácter subjetivo, esto es, lo que sería la voluntad del causante, y de orden objetivo basadas en la necesidad de proteger a la familia del representado que no pudo o no quiso suceder.

A juicio de quien escribe, la representación tiene su pilar en beneficiar a quienes si el representado hubiese heredado, se habrían favorecido —supuesto que la herencia es superavitaria— con ello, sea porque habrían obtenido bienes para desarrollar un mejor nivel de vida, sea porque de haber fallecido el representado con posterioridad al causante lo habrían heredado y consecuentemente, por vía indirecta, recibido los bienes de éste.

Por otro lado, juzgo que a la postura que pretende basar la figura analizada en la presunta voluntad del causante, cabe realizarle las mismas críticas que se le efectúan al art. 1013 del C.C.U. Este precepto dispone en su parte inicial que «para reglar la sucesión intestada, la ley sólo considera los vínculos de afecto y de parentesco...»; sin embargo, el afecto no es mínimamente determinante para prever quién sucede, sino lo que dispone la ley en los arts. 1025 y siguientes, en tanto el propio sujeto no lo haya explicitado de otra manera a través de un testamento —y ello cuando puede hacerlo por no vulnerar las asignaciones forzosas—.

4. Características de la representación sucesoria

1ª) Se trata de una institución propia de la sucesión intestada. En alguna medida la figura tiene su espejo en la testada, en tanto los resultados que se obtienen mediante ella también se pueden lograr con la sustitución. Claro está que las diferencias entre la representación y la sustitución hereditarias son más que notorias: la primera deriva de una disposición de la ley, entretanto la segunda es ejercicio de la autonomía privada del testador; mientras en la representación, la ley fija quiénes tienen la condición de

30 Véase por todos: GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, ps. 137-140.

representantes, en la sustitución es el propio testador el que indica los que sustituyen al primer llamado.

Consecuencia ineluctable de ser la representación una figura propia de la sucesión intestada es que en caso de que se realice un legado a un hijo, que tiene descendencia, el repudio de éste conduce a que sus descendientes sólo lo representen en su legítima, pero no en la disposición a título particular.

2ª) Opera en casos en que el primer llamado por la ley no quiere o no puede heredar la herencia.

3ª) Es una figura de aplicación estricta a los supuestos en que taxativamente lo establece la ley, esto es, consiste en un beneficio exclusivo para los descendientes del llamado, pero no en cualquier orden, sino únicamente en el primero, a favor de los descendientes de los hijos del causante, y en el tercero, a favor de la descendencia de los hermanos. Por consiguiente, quedan excluidos de la representación los descendientes de otros colaterales que sean llamados a la herencia por derecho propio, como es el caso de los hijos, nietos, etc. de los tíos o los primos.

4ª) La característica esencial de la figura en análisis radica en que «los derechos sucesorios de ciertos herederos (representantes) se determinan por referencia al grado, calidad parental y cuantía que hubieran tenido otros herederos (representados), que los hubieran excluido de haber heredado»³¹.

5ª) Los representantes heredan directamente al causante, o sea no hay tránsito hereditario de éste al representado y de éste a los representantes. Como derivación de ello, éstos ingresan en la sucesión aun cuando sean desheredados, indignos o repudien la herencia del representado³². Lo verdaderamente trascendente es que sean capaces y dignos de suceder al causante, aun cuando no lo sean respecto al representado³³. De modo que, para la procedencia de la figura es indispensable que el representante sea capaz de suceder y no sea indigno o haya sido desheredado en la herencia del causante, careciendo de trascendencia lo que acontece respecto a la sucesión del representado³⁴.

El representante no obtiene sus derechos del representado, dado que habiendo éste prefallecido al causante, siendo indigno, repudiante o desheredado, no puede otorgar

31 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, p. 264.

32 Una solución diversa resulta del C.C. argentino, en que el art. 3553 exige que el representante no haya sido excluido por indignidad o desheredación en la herencia del representante.

33 RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Lecciones de Derecho sucesorio*, Mdeo., F.C.U., 2001, p. 44. La autora expresa que como consecuencia de ello puede suceder que varios nietos representen a su padre en la sucesión del abuelo, pero otros no puedan hacerlo por no estar concebidos a la muerte de dicho abuelo (*ibíd.*).

CAROZZI menciona un claro ejemplo de lo que acabo de exponer: si en el año 1998 muere A, padre de B, y en el año 2003 B repudia la herencia o es declarado indigno, opera la representación a favor de sus descendientes. Pero si B tiene dos hijos: B1 nacido en 1997 (antes del fallecimiento de A) y B2 nacido en el año 2003 (o sea que no estaba ni siquiera concebido a la muerte de A), este último no será capaz de suceder a su abuelo, conforme con lo dispuesto en los arts. 835, ord. 1° y 1038, por lo que la representación sólo opera a favor del hijo B1 (CAROZZI, *op. cit.*, p. 401).

34 Dado que el representante sucede por derecho propio, su capacidad y dignidad para suceder son establecidas con referencia a la persona del *de cuius*, mientras eventuales causas de incapacidad o indignidad para suceder al representado son irrelevantes (PEREGO, *op. cit.*, p. 98).

derechos hereditarios de los que carece³⁵. Muestra por demás evidente de que el representante hereda directamente al causante y no al representado la constituye el hecho de que igualmente sucede, cuando ha sido declarado indigno o desheredado de la herencia de este último³⁶.

En la doctrina doméstica se ha señalado que en el fenómeno de la representación es preciso distinguir, por el lado, el título de la vocación por el que se sucede, y por otro, la posición jurídica en que subentra el representante. Mientras el título para suceder es propio y autónomo del sucesor subentrante (representante), la posición jurídica en que se ingresa es la que correspondería al representado, si hubiera querido o podido suceder³⁷. Por eso, «tratándose de un título propio y autónomo respecto al que hubiera correspondido al representado, quien hereda por derecho de representación no hereda en virtud de ser heredero del representado, sino por ser llamado él, directamente, a la sucesión del causante»³⁸.

Demostración palmaria de que el representante nada adquiere del representado lo constituye la previsión del art. 1024 *ab initio*, según la cual «se puede representar al ascendiente, aunque se haya repudiado su herencia».

En virtud de lo dicho aparece como ostensible que el derecho de los representantes en la herencia en que ingresan no depende de su concurrencia o no a la sucesión del representado³⁹; por tanto, pueden ingresar en aquélla aun cuando carezcan de vinculación con la de éste. El hijo repudiante, desheredado o declarado indigno en la herencia de su padre puede ingresar —como representante de su ascendiente más próximo— en la de su abuelo.

El representante no tiene sus derechos a partir del representado, sino que ellos emanan directamente del causante, razón por la cual el representante debe ser capaz y digno respecto de éste y no de aquél. Así, el representante pudo ser indigno de suceder al representado, pero no lo es de suceder, por representación, al causante. También el representante pudo haber sido desheredado por el representado en su propia sucesión, o haber sido incapaz en ella, lo que no lo inhabilita para recoger, por representación, la herencia del causante. Por esta misma razón puede ocurrir que el representante repudie la herencia del representado, pero acepte la del causante, puesto que el art. 1024 expresa que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado⁴⁰.

35 GATTI, *op. cit.*, p. 101.

36 El fundamento por el cual se puede representar al ascendiente indigno estriba en que los hijos no tienen por qué soportar las consecuencias de los actos negativos o la mala conducta de sus padres y por ende, excluirlos de la herencia implicaría considerarlos como indignos, imponiendo un castigo a la descendencia inocente (*vid.* por todos: PÉREZ LASALA, *op. cit.*, ps. 286-287).

37 GATTI, *op. cit.*, p. 94, con cita de BETTI.

38 GONZÁLEZ BILCHE y VILLAR DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 40.

39 Como acertadamente se ha expresado en la doctrina española, «el representado nada transmite al representante; o, si se prefiere, el derecho de éste no proviene de otro que estuviera contenido en la herencia de aquél; en rigor, debe decirse que ni siquiera hereda el grado de parentesco. Los representantes suceden, pues, al causante de la herencia y sin que medie, para que tal efecto tenga lugar, el representado, cuya persona y situación respecto de la herencia objeto del derecho de aquél tiene simple carácter instrumental o de referencia para precisar sus límites y contenido» (GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 161).

40 ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho sucesorio*, 2ª. ed. actualizada, Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010,

6^a) A pesar de lo recién dicho, «el objeto de la representación se determina por relación al derecho que hubiera correspondido al pariente que no puede heredar, pero... en lo que herede por derecho de representación no sucede a éste, sino directamente al causante»⁴¹.

Ciertamente, en la representación, si bien el aspecto objetivo se mantiene inmutable, cambian los presupuestos subjetivos. El «lugar» que viene a ocupar el representante es el mismo que habría ocupado el representado: ni más amplio, ni más restringido. De ello deriva que el «lugar» (para dividir o partir) es siempre el mismo, cualquiera sea el número de representantes que concurran a la sucesión⁴².

7^a) Quienes heredan por derecho de representación lo hacen por estirpes, a diferencia de quienes lo hacen por derecho propio en que lo hacen por cabezas (art. 1023 del C.C.U.).

5. Presupuestos de la representación

Para que opere la representación se requiere necesariamente:

a. Que fallezca una persona a la cual la habrían sucedido *ab intestato* sus hijos o sus hermanos; por ende, al decir de la doctrina española, que exista «vacancia de porción»⁴³.

b. Que alguno de los llamados a la herencia del fallecido no quieran o no puedan suceder y tengan descendientes inmediatos o mediatos; en otras palabras, «que se haya frustrado un llamamiento de grado anterior»⁴⁴;

c. Que quienes ingresan en representación de los primeros llamados no estén inhabilitados para suceder al causante, o sea, que no sean indignos de suceder, desheredados, no repudien su herencia y sean capaces respecto de éste⁴⁵. Ello por la razón de que el representante no recibe nada del representado, sino que hereda directamente al causante.

6. Causas generatrices de la representación sucesoria

De conformidad con la parte final del primer inciso del art. 1018, la representación procede cuando el primer llamado no quiere o no puede aceptar la herencia a que es llamado. Y según el art. 1024 del C.C.U., que en buena medida es una explicación (aun cuando no completa) de aquel precepto, «se puede representar al ascendiente indigno,

p. 124.

41 CORDERO LOBATO, Encarna, en AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Ed. Tecnos, 2009, p. 53.

42 FERRI, *op. cit.*, p. 198.

43 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de sucesiones*, Coordinador: Pérez Álvarez, Madrid, Ed. Colex, 2013, p. 93.

44 YSÁS SOLANES, María, «La sucesión intestada en el Código Civil», AA.VV., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, -Dir.: Gete-Alonso y Calera; Coordinadora: Solé Resina-, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2011, p. 1575.

45 En un caso argentino, fallecido el abuelo, y habiendo renunciado a la herencia su hijo, se estimó que no correspondía incluir en la sucesión a la nieta del causante (hija del renunciante), en virtud de que ella no había nacido, ni estaba concebida a la muerte de su abuelo (cit. por ZANNONI, *op. cit.*, p. 27).

al desheredado y al que repudió la herencia del difunto».

Por consiguiente, la representación tiene lugar cuando el primer llamado por la ley no quiere aceptar la herencia, esto es, repudia⁴⁶, o no puede aceptar, lo cual puede ocurrir por haber sido desheredado, declarado indigno y aun cuando la ley no lo dice a título expreso, cuando aquél ha prefallecido al causante en cuya sucesión se ingresa por la representación.

De ello se deriva en modo indisputable que nuestro Derecho no albergó la máxima romana, luego recogida por el Código napoleónico: *viventis non datur representatio*.

El citado art. 1024 no ha introducido la premuerte del representado como supuesto de representación; sin embargo, esa omisión aparece subsanada por las genéricas expresiones del art. 1018 en que se prevé que opera en los casos en que el llamado «no quisiese o no pudiese suceder», siendo claro que uno de los casos en que no puede suceder es precisamente cuando prefalleció al causante.

Al respecto es patente la diferencia entre los casos en que interviene la representación por premuerte y la transmisión prevista por el art. 1040, atendiendo al orden de los fallecimientos. La primera figura tiene lugar cuando el hijo fallece antes que su padre, de forma que el lugar de aquél es ocupado por sus descendientes; mientras que en la segunda, el orden de los decesos es inverso, primero fallece el padre y luego el hijo —sin aceptar o repudiar la herencia de aquél—, de forma que los descendientes de este último reciben la posibilidad de optar por aceptar o repudiar la herencia de su ascendiente mediato. Como señala MESSINEO, la transmisión presupone la sobrevivencia del transmitente a su *de cuius*; la representación tiene lugar —aparte de otras causas— cuando el denominado representado haya premuerto al *de cuius*. Mientras en el primer caso la herencia ya estaba deferida al transmitente, en el segundo, no se defiende al representado, sino directamente al representante. De ello se deriva que en la transmisión se sucede al transmitente y mediatamente al *de cuius*; mientras que en la representación se sucede en modo directo al *de cuius*⁴⁷.

Por consiguiente, nada imposibilita que el descendiente del sujeto representado haya repudiado la herencia, sido declarado indigno o desheredado por este último; ello es corolario necesario de que el representante hereda directamente al causante y no al representado.

La representación también es posible que tenga lugar en el caso de comoriencia previsto por el art. 1041 del C.C.U. Por consiguiente, si ocurre un desastre común o se dan circunstancias por las que no pueda saberse el orden de fallecimiento entre dos o más personas llamadas a heredarse, «se presumirá que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión de derechos entre ellas». Atento al precepto, si comueren el padre y el hijo no hay transmisión de derechos hereditarios entre ellos; no obstan-

46 Adviértase que en la hipótesis de repudiación de herencia, la abdicación sólo alcanza al repudiante, por lo que sus descendientes se benefician (o eventualmente perjudican) de la sucesión abdicada. Ello a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos —como el español— en que la renuncia alcanza no sólo al renunciante sino también a toda su stirpe.

47 MESSINEO, *op. cit.*, p. 309.

te, si el hijo tiene descendencia, ésta ingresa en lugar del segundo, por representación, en la sucesión del primero.

7. Sujetos a quienes beneficia la representación

La representación no es una figura que intervenga indiscriminadamente en todos los órdenes de llamamiento, sino que sólo procede en aquellos supuestos en que en modo específico lo ha determinado el legislador, esto es, en la línea de los descendientes en línea recta del causante y respecto a la descendencia de los hermanos de éste.

En función de lo expuesto, desde ya es pertinente adelantar que el medio de suceder en análisis beneficia tanto a legitimarios (descendencia directa del causante), como a herederos que no lo son, tal el caso de la descendencia de los hermanos.

Conforme con el art. 1019, la representación procede en la línea recta descendente de modo ilimitado, sean los descendientes matrimoniales o extramatrimoniales, es decir, tiene lugar a favor del hijo, nieto, bisnieto, etc. del causante, sea el parentesco matrimonial o extramatrimonial, siempre que el ascendiente al cual representa no quiera o no pueda heredar.

De suerte que, si bien el hijo es el primer llamado a la herencia de su padre, en caso de que aquel no haya podido o querido heredar ingresa en su lugar su hijo (nieto del causante), y para el caso de que éste tampoco pueda o quiera suceder, lo hace su hijo (bisnieto del causante) y así sucesivamente con los demás descendientes en línea recta. Por ende, opera en forma ilimitada, indefinida o hasta el infinito, siempre que no puedan o no quieran heredar las personas que separan al causante y al representante⁴⁸.

En lo atinente a los adoptados, en virtud del apdo. 1° del art. 148 del C.N.A., que debe su redacción al art. 7° de la ley n.° 19.092, de 17 de junio de 2013, «ejecutoriada la sentencia, la adopción plena sustituye los vínculos de filiación anterior del niño, niña o adolescente por los vínculos de la nueva a todos sus efectos,...». Ahora bien, según el inc. final del precepto, «la adopción plena tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del niño, niña o adolescente objeto de la misma, quien como hijo será titular desde el emplazamiento de su nuevo estado civil y en adelante de los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de el o los adoptantes». Por consiguiente, si una viuda adoptó a un niño o adolescente cuya tenencia comenzó durante su matrimonio, el adoptado no tendrá derecho alguno en la herencia del prefallecido marido de la madre, pero podrá representarlo en las sucesiones de sus abuelos paternos, si éstos fallecen después de ejecutoriada la sentencia de adopción⁴⁹.

Por el contrario, la adopción simple (o actualmente la denominada adopción con efectos limitados prevista por el art. 139.2 del C.N.A., en la redacción dada por la ley n.° 19.092) no permite equiparar a los sujetos a dichas figuras a los descendientes legítimos o naturales, y por tanto no se benefician con la representación, ingresando en el lugar de

48 El art. 469.1 del C.C. italiano dice expresamente que «la representación tiene lugar al infinito, sean iguales o desiguales los grados de los descendientes y su número en cada una de las estirpes».

49 Cfr. VAZ FERREIRA, T. IV, *op. cit.*, p. 218, y GATTI, *op. cit.*, ps. 115-116.

quienes los adoptaron.

Atento al art. 1021, «en la línea colateral sólo se admite la representación a favor de la descendencia legítima o natural de los hermanos legítimos o naturales, bien sean de padre y madre o de un solo lado.

Se verifica la representación de que trata el anterior inciso, ya sea que los descendientes de los hermanos estén solos y en igualdad de circunstancias, ya concurren con sus tíos (artículo 1028)».

Por consiguiente, también se admite la representación en la línea colateral a favor de la descendencia legítima o natural de los hermanos legítimos o naturales, sin importar que sean hermanos carnales, paternos o maternos y ello con prescindencia de que concurren solos o conjuntamente con los hermanos del causante.

La representación beneficia sin límites a los descendientes de los hermanos, por lo que puede corresponder al hijo del hermano (sobrino), a su nieto, bisnieto, etc.⁵⁰ Así las cosas, no interesa el grado de separación entre el representante y el causante, dado que la ley precisamente excluyó la limitación al cuarto grado de parentesco para suceder cuando procede la representación (art. 1028, ord. 3º)⁵¹.

En cuanto a los derechos hereditarios de los hermanos, el art. 1027 prevé que «a falta de los llamados por el artículo anterior, sucederán al difunto sus hermanos legítimos o naturales y sus hijos adoptivos; la herencia se dividirá en dos partes: una para los hermanos y otra para los hijos adoptivos y si falta una de estas clases, la otra se llevará toda la herencia.

Entre los hermanos de que habla este artículo, se comprenderán aun los que sólo lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal».

En función de ello, si suceden dos hermanos: uno matrimonial y el otro extramatri-

50 Como se ha señalado en una consulta emitida por la Asociación de Escribanos del Uruguay, esta representación en la línea descendente de los hermanos del causante, es sin limitación de grado, desde que ninguna norma legal la impone. Por ende, nada impide que las sobrinas nietas del causante, que son parientes en la línea colateral en cuarto grado, sucedan por representación, lo cual también podrían hacer sus hijos, sus nietos (que serían parientes en quinto y sexto grado respectivamente). Por consiguiente, las sobrinas nietas del causante tienen pleno derecho a concurrir, por derecho de representación, a la herencia de su tío abuelo (AREZO PÍRIZ, Enrique, «Representación hereditaria. Sucesión intestada. Distribución de la herencia», dictamen en *Rev. A.E.U.*, T. 96, n.ºs 1-12, 2010, p. 298).

51 Al respecto se señalan como razones que permiten excluir la limitación al cuarto grado de parentesco en los casos de representación las siguientes: a) el art. 1021 cuando habla de los descendientes de los hermanos del difunto no prevé límite alguno a esa descendencia (y lo mismo acontece con el art. 1019 para los descendientes directos del causante); b) es de esencia de la representación eliminar los grados que distan entre el representado y el representante, dándole a éste el grado de parentesco de aquél en relación al causante. De modo que, un pariente de quinto grado, el sobrino biznieto, al representar al hermano del causante, jurídicamente es como si fuera colateral de segundo grado; c) la previsión del art. 1030; d) el apdo. 3º del art. 1028, en la redacción dada por el art. 20 de la ley 8.743, de 6 de agosto de 1931, que establece la limitación del cuarto grado para heredar por parte de los colaterales, exceptúa el supuesto en que existe representación (GATTI, *op. cit.*, ps. 126-127).

Una solución diferente se recoge en el ordenamiento argentino para los descendientes de los hermanos, en que la vocación hereditaria mediante la representación es nada más que hasta el cuarto grado inclusive (cfr. ZANNONI, *op. cit.*, ps. 27-28 y PÉREZ LASALA, *op. cit.*, p. 276).

monial, esas condiciones no influyen en el *quantum* hereditario que corresponde a cada uno de ellos. Y por ende, esas calidades tampoco se reflejan en la cuantía de lo que habrán de beneficiarse quienes ingresen en su representación.

En cambio, dado que el inc. 2° prevé que la participación del hermano carnal o de doble vínculo es el doble de la del hermano de simple vínculo, sea del lado paterno o materno, esa distinción que tiene trascendencia para los hermanos, lleva a que también la tenga para los representantes, en la medida en que éstos al colocarse en el lugar del representado, van a disfrutar de los mismos derechos (y obligaciones que éste). Por lo expuesto, los sobrinos que ingresan en representación de un hermano de simple vínculo sólo van a tener derecho a la mitad de lo que corresponda a los sobrinos que ingresen en representación de los hermanos de doble vínculo. Claro está que ello no por su calidad de representantes, sino por la diferente situación jurídica en que estaba colocado cada hermano-representado.

Según el art. 1022 «se puede representar al que si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación». Por ende, el bisnieto sucede por derecho de representación a su bisabuelo cuando su padre y su abuelo no quieren o no pueden aceptar la herencia.

El que hereda por representación no hereda al representado sino directamente al causante, por lo que el derecho a representar no se ve afectado por haber sido excluido de la herencia del representado, haberla repudiado (art. 1024), ser indigno o desheredado⁵². Lo afirmado en la medida de que la representación opera por ser el representante descendiente del representado no por ser su heredero, sin perjuicio de que esa calidad habitualmente también está presente. Por esa razón no opera a favor de los herederos testamentarios del representado premuerto.

A sabiendas de ello, si fallece A y lo heredan sus hermanos por derecho propio y un nieto de un hermano por representación, no importa que éste haya estado concebido cuando falleció su abuelo, sino que lo trascendente es que esté nacido o al menos concebido cuando fallece A, que es a quien ha de heredar.

Igualmente puede sucederse por representación, aun cuando se haya repudiado la herencia del representado, el representante haya sido declarado indigno de suceder al representado o haya sido desheredado en la herencia de éste (art. 1024)⁵³.

Con todo, carente absolutamente de trascendencia es la previsión del art. 1030, en cuanto preceptúa que «lo dispuesto en los artículos precedentes [respecto a los órdenes

52 VAZ FERREIRA, T. IV, *op. cit.*, p. 226.

53 En el régimen argentino se estatuye una solución diversa en el art. 3553, según el cual «no se puede representar a aquel de cuya sucesión había sido excluido como indigno o que ha sido desheredado». Sin embargo, una respuesta similar a la uruguaya se consagra en el art. 3552 respecto al repudiante: «se puede representar a aquel cuya sucesión se ha renunciado» y del art. 3554 que prevé: «no se puede representar sino a las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia, a quien, a un vivo, pueden representarlo sus hijos».

La justificación en el Derecho argentino de que no puede ser representante aquel que ha sido excluido de la herencia del representado por indignidad o desheredación, a pesar de que hereda directamente al causante, se encuentra en que existen razones morales consistentes en que repugna a la conciencia que el hijo, asesino de su padre y declarado indigno por esa causa, pueda representar a éste en la sucesión de su abuelo (MAFFÍA, *op. cit.*, p. 814).

de llamamiento *ab intestato*] se entenderá sin perjuicio del derecho de representación a que hubiere lugar (artículo 1021)», pero además de referir cuestiones que el legislador ya había resuelto, el precepto es incompleto en cuanto a su remisión, dado que no sólo debió enviar al art. 1021, sino también al art. 1019, que prevé la representación para los descendientes directos del causante.

El inc. 2° del art. 1018 prevé que «se puede representar al que si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación». Se trata al decir de GATTI de la consagración expresa de la «representación compuesta o ilimitada»⁵⁴ y para CAROZZI de una «representación de representación», en que se llama a descendientes de grados ulteriores⁵⁵. El caso es el siguiente: cuando fallece una persona, si un hijo suyo había prefallecido y su nieto repudia la herencia, el bisnieto ingresa en representación de su padre y de su abuelo, heredando por tanto a su bisabuelo.

8. Improcedencia de la representación sucesoria

De conformidad con lo señalado, la representación no procede:

a) en la línea recta ascendente⁵⁶: el ascendiente de grado más próximo excluye siempre al más remoto (art. 1020), de forma que rige sin quiebres el sistema de la mayor cercanía de parentesco entre el causante y quién lo sucede en la línea ascendente. Acorde con ello, el apdo. final del precepto señala que «los que están en un mismo grado heredan por partes iguales, aunque sean de distintas líneas»⁵⁷.

Rige sin excepciones el principio de proximidad gradual⁵⁸.

De manera que, si existen los padres excluyen a los abuelos del causante, a falta de aquéllos, éstos excluyen a los bisabuelos, etc. Por otro lado, cuando suceden varios ascendientes, éstos heredan en igual medida, con prescindencia de que se trate de línea

54 GATTI, *op. cit.*, p. 95.

55 CAROZZI, *op. cit.*, p. 400.

56 En este sentido en la sent. del T.A.F. de 2° Turno, de 14 de agosto de 2002 (PÉREZ MANRIQUE –red.–, CANTERO DE CASTELLANO, SILBERMANN) se expresa que «como bien señala la *a quo* el art. 1020 CC establece terminantemente que no existe representación en la línea recta ascendente. Dice Vaz Ferreira “La exclusión... significa, ante todo, que ningún ascendiente puede ser, en ningún caso, representante ni representado. Nadie puede por ejemplo invocar la representación de los padres del causante...” (Tratado de las Sucesiones, t. IV, p. 216). La interpretación postulada por la recurrente no es de recibo, toda vez que como quedara explicitado no existe representación en línea recta ascendente. Si los padres de la causante repudiaron la herencia, la hija de un hermano de aquélla no puede pretender concurrir en representación –expresamente prohibida por la ley– y en el ejercicio de derechos que nunca tuvieron sus padres, precisamente, por el repudio del ascendiente en primer grado de la línea recta. Queda en consecuencia excluida toda posibilidad de representación, siendo irrelevante, ante la existencia de normas específicas, la referencia a criterios interpretativos diversos que no se comparten por las razones anotadas. En consecuencia la demanda de petición de herencia por quien no tiene derecho en la sucesión “*ab initio*” es manifiestamente improponible, compartiéndose lo resuelto en primera instancia» (A.D.C.U., T. XXXIII, f. 960, p. 456).

57 En la doctrina uruguaya se ha sostenido la inutilidad de la previsión del art. 1020, en la medida en que, dado que la representación siempre es una disposición de la ley, no hay en ésta ninguna norma legal que funde el derecho de los ascendientes para heredar por representación, por lo que lo prevé el artículo es superfluo; asimismo tampoco era necesario prever que el ascendiente más próximo excluye siempre al más remoto, puesto que esa solución ya está consagrada por el art. 1026, de donde resulta que los ascendientes siempre heredan por derecho propio, y porque el art. 1013 prevé que en la sucesión intestada no se toma en cuenta la prerrogativa de la línea (GATTI, *op. cit.*, p. 107).

58 PÉREZ LASALA, *op. cit.*, p. 282.

paterna o materna; de modo que, si al causante lo suceden 5 bisabuelos (4 paternos y uno materno), la herencia se divide en 5 partes iguales, correspondiendo a cada uno de dichos sucesores una parte. Igualmente, si al causante lo sobreviven su padre y su abuela materna, la herencia corresponde en modo exclusivo al primero, por ser el ascendiente de grado más próximo;

b) a favor de los descendientes del cónyuge o concubino supérstites⁵⁹;

c) para la descendencia de los tíos o de los primos⁶⁰; ello en tanto en la línea colateral sólo opera en el segundo grado (hermanos), que conforman el tercer orden de llamamiento, junto a los adoptados (adopción simple o con efectos limitados, de acuerdo con lo ya señalado). Junto con ello, aparece como evidente que los hijos de los tíos del causante no pueden concurrir a la sucesión de éste en ejercicio del derecho de representación, puesto que siendo primos hermanos heredan por derecho propio, cuando no existan parientes más próximos del difunto⁶¹;

d) en la adopción (art. 1032). La razón fundante de ello radica en que la adopción simple sólo genera relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado, y no entre ellos y la familia del otro.

9. Efectos de la representación sucesoria

Si bien la representación sucesoria tiene aspectos comunes en los dos órdenes de

59 Un supuesto particular de representación derivado del matrimonio se consagra por parte del art. 3576 *bis* del C.C. argentino, en que se preceptúa que «la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos o si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiese correspondido a su esposo en dichas sucesiones». Las principales particularidades de la solución brindada radican, por un lado, en que la viuda no recibe lo mismo que habría correspondido a su cónyuge, sino la cuarta parte de ello, y por otro, en que se trata de un supuesto de representación que sólo opera en caso de premuerte del marido, no cuando éste repudio, fue declarado indigno en la sucesión de sus padres o fue desheredado por éstos (cfr. PÉREZ LASALA, *op. cit.*, p. 277).

60 Como consecuencia de lo expuesto es absolutamente infundada la pretensión del hijo de un primo de concurrir en representación de su padre a la sucesión, o de los primos de concurrir en representación de sus padres (tíos del causante), junto a un tío del causante. Ello por la irrefutable razón de que la representación sólo opera en la línea colateral a favor de los descendientes de los hermanos (cfr. VAZ FERREIRA, T. IV, *op. cit.*, p. 221).

En una consulta emitida por la Asociación de Escribanos del Uruguay se ha señalado: los derechos de sucesión de los colaterales no se extenderán más allá del cuarto grado, sin perjuicio del derecho de representación. Este último agregado “sin perjuicio del derecho de representación” alude a que en la línea colateral la descendencia de los hermanos legítimos o naturales del causante no tienen limitación de grado para suceder, así, el bisnieto de un hermano del causante, que es pariente en 5° grado de éste está perfectamente habilitado para sucederlo y lo hará siempre en representación del hermano del causante (pariente en 2° grado). De modo que no hay contradicción alguna entre los citados arts. 1021 y 1028 del C. Civil. En virtud de ello, las hijas de las primas hermanas no excluyen ni desplazan a las primas hermanas vivas del causante (que son colaterales del cuarto grado), sino que, simplemente, no tienen vocación hereditaria *ab intestato* en la sucesión del causante. De forma que, «en la línea colateral, más allá del 4° grado no existe, propiamente, exclusión, sino total falta de vocación hereditaria». Por consiguiente, «estimamos que en la presente consulta se está, una vez más, ante la cuestión que plantea la enajenación por parte del heredero aparente, cuyas consecuencias se dirán. Sin duda, en nuestra opinión, la errónea declaratoria de herederos de AA donde se incluyó, entre los declarados herederos intestados, a WW y ZZ carentes, absolutamente, de vocación hereditaria respecto a la causante y a quienes se declararon herederas de un tercio de la sucesión, privó —instrumentalmente— a las otras dos herederas (primas hermanas de la causante) de un sexto a cada una de sus derechos en la sucesión,...» (AREZO PÍRIZ, Enrique, «Sucesiones. Sucesión intestada. Representación hereditaria. Error. Declaratoria de herederos. Distribución de la Herencia. Heredero aparente», *Rev. A.E.U.*, T. 97, jul.-dic. 2011, sec. Consultas técnicas, ps. 540 y 545).

61 MAFFÍA, *op. cit.*, p. 812.

llamamiento en que opera, también existen notorias diferencias: a vía de ejemplo, los descendientes del causante que ingresan en representación de sus ascendientes van a gozar, en tanto legitimarios, de las mismas acciones de que gozaban los representados para la protección de sus legítimas (reforma de testamento y reducción de donaciones inoficiosas); por el contrario, la descendencia de los hermanos carece de la condición de legitimarios y por tanto, de las aludidas acciones.

Por otro lado, vinculado con lo anterior, el causante no puede impedir la operatividad de la representación en el primer orden de llamamiento, al menos en lo que tiene vinculación con la porción legitimaria; sin embargo, con fundamento en que los hermanos carecen de la condición de asignatarios forzosos, es admisible que mediante testamento se los sustituya por sujetos diferentes a sus descendientes, o que directamente se excluya a éstos de la sucesión del testador.

En función de lo expuesto no es posible dar una regla general sobre la preeminencia de la representación sobre la sustitución; antes bien, en el primer orden de llamamiento es patente que —al menos en lo que tiene que ver con la legítima— aquella opera con preferencia sobre ésta, en la medida en que se trata de asignatarios forzosos; sin embargo, la misma regla no es aplicable al tercer orden de llamamiento en la clase de los hermanos, cuyos descendientes por no ser legitimarios pueden ser desplazados por el causante, a través de la sustitución.

En otro orden de cosas, si bien los descendientes de los hijos que ingresan en representación de un hijo del causante, van a tener que colacionar —si se les pide— lo donado a éste; ello no acontece con los descendientes de los hermanos, en tanto las donaciones que éstos hayan recibido no están en caso alguno sujetas a colación, por no tratarse de herederos forzosos. Como se ha señalado en la doctrina nacional, «debido a que los hermanos no son herederos forzosos, cuando la representación se produzca en virtud de que son llamados a la herencia los descendientes de un hermano que no quiere o no puede suceder, las normas sobre colación e imputación de donaciones no serán aplicables, aunque el causante hubiera realizado donaciones al mencionado hermano»⁶².

Atendiendo a las particularidades que puede acarrear la figura en los órdenes en que procede, los efectos que despliega son los siguientes:

1°) La representación es un supuesto de sustitución legal, que algunos autores extranjeros incluyen como un supuesto de llamamiento hereditario indirecto o mediato, a raíz del cual una o más personas ingresan en el lugar de un llamado que no quiere o no puede heredar⁶³. Se trata de una hipótesis de sustitución o de subrogación real del representante en el derecho a suceder del representado⁶⁴.

62 GONZÁLEZ BILCHE y VILLAR DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 44.

63 MESSINEO, *op. cit.*, p. 305. Algo similar dice GATTI para nuestro Derecho, según el cual «existe una verdadera sustitución o subrogación legal de una persona a otra, sustitución que tiene por efecto, hacer sub-entrar a una persona en la misma posición jurídica de otra, que no quiso o no pudo suceder» (GATTI, *op. cit.*, p. 96).

64 CAMPAGNOLO, *op. cit.*, p. 120. La jurisprudencia italiana señala que la sucesión por representación constituye un caso de vocación indirecta en razón de la cual la posición del heredero representante se determina con base en el contenido (lugar y grado) de la vocación del llamado (representado), en el caso de que este no pueda o no quiera concurrir a la sucesión (*ibid.*, p. 121).

2°) El representante sucede directamente al *de cuius* y es considerado en el lugar y grado del representado (art. 1018); *v. gr.* el nieto ocupa el lugar del hijo del causante, junto a otros hijos que pudiera tener. Como derivación, la representación puede conducir a que junto a parientes muy cercanos del causante, como los hermanos, hereden otros muy lejanos, como los nietos, bisnietos o tataranietos de los propios hermanos prefallecidos.

Lo dicho en la medida en que la representación es apta para romper con el principio consagrado en el ord. 2° del art. 1028, que prevé que «el colateral o los colaterales de grado más próximo, excluirán siempre a los otros», con lo que parientes más lejanos como los nietos de los hermanos (parientes de cuarto grado) pueden desplazar a parientes más cercanos, como los tíos (en que el vínculo que los une con el difunto es de tercer grado).

Al decir de la doctrina española, es un mecanismo sustitutorio de suceder, semejante desde este punto de vista a la sustitución, pero de la cual varía en sus condiciones de aplicación: como consecuencia de ella, el representante no sucede al representado, sino directamente al causante; y no sucede sólo en los derechos, sino también en las obligaciones y cargas sucesorias⁶⁵.

ANIDO señala que «en la representación el título es propio y autónomo del sucesor sub-entrante (representante), quien de esta forma hereda directamente al causante; siendo la posición jurídica la que le correspondería al representado, la que ha de ocupar el representante»⁶⁶.

La circunstancia de que el representante ocupe el lugar del representado le provoca el beneficio de heredar lo que le correspondía a éste, pero a su vez le puede ocasionar ciertos perjuicios; *v. gr.* art. de conformidad con el art. 1101 y ss., las donaciones realizadas al representado se imputan a la legítima de quienes concurren en su representación.

Según el art. 1103, apdo. final, «si el donatario que era descendiente legítimo o natural reconocido o declarado tal, ha llegado a faltar, las donaciones imputables a su legítima se imputarán a la de sus descendientes que vienen en su representación».

Se trata de un caso de «colación por otro»⁶⁷.

Pero es evidente que así como el representante debe colacionar las donaciones que recibió el representado, también debe hacerlo –al menos en ciertas hipótesis– en relación a las liberalidades que directamente recibió del causante.

Con todo, la tesis de la subrogación atribuida a BETTI, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, en virtud de que subrogar implica entrar en la posición jurídica de otra persona, pero el representado nunca fue titular de los derechos hereditarios que corresponden a los representantes.

En la doctrina española, se señala que según esta teoría el representante se subroga por ministerio de la ley en el lugar, grado y derechos del representado: se trata del ingreso de una persona por otra en la posición jurídica que ésta podría haber ocupado. Sin embargo, a la postura se le objeta, de una parte, que los representantes no pueden entrar en una posición jurídica que realmente no ha existido y que no existiendo sucesión no cabe hablar de subrogación, y de otra, que en la representación sucesoria no se trata de suceder al representado, sino únicamente al causante, por lo que no hay posibilidad de transmitir algo que no se tiene (GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, ps. 142-143).

65 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, p. 93.

66 ANIDO BONILLA, Raúl, *Derecho sucesorio razonado y práctico*, Mdeo., Ed. Carlos Álvarez, 1999, p. 57.

67 ZANNONI, *op. cit.*, p. 28.

Por cierto, con relación a las donaciones realizadas por parte del causante al representante, es menester distinguir dos hipótesis. Si cuando se realiza la donación, el representante ya es heredero forzoso del donante (por ej. porque su padre había premuerto), corresponde colacionar, dado que en el caso es de aplicación el inc. 1° del art. 1101; entretanto, cuando no es heredero forzoso (*v. gr.* porque su padre aún vivía), no debe colacionar, en virtud de que carecía en ese momento de la calidad de legitimario⁶⁸.

Como derivación de la sucesión directa del causante en la persona del representante, las obligaciones de éste son las propias de la condición de heredero, «con absoluta independencia de las que pudiera tener el representado con relación a aquél»⁶⁹. Por consecuencia, en caso de deudas recíprocas entre causante y representante, éstas se extinguen —dadas las circunstancias legalmente requeridas— por confusión, pero ello no acontece con las que existan entre causante y representado o entre éste y representante. Claro está que, en la medida en que la representación opera en favor de los descendientes, éstos pueden ser responsables de las deudas del sujeto a quien representan, pero ello no por la figura que venimos analizando, sino por ser herederos-legitimarios por derecho propio en la sucesión del ahora representado.

En otro orden de cosas, la representación en el primer orden permite a los representantes obtener la legítima rigurosa y la efectiva, que hubiera correspondido al representado. Para ello gozan de las acciones tendientes a la protección de sus asignaciones forzosas, en el caso de las legítimas.

3°) El representado es el que fija el orden de llamamiento aplicable en la sucesión *ab intestato*, por lo que en la medida que un hijo (premuerto, repudiante, etc.) tenga descendencia —que acepta la herencia—, la sucesión se resuelve con la aplicación de la reglas del primer orden de llamamiento.

La importancia de lo dicho no es menor si se compara con lo que acontece cuando no opera el fenómeno representativo. Adviértase que si al causante lo suceden sus hermanos y por cualquiera de los motivos indicados opera la representación a favor de los descendientes de éstos, la sucesión se rige por las reglas del tercer orden, por lo que se excluye la aplicación de los órdenes sucesivos. Por el contrario, en caso de que sobrevivan al causante sus tíos, la imposibilidad de suceder de éstos conduce a un cambio de orden, de modo que sucederán los primos y tíos abuelos del fallecido. Y como no opera la representación, la sucesión es por partes iguales entre todos ellos y no rige la distribución por estirpes.

4°) Si el repudiante, indigno o desheredado llamado originariamente a la herencia carece de descendencia, opera el acrecimiento a favor de sus coherederos, o en su caso la sucesión se pasa a regular por el orden subsiguiente. De ello se deduce que la representación tiene preeminencia respecto a la figura del acrecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1044 del C.C.U.

5°) Los representantes heredan por estirpes. De acuerdo al art. 1023, «los que suceden por derecho de representación heredan en todos los casos por estirpes, es decir, que cual-

68 GATTI, *op. cit.*, p. 141.

69 ANIDO BONILLA, *op. cit.*, p. 59.

quiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representando.

Los que suceden por derecho propio heredan por cabezas, esto es, toma cada uno por iguales partes la porción a que la ley los llama; a menos que la misma ley establezca otra división diferente».

La sucesión por stirpes significa que el conjunto de representantes toma la porción que hubiera correspondido al representado de haber sucedido, y esa división entre ellos se realiza por partes iguales, cualquiera sea el número de integrantes de la stirpe. Por tanto, cuanto mayor sea el número de integrantes de cada stirpe, menor será el *quantum* hereditario que le corresponda a cada uno de quienes concurren; pero ello para nada afecta el derecho de los restantes concurrentes a la herencia por derecho propio, ni tampoco incide en la determinación de la parte de libre disposición.

Así las cosas, los hijos en el primer orden de llamamiento y los hermanos en el tercero heredan por cabezas, mientras que los nietos, los sobrinos o los demás descendientes en línea recta lo hacen por stirpes.

El legislador uruguayo siguiendo una senda transitada prácticamente por todos los ordenamientos conceptualmente más cercanos ha recibido en el precepto citado el apotegma: *non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi*⁷⁰.

Ello puede conducir a que cuando suceden dos stirpes, de acuerdo al número de integrantes de cada una, cada representante componente de las mismas pueda llevar una suma diferente a lo que corresponde a los integrantes de la otra u otras stirpes. De este modo, si fallece una persona y lo suceden un hermano y cuatro sobrinos –tres hijos de un hermano prefallecido y el restante del otro que también prefalleció–, la herencia se divide en tres partes: una para el hermano sobreviviente, otra que se debe dividir entre los tres sobrinos que ingresaron en representación de su padre fallecido y la restante para el sobrino que tenía la condición de hijo único⁷¹.

De modo que, «el representante resulta heredero como lo habría sido el representado si sucediera, con todas las facultades y poderes y obligaciones inherentes al rango ocupado. De ahí que pueda concurrir con los herederos que lo hubieran hecho con el representado y pueda excluir a los herederos de rango excluibles por el representado»⁷².

Por reflejo, al suceder los representantes por stirpes se evita que los llamados por derecho propio sean perjudicados en su *quantum* hereditario por parte de aquéllos⁷³. Y corroboración de esto último es que los representantes deben colacionar las donaciones

70 Cit. por ZANNONI, *op. cit.*, p. 18.

71 Una solución diferente a la uruguaya se contiene en el ordenamiento español, dado que cuando en la línea colateral concurren únicamente sobrinos del causante, éstos heredan por cabezas, y no por stirpes; en cambio, cuando concurren hermanos y sobrinos del fallecido, la división se hace por stirpes (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, p. 96).

72 SILVA, *op. cit.*, p. 715.

73 Lo expuesto con base en que la stirpe toma los derechos hereditarios que hubiesen correspondido al representado independientemente del número de sus integrantes, de suerte que a los efectos de la distribución, todo sucede como si el representado hubiese heredado y luego hubiera sido a su vez heredado por sus descendientes (CAROZZI, *op. cit.*, p. 403).

que haya recibido la persona a la cual representan.

Cuando uno de los componentes de una stirpe ha prefallecido, ha sido declarado indigno en la herencia del *de cuius* o ha sido desheredado, y tiene descendientes, éstos ingresan en lugar de aquél como subestirpe.

6°) Dentro de la stirpe, nada impide que alguno de los representantes acepte la herencia y otros la repudien⁷⁴. Para estos últimos, operarán los modos de suceder que correspondan, esto es, si tienen descendientes, que ingresen en su representación; si carecen de ellos que la cuota del repudiante acrezca al resto de representantes. Lo dicho sin perjuicio de la posibilidad ya manifestada de que en el tercer orden, el causante haya dispuesto testamentariamente una sustitución.

En función de ello, aunque en la base y el fundamento de la representación esté presente la idea de favorecer a la stirpe y se hable de vocación colectiva, cuando aparece integrada por varios sujetos, debe entenderse que el llamamiento tiene carácter singular para cada uno de éstos, quienes también de forma individual podrán aceptar o renunciar su cuota hereditaria⁷⁵.

7°) Para el caso de ausencia, el art. 75 dispone que si un ausente es llamado a una sucesión, ésta corresponderá a quienes han de concurrir con él o a los que han de entrar en su representación.

8°) En caso de que el hijo o descendiente desheredado o declarado indigno, tenga a su vez hijos menores sometidos a patria potestad, éstos ingresan por representación en la sucesión *ab intestato* a que aquél fue llamado y no pudo aceptar. Ahora bien, de conformidad con el art. 848, «si el excluido de la herencia por indignidad, es hijo o descendiente del testador y tiene hijos o descendientes, tendrán éstos derecho a la legítima del excluido, aún en el caso de haber otros herederos testamentarios (artículos 902, 1011, ord. 3°, y 1024).

Sin embargo, el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos menores».

En un sentido similar, el art. 902 prevé que «los hijos del descendiente desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo legal y administración de los bienes que por esta causa hereden (artículos 848 y 885)».

De modo que, los bienes que el hijo menor de edad recibe como derivación de su padre o madre indigno o desheredado forman parte del denominado «peculio adventicio extraordinario» (ord. 5° del art. 266), con lo cual éste no tendrá ni el usufructo, ni la administración de los bienes que como consecuencia de lo dicho reciban sus hijos. El usufructo corresponderá al propio hijo, mientras que la administración va a corresponder al otro padre, y en su defecto a un curador especial (ord. 3° del art. 458).

74 «Si son varios los llamados a suceder por representación, debe aplicarse la regla conforme a la cual la delación no es solidaria, sino que cada uno de ellos tiene la facultad de aceptar la herencia o de repudiarla» (CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pág. 53).

75 GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, p. 146.

9°) La sucesión por estirpes derivada de la representación determina el círculo dentro del cual opera la figura del acrecimiento⁷⁶.

El art. 1044 prevé que «en las sucesiones intestadas, la parte del que no puede o no quiere aceptar, acrece a los coherederos, salvo el derecho de representación». Esto significa que si ingresan por representación más de una estirpe y algún integrante de una de ellas repudia, es indigno o desheredado –y no dejó descendencia– su cuota acrece en modo exclusivo y por partes iguales a los integrantes de su estirpe.

10°) Cada estirpe se computa como una unidad a efectos del cálculo de la porción legitimaria⁷⁷. De conformidad a los dos primeros apdos. del art. 887:

«Habiendo un solo hijo legítimo o natural reconocido o declarado tal o descendencia con derecho a representarle, la porción legitimaria será la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres o más hijos, las tres cuartas partes.

Dicha porción legitimaria se dividirá por partes iguales entre los legitimarios que concurran».

Por consiguiente, si al causante lo suceden dos hijos, de los cuales uno de ellos no quiere o no puede suceder y tiene cuatro hijos, la porción legitimaria será de 2/3 del acervo líquido –o imaginario en su caso–, en la medida en que los cuatro nietos que ingresan por representación en la sucesión de su abuelo se computan como una unidad.

Sin embargo, el inc. 2° recién transcrito, referido a la sucesión por partes iguales, no es aplicable a los casos de sucesión por estirpes, puesto que en caso de que ésta esté conformada por varios integrantes, no les va a corresponder a cada uno de ellos en la herencia el mismo beneficio que al hijo que sucede por derecho propio.

11°) Como consecuencia de que la representación es una figura exclusiva de la sucesión intestada, en caso de que un hijo sea instituido heredero en la parte de libre disposición y no pueda o no quiera aceptar la herencia, sus descendientes sólo sucederán en la legítima que le corresponde a aquél y no en la parte de libre disposición que le fuera deferida mediante testamento al imposibilitado para suceder. Para evitar la secuela indicada es imprescindible que el testador designe a sus descendientes como sustitutos del instituido en la parte de libre disposición.

12°) Como derivación de la independencia del derecho del representante en la herencia en que ingresa respecto a la del representado (haya éste premuerto o no al causante en cuya sucesión opera la representación), aquél –como sucesor universal que es– responde *ultra o intra vires hereditatis* de las deudas del causante en cuya sucesión ingresa, pero ninguna pretensión de cobro pueden tener sobre él los acreedores del representado.

76 GATTI, *op. cit.*, p. 118. Por aplicación del art. 1044, si uno de los herederos que componen la estirpe «no quiere o no puede suceder, y no tiene descendientes en cuyo favor pueda operar la representación, la cuota que a él le hubiera correspondido, acrecerá exclusivamente a los miembros de esa estirpe», y no a otras estirpes o a herederos que concurren por derecho propio (CAROZZI, *op. cit.*, p. 405).

77 GATTI, *op. cit.*, p. 119.

10. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, 10ª ed., revisada y puesta al día por Díaz Alabart, Madrid, Edisofer, 2013.

ANIDO BONILLA, Raúl, *Derecho sucesorio razonado y práctico*, Mdeo., Ed. Carlos Álvarez, 1999.

AREZO PÍRIZ, Enrique, «Representación hereditaria. Sucesión intestada. Distribución de la herencia», dictamen en *Rev. A.E.U.*, T. 96, n.ºs 1-12, 2010, p. 295-299.

- «Sucesiones. Sucesión intestada. Representación hereditaria. Error. Declaratoria de herederos. Distribución de la Herencia. Heredero aparente», *Rev. A.E.U.*, T. 97, jul.-dic. 2011, sec. Consultas técnicas, ps. 536-547.

CAMPAGNOLO, Roberto, *Le successioni "mortis causa"*, Torino, Ed. Utet Giuridica, 2011.

CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho Sucesorio*, T. I, 2ª. ed., Mdeo., F.C.U., 2013.

CORDERO LOBATO, Encarna, «La delación», AA.VV., *Derecho de sucesiones*, Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Ed. Tecnos, 2009, ps. 41-79.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho sucesorio*, 2ª. ed. actualizada, Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010.

FERRI, Luigi, «Successioni in generale», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja y Branca, Art. 456-511, 2ª. ed., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1980.

GATTI, Hugo E., *Estudios de derecho sucesorio*, Mdeo., 1950.

GONZÁLEZ BILCHE, Alicia y VILLAR DOMÍNGUEZ, Juan Pablo, «Derecho de representación. Análisis normativo y su aplicación a casos concretos», *Rev. A.E.U.*, tomo 99, ene.-dic. 2013, sec. Doctrina, ps. 33-84.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIII, vol. 1º, *Artículos 912 al 958 del Código Civil*, -Dir.: Albaladejo-, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989.

MAFFÍA, Jorge Osvaldo, *Tratado de las sucesiones*, T. II, 3ª. edición actualizada por Hernández y Ugarte, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en AA.VV., *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de sucesiones*, Coordinador: Pérez Álvarez, Madrid, Ed. Colex, 2013.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. VII, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

PEREGO, Enrico, «La rappresentazione», en Rescigno, *Trattato di Diritto Privato*, T. 5,

vol. 1, Torino, Utet, 1992, ps. 95-108.

PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vols. I, Bs. As., Ediciones Depalma, 1978.

RIVERO DE ARHANCET, Mabel, *Lecciones de Derecho sucesorio*, Mdeo., F.C.U., 2001.

SILVA, Armando V., voz «Representación. (Derecho de, en materia sucesoria)», *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. XXIV, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, ps. 706-716.

VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Mdeo., 1967 y T. IV, Mdeo., F.C.U., 1999.

YSÁS SOLANES, María, «La sucesión intestada en el Código Civil», AA.VV., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. II, -Dir.: Gete-Alonso y Calera; Coordinadora: Solé Resina-, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2011, ps. 1561-1596.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 5^a. ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CUESTIÓN POLÍTICA Y SU APLICACIÓN EN LAS RELACIONES EXTERIORES DE LOS ESTADOS UNIDOS

HERNANDO V. CAÑARDO¹

En este trabajo se intentará realizar un análisis sobre la génesis y el desarrollo de la cuestión política en el sistema judicial de los Estados Unidos. Posteriormente se procederá al estudio de algunas de las disposiciones constitucionales en materia de relaciones exteriores; y la aplicación de la doctrina de la cuestión política en ese ámbito. Finalmente se pondrá especial énfasis en algunos temas planteados recientemente ante los Tribunales Federales y la Corte Suprema de Justicia al respecto.

I. Origen y Evolución de la Doctrina en el Sistema Judicial Estadounidense

A través de la historia de la justicia federal las llamadas cuestiones políticas, se han considerado no justiciables, y por tanto no sujetas a ser “*case or controversy*” como lo define el Art. III de la Constitución. *Marbury vs. Madison*, es considerado el caso paradigmático, donde el Juez de la Suprema Corte John James Marshall reconoce la existencia de una variedad de casos relacionados con actos políticos del Poder Ejecutivo o Legislativo, que la Constitución coloca dentro de su orbita exclusiva.² La Corte Suprema aprecia, en consecuencia, la génesis de la doctrina en la separación constitucional de los poderes, y su dispersión entre las diferentes ramas del Gobierno. Un caso anterior *Ware vs. Hylton*³ ya había reconocido, que en el campo de las relaciones exteriores, consideraciones políticas, hacían que esos temas no fueran competencia de los Tribunales. Posteriormente y en forma coherente, *Coleman vs. Miller*, reconoce que la doctrina no solo está basada en la separación de poderes sino en las limitaciones del Poder Judicial, afirmando: “*In determining whether a question falls within the category, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination are dominant considerations.*”⁴

Un primer acercamiento en busca de una definición demostraría que la cuestión política es una construcción judicial determinada por contenidos que los Tribunales rehúsan

1 Profesor Titular Derecho Internacional Público. Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.” Profesor Titular. Doctorado en Ciencias Jurídicas Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.” Miembro del Centro de Derecho Político. Facultad de Derecho Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires.”

2 1 Cranch 137, 164-166, 2 L.Ed. 60 (1803),

3 En *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796) se establece, si bien con una Corte dividida, que un Artículo del Tratado de París que establecía que los acreedores no tendrían impedimentos legales para recuperar el pago de sus deudas *bona fide*. El Tratado tenía precedencia y revocaba una ley del Estado de Virginia, establecida en tiempos revolucionarios que consideraba nulas esas deudas. El título completo del Caso es *Ware, administrator of Jones, Plaintiff in Error vs. Hylton et al.* También se lo conoce como el Caso de las Deudas Británicas.

4 *Coleman vs. Miller* 307 U.S. 433, 59 S.Ct. 972, 83 L.Ed. 1385 (1939),

decidir, ya sea porque está en la esfera de decisión de las autoridades electas del Estado, o por otras razones. Estas materias incluyen en los Estados Unidos áreas como la conducta de las relaciones exteriores, la ratificación de enmiendas constitucionales, la organización de los Gobiernos estatales; y en otros sistemas como el del Reino Unido hay criterios similares, así como materias relacionadas con políticas de carácter económico.⁵

La justiciabilidad se basa en la idea de una distinción de estilos entre el judicial por una parte y el ejecutivo, administrativo, o legislativo por la otra. Hay asimismo una diferencia entre el razonamiento legal y la toma de decisión política. Los jueces se restringen no solo por estos factores mencionados; sino porque es más apropiado que los órganos políticos tenga la decisión final, ya que su base es en los Estados de Derecho la legitimidad democrática. Es importante distinguir los roles de los Poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Judicial, y evitar el avance de este último sobre los dos primeros. De allí que los Tribunales pueden desestimar la cuestión y de hecho lo hacen, aún teniendo jurisdicción sobre el tema.

Es sin embargo una construcción jurídica que no tiene un contenido preciso y ha seguido un desarrollo impredecible desde su formulación, porque los esfuerzos para convertir a la cuestión política en una doctrina han sido difíciles de lograr. Si bien algunas veces se politiza el derecho, jamás se ha podido con éxito legalizar la política. La política aquí no es entendida en el sentido partidista, si bien es posible que estas circunstancias estuvieran presentes en 1803 cuando la misma nace con *Marbury vs. Madison*⁶ y también lo están en la actualidad. La política, al analizar este tema, comprende una serie de criterios para tomar decisiones que están fuera del ámbito de la ley, y específicamente del derecho constitucional.

De allí la dificultad de que se desarrolle una doctrina sobre estas cuestiones, porque las mismas en realidad operan fuera del derecho constitucional. La abstención de los tribunales de decidir las mismas, busca aislar a los jueces de la política y que estos resuelvan solo cuestiones jurídicas.

Pero en la práctica se observa que es un concepto esquivo, equivoco, variable, y sin lugar a dudas una de las áreas más peligrosas del derecho constitucional.

5 En el Reino Unido donde estas ideas de no justiciabilidad se han articulado en parte, las cortes han debido pronunciarse sobre cuestiones relativas a la toma de decisiones políticas difíciles en circunstancias donde hay escasez de recursos. Por ejemplo en los casos de provisión de medicamentos o servicios de salud. Ver *R (Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust* [2006] 1 WLR 2649. En cuanto a la política exterior y la guerra los criterios son similares a los de Estados Unidos. Ver *R (Gentle and Another) v Prime Minister and Others* [2008] UKHL 20, [2008] 2 WLR 879.

6 *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch). 165. Muchos entienden que Marshall intencionalmente no interpreta bien el Artículo III Sección 2 en tres formas. En primer lugar cuando dice que *Marbury* se equivoca de Tribunal, es decir que la Corte podría tratar el caso en apelación y no con jurisdicción originaria; así resuelve su problema con Jefferson. La segunda es cuando afirma que la Corte Suprema no podía emitir un *writ of mandamus* bajo su jurisdicción original; es decir que la parte relevante de la Sección 13 de la Judiciary Act de 1789 violaba el Artículo III, y así establece la revisión judicial. La tercera es cuando se olvida o no menciona la frase "*both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations, as the Congress shall make*" del Artículo III, y esto debía hacerse para alcanzar los dos objetivos antes mencionados. Cualquiera validez que tenga otra parte de la sentencia, lo cierto es que toda la Sección 13 de la Judiciary Act de 1789 era un ejercicio legal de autoridad del Congreso. Los argumentos de Marshall al contrario de ella eran artificios ingeniosos para desenredarse él y a la Corte de la situación política en que se hallaban, por un lado y para establecer una Corte Suprema como un verdadero tercer poder en base de igualdad, y arbitro de la Constitución. Que logró el éxito para él y su posteridad está a las claras.

Marshall la estaleció cuando afirmó que hay casos donde las tareas y decisiones corresponden a otros Poderes: *"the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that his acts are only politically examinable."*⁷

En su formulación inicial de la doctrina Marshall entendió que la aplicación de la misma era diferente que la decisión sobre el fondo del asunto. Así antes de llegar a los meritos o fondo de la cuestión se preguntó si: *"the act of delivering or withholding a commission is a mere political act, belonging to the executive department alone, for the performance of which, entire confidence is placed by our constitution in the supreme executive; and for any misconduct respecting which, the injured individual has no remedy."*⁸ Al mencionar estos actos y guardar silencio sobre cuales son realmente los mismos crea un enigma que dura 200 años.

Si efectivamente la Constitución tiene entera confianza en el Ejecutivo con respecto a ciertos actos, la Constitución no sería violada si el Ejecutivo los realiza. Pero si no hay violación el Ejecutivo gana el fondo del caso y no hay necesidad de echar mano a la doctrina de las cuestiones políticas en forma preliminar. Por el contrario si la Constitución no tiene plena confianza en el y la viola, la doctrina fracasa en proteger su conducta de revisión judicial.⁹ De esta manera la Corte se ha convertido en el árbitro final de la Constitución.¹⁰

Como otras doctrinas judiciales la regla es auto impuesta. No es resultado de legislación alguna, ni proviene expresamente de la Constitución, si bien emana implícitamente de la separación de Poderes. Nace a partir de la noción de *justiciability* o judicialidad, es decir si la materia es apropiada o no para ser revisada por un Tribunal. Las materias judiciales pueden ser juzgadas pero las cuestiones políticas no judiciales no son consideradas sujetas a revisión.

Pero como la historia de la Corte de Estados Unidos lo demuestra si una cuestión es política o no, es algo que queda en gran medida a su propia discrecionalidad, lo cual es un criterio político.

En 1849 la idea será elaborada con mayor detalle, en respuesta a una crisis en el Estado de Rhode Island conocida como la rebelión Dorr. Es esta una revuelta que tuvo como consecuencias la sanción de dos diferentes Constituciones estatales, la declaración de la Ley Marcial, y la posible intervención por el Presidente John Tyler.

A la Corte se le solicita pronunciarse sobre una serie de cuestiones constitucionales relacionadas con la naturaleza del gobierno republicano, pero esta se niega. En *Luther vs. Borden*,¹¹ el Juez Roger Taney desarrolla una articulación de la doctrina: *"federal courts*

7 *Marbury vs. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch) 166.

8 *Marbury vs. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 164.

9 Así Thomas Franck, quien ataca no solo el abstencionismo sino también las interpretaciones que permiten excesos del Ejecutivo en su accionar desbocado. Thomas F. Franck *Political Questions. Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs*. Page 18 (1992).

10 Como la Corte afirmó en *Baker vs. Carr*: *"Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution"*. 369 U.S. at 211. Esto la convierte en el guardian e intérprete de la Constitución.

11 *Luther vs. Borden*. 48 U.S. (7 How.) 1, 12 L. Ed. 581 (1849)

*should leave certain constitutional questions to the legislative and executive branches in any matter that is "a political question to be settled by the political power."*¹² La Constitución Federal establece el poder de los Estados Unidos de garantizar a cada Estado la forma republicana de Gobierno,¹³ y la referida cláusula establecía la decisión de la cuestión a las ramas políticas del Gobierno Federal: *"Under this article of the Constitution it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each State a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not. And when the senators and representatives of a State are admitted into the councils of the Union, the authority of the government under which they are appointed, as well as its republican character, is recognized by the proper constitutional authority. And its decision is binding on every other department of the government, and could not be questioned in a judicial tribunal."*¹⁴ Here, the contest had not proceeded to a point where Congress had made a decision, *"yet the right to decide is placed there, and not in the courts."*¹⁴ Si bien el Presidente no había aún llamado a la Milicia en Rhode Island, había dado su apoyo a una de las dos facciones y este apoyo había hecho que la otra facción capitulase: esta determinación del Ejecutivo no podía ser revisada por la Corte.

Desde mediados del Siglo XIX hasta 1960 la doctrina no sufre modificaciones de importancia, pero con posterioridad la Corte comienza a estrechar su interpretación, y cuestiones que hubieran sido rechazadas como políticas se convirtieron en controversias justiciables. Antes de *Baker vs. Carr*,¹⁵ los casos referidos a la distribución del poder político a través de modificación de distritos,¹⁶ voto calificado,¹⁷ y restricciones en la acción política¹⁸ eran consideradas cuestiones políticas no justiciables.

*Baker vs Carr*¹⁹ de 1962 es uno de las sentencias más importantes por su contenido y servirá de guía en lo referente al análisis de la cuestión política por los Tribunales. La Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver sobre si la igual protección ante la ley era violada por el rediseño de un distrito para ajustar los movimientos de poblaciones. ¿Podía la Corte investigar y fallar en esas cuestiones sin violar el principio de separación de poderes? Esta entendió que la modificación de un distrito era posible de ser revisada pero la doctrina de la cuestión política fue reafirmada y desarrollada, estableciéndose una serie de parámetros para determinarla, que hasta la fecha son seguidos por la Corte y Tribunales Federales.²⁰ "La Corte afirma que *"Decidir cuando una materia*

12 *Luther vs. Borden* 48 U.S. (7 How.) 1, 12 L. Ed. 581 (1849)

13 *Luther vs. Borden* 48 U.S. at 42 Citando el Artículo IV, 4.

14 *Luther vs. Borden* 48 U.S. 42

15 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

16 *Colegrove vs. Green*, 328 U.S. 549 (1946); *Colegrove vs. Barrett*, 330 U.S. 804 (1947).

17 *South vs. Peters*, 339 U.S. 276 (1950) referido al sistema de elección de condados.

18 *MacDougall vs. Green*, 335 U.S. 281 (1948) referidos a sistema de petición de firmas en condados con poblaciones desiguales.

19 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663.

20 La Corte siguiendo la opinión del Juez Brennan identifica las siguientes cuestiones como tests fundamentales o parámetros para determinar que asuntos eran considerados como cuestiones políticas:

Si hay una determinación demostrada textual en la Constitución de que una cuestión debe ser decidida por un departamento político.

Si hay falta de estándares de investigación que puedan ser utilizados por la Corte.

ha sido encargada por la Constitución a otra rama del Gobierno o si la acción de esa rama ha excedido su autoridad que se la encargado, es un delicado ejercicio de interpretación constitucional y es una responsabilidad de la Corte como árbitro e intérprete final de la Constitución.”²¹

La Corte ha considerado a la doctrina doctrina como una de las reglas básicas al sistema federal.²²No obstante, el concepto continuó siendo ambiguo, elusivo, sin generalizaciones; y en consecuencia sujeto a una infinita serie de ítems.²³

La doctrina de la cuestión política, en consecuencia se ha aplicado para evitar la adjudicación en una amplia variedad de temas, y una de las aplicaciones más consistentes ha sido en el ámbito de las relaciones exteriores.

Si bien parecería que todas las cuestiones relacionadas con asuntos exteriores son “políticas” su adjudicación depende del contexto, lo cual aumenta el grado de discrecionalidad y la consiguiente confusión. Así la decisión de el Ejecutivo de reconocer o no el gobierno de otro Estado ²⁴o quién es el gobernante de *jure* o de *facto* en un Estado ²⁵ es definitiva para la Corte. Sin embargo, en ausencia de una decisión del Ejecutivo que sea definitiva, los Tribunales revisan para determinar si los Estados Unidos han acordado un grado suficiente de reconocimiento para permitir que las cortes tomen nota de la existencia del Estado.²⁶En muchos casos las Cortes han determinado por si mismas que efecto se debe otorgar a los actos de Estados extranjeros, sean estos reconocidos o no.²⁷ Al referirse a casos relacionados con Tratados y el *treaty power*, ha tratado como cuestiones políticas si el Estado extranjero tenía autoridad constitucional para entrar en una obligación en particular,²⁸o si el tratado había perdido vigencia por la pérdida de independencia del Estado,²⁹ o por cambios en la soberanía territorial de un Estado extranjero.³⁰ La

La imposibilidad de decidir el asunto sin una determinación política inicial.

La imposibilidad de la de que la Corte tome una decisión sin expresar al mismo tiempo una falta de respeto debido a las otras ramas del Gobierno.

La posibilidad que al resolver la cuestión crease una situación embarazosa por causa de pronunciamientos múltiples de varios departamentos u órganos sobre la misma cuestión.

21 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211.

22 *Rescue Army vs. Municipal Court*, 331 U.S. 549, 570 (1947); *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 278 (1962). Ver Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 *Yale Law Journal*, 517 (1966).

23 Thomas Frank, *Political Questions*. En *Supreme Court and Supreme Law* 36 (E. Cahn ed., 1954).

24 *United States vs. Palmer*, 16 U.S. (3 Wheat.) 610 (1818); *Kennett vs. Chambers*, 55 U.S. (14 How.) 38 (1852).

25 *Jones vs. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918). *Ex parte Hitz*, 111 U.S. 766 (1884).

26 *United States vs. The Three Friends*, 166 U.S. 1 (1897); *In re Baiz*, 135 U.S. 403 (1890). Cf. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

27 *United States vs. Reynes*, 50 U.S. (9 How.) 127 (1850); *Garcia vs. Lee*, 37 U.S. (12 Pet.) 511 (1838); *Keene v. McDonough*, 33 U.S. (8 Pet.) 308 (1834). See also *Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. (13 Pet.) 415 (1839); *Underhill vs. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897). *United States vs. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937). Con respecto a la Doctrina del Acto de Estado se pueden comparar: *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), con *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972, y con *First National City Bank vs. Banco Para el Comercio de Cuba*, 462 U.S. 611 (1983); *W. S. Kirkpatrick Co. Vs. Environmental Tectronics Corp.*, 493 U.S. 400 (1990).

28 *Doe vs. Braden*, 57 U.S. (16 How.) 635 (1853).

29 *Terlinden vs. Ames*, 184 U.S. 270 (1902); *Clark vs. Allen*, 331 U.S. 503 (1947)

30 *Kennett vs. Chambers*, 55 U.S. (14 How.) 38 (1852). Con respecto a la violación de los Tratados y su efectividad o continuación ver *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); y *Charlton vs. Kelly*, 229 U.S. 447 (1913).

Corte no solo ha interpretado los efectos domésticos de los Tratados,³¹ sino también los efectos de los mismos en materias internacionales,³² así como que el Congreso establezca la existencia de un Estado de guerra, y el inicio y fin de la beligerancia entre Potencias.³³

De esta revista limitada de las principales áreas en que la doctrina ha sido establecida es posible extraer algunos factores que convencieron a las Cortes que las cuestiones estaban más allá de revisión.

Los mismos serían la falta de información pertinente y la dificultad de conseguirla,³⁴ la necesidad de uniformidad en las decisiones, el respeto a la responsabilidad de los departamentos u órganos políticos,³⁵ y la falta de estándares adecuados para resolver una controversia.³⁶

Pero siempre presente en todos los casos ha estado y está el elemento de la prudencia en la actitud sobre el ejercicio de la revisión judicial que enfatiza la precaución o cuidado de los Tribunales en la decisión de los meritos de una causa que podría terminar dañando a los propios Tribunales o a los principios que dice defender.

Sin embargo, en otras ocasiones, la Corte se ha negado a una interpretación restrictiva en materia de asuntos exteriores. Así cuando trata la cuestión del Secretario de Comercio en negarse a certificar de acuerdo a la ley que las prácticas balleneras japonesas perjudicaban la efectividad de las convenciones internacionales, la Corte rechaza los argumentos del Gobierno de que la cuestión política impedía la decisión sobre los meritos, afirmando: "*The Court's prime responsibility, it said, is to interpret statutes, treaties, and executive agreements; the interplay of the statutes and the agreements in this case implicated the foreign relations of the Nation. 'But under the Constitution, one of the Judiciary's characteristic roles is to interpret statutes, and we cannot shirk this responsibility merely because our decision may have significant political overtones.'*"³⁷

En consecuencia podemos considerar que la cuestión política es una determinación de un Tribunal Federal o de la Corte Suprema que establece que una conducta de la administración pública es política, y en consecuencia la resolución de l el conflicto o situación debe ser determinado por la Legislatura, o el Ejecutivo y no por los Tribunales. En un sentido estricto la doctrina debe invocarse cuando el tema que se le presenta a la Corte es tal que el mismo ha sido textualmente encomendado o otra rama del Gobierno. Si quienes crea-

31 *Ware vs. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796); *Chinese Exclusion Cases*, 130 U.S. 581 (1889) conflicto entre Tratado y Ley Federal. Una formulación más actualizada se observa en, *Japan Whaling Association vs. American Cetacean Society*, 478 U.S. 221, 229-230 (1986).

32 *Perkins vs. Elg*, 307 U.S. 325 (1939); *United States vs. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886).

33 *Commercial Trust Co. vs. Miller*, 262 U.S. 51 (1923); *Woods vs. Miller Co.*, 333 U.S. 138 (1948); *Chastleton Corp. vs. Sinclair*, 264 U.S. 543 (1924); *Ludecke vs. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948); *Lee vs. Madigan*, 358 U.S. 228 (1959); *The Divina Pastora*, 17 U.S. (4 Wheat.) 52 (1819). Algunos casos relacionados con el status de las tribus indias como Estados extranjeros han sido considerados como cuestiones políticas, pero no siempre. Ver *The Cherokee Nation vs. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States vs. Sandoval*, 231 U.S. 28 (1913); *Worcester vs. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

34 *Chicago & S. Air Lines vs. Waterman Steamship Corp.*, 333 U.S. 103, 111 (1948); *Coleman vs. Miller*, 307 U.S. 433, 453, (1939).

35 *Williams vs. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. (13 Pet.) 415, 420 (1839)

36 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962) 268, 287, 295, Opinion Disidente de el Juez Frankfurter.

37 *Japan Whaling Association vs. American Cetacean Society*, 478 U.S. 221, 230 (1986).

ron la Constitución determinaron que el poder judicial no resolvería una determinada cuestión, eso se debe respetar. En la interpretación amplia, la cuestión política se invoca cuando no hay estándares judiciales apropiados para decidir los meritos de la causa, o cuando la intervención demostraría poco respeto por la acción de otras ramas del gobierno o cuando la decisión pudiese afectar la integridad de la justicia.

II. Analisis de la Constitución. La Formulación de la Cuestión Política en el Ámbito de las Relaciones Exteriores

Debe tenerse en cuenta que en numerosos casos la Corte Suprema ha tratado temas relacionados con las relaciones exteriores, por lo cual seria imposible hacer en este trabajo un análisis de la totalidad de los mismos.³⁸

Es este un ambito de extrema importancia no solo por las relaciones entre los Poderes, sino para la sociedad en conjunto y los individuos. Algunas de estas cuestiones se refieren a si las protecciones constitucionales a la vida, la libertad, y la propiedad se aplican en tiempos de guerra, el alcance de la actividad extraterritorial del Gobierno de los Estados Unidos, y a la protección de personas que no son ciudadanos americanos dentro del territorio de los Estados Unidos.

Estos temas y otros vinculan las reglas del Derecho Internacional con el texto mismo de la Constitución. Como leerlo y cuando limitar, calificar, y dar sentido al mismo en referencia a otras clausulas y otros textos no constitucionales es el desafio.

De allí la importancia de determinar el ámbito temporal, territorial, y personal de la Constitución. Una de las preguntas a plantearse es : ¿Cuándo, donde, en que materias, y en nombre de quien la Constitución provee protección contra el Gobierno?

Los derechos mencionados en el *Bill of Rights* y la Constitución Original de 1787 estan expresados en términos amplios y aparentemente no están restringidos en cuanto a lugar, persona, *status*, o naturaleza de la actividad gubernamental o del interés a proteger. Por ejemplo la llamada Clausula del Debido Proceso o *Due Process Clause* establece que “no person shall... *de deprived of life, liberty or property without due process of law*.”³⁹

38 Esta enumeración no pretende ser exhaustiva en modo alguno, sino útil a efectos de estudio:

Arizona vs. United States, 132 S. Ct. 2492 (2012); *Zivotofsky ex rel. Zivotofsky vs. Clinton*, 132 S. Ct. 1421 (2012); *Medellín vs. Texas*, 552 U.S. 491 (2008); *Sanchez-Llamas vs. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006); *Am. Ins. Association vs. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003); *Crosby vs. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000); *Breard vs. Greene*, 523 U.S. 371 (1998); *Regan vs. Wald*, 468 U.S. 222 (1984); *Dames & Moore vs. Regan* 453 U.S. 654 (1981); *Haig vs. Agee*, 453 U.S. 280 (1981); *De Canas vs. Bica*, 424 U.S. 351 (1976); *Zschernig vs. Miller*, 389 U.S. 429 (1968); *Zemel vs. Rusk*, 381 U.S. 1 (1965); *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *Perez vs. Brownwell*, 356 U.S. 44 (1958); *United States vs. Caltex (Phil.) Inc.*, 344 U.S. 149 (1952); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634–35 (1952) *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *United States vs. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937); *United States vs. Curtiss Wright Export Corporation* 299 U.S. 304 (1936). *Russian Volunteer Fleet vs. United States*, 282 U.S. 481 (1931); *MacKenzie vs. Hare*, 239 U.S. 299 (1915); *Juragua Iron Co. vs. United States*, 212 U.S. 297 (1909); *Neely vs. Henkel*, 180 U.S. 109 (1901); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Fong Yue Ting vs. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *In re Ross*, 140 U.S. 453 (1891); *Jones sv. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ker vs. Illinois*, 119 U.S. 436 (1886); *Fleming vs. Page*, 50 U.S. (9 How.) 603 (1850)

39 U.S. Constitution. Enmienda V; Ver también Art. I, § 9 (“The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended. . . .”); (“No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”); Enmienda I (“Congress shall make no law. . . .”); Enmienda II “The right of the people. . . .”); Enmienda IV (“The right of the people. . . .”); Enmienda VI (“In all criminal prosecutions.”)

Se plantea sin embargo, la cuestión de que exactamente quería decir persona: ¿Era este un término amplio o estaba limitado a ciertas categorías de individuos, en ciertos lugares y otros estaban fuera de la protección? La cuestión cobra importancia en los casos relacionados directa o indirectamente con las relaciones exteriores:

¿Tenían derechos los extranjeros que las *Alien Acts* de 1791 podían afectar? ⁴⁰ ¿Después de la Secesión y durante la Guerra Civil había límites o garantías constitucionales en relación a la conducta del Gobierno de la Unión frente a los ciudadanos de la Confederación? ¿Que derechos tenían los ciudadanos en un Estado leal a la Unión durante la Guerra Civil? ⁴¹ ¿Tenían los ciudadanos de Estados Unidos juzgados por cortes consulares en países “no civilizados” derechos constitucionales? ⁴²

Otra cuestión es la planteada cuando miembros de las fuerzas armadas alemanas que entran subrepticamente a los Estados Unidos en una misión de sabotaje, y si tenían o no derecho al *habeas corpus* junto a otros derechos constitucionales contra juicios por comisio-

40 *Alien and Sedition Acts*. En 1798 el Congreso sanciona cuatro leyes. Las Alien and Sedition Acts deciden la suspensión del *habeas corpus* dándole poderes al Presidente para arrestar, detener o deportar a los ciudadanos extranjeros de países que estuvieran en guerra con los Estados Unidos, y demorar los procesos de naturalización para inmigrantes. En 1918 durante la Primera Guerra Mundial se dictó legislación similar que convertía en delito interrumpir los esfuerzos de guerra o apoyar a Alemania. Así la Sedition Act. The Sedition Act of 1918 made it a felony (1) to convey false statements interfering with American war efforts; (2) to willfully employ "disloyal, profane, scurrilous, or abusive language" about the U.S. form of government, the Constitution, the flag, or U.S. military or naval forces; (3) to urge the curtailed production of necessary war materials; or (4) to advocate, teach, defend, or suggest the doing of any such acts. Violations were punishable by fine, imprisonment, or both.

41 *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 118 (1866). En este caso la Suprema Corte decide que la suspensión del *habeas corpus* era legal pero los tribunales militares no se aplicaban a ciudadanos que residieran en Estados de la Unión que habían aceptado la autoridad de la Constitución y donde las cortes civiles continuaran operando. Para regular esto se sanciona posteriormente la Posse Comitatus Act que es una ley federal de los Estados Unidos (18 U.S.C. § 1385) aprobada el 18 de junio de 1878, cuyo fin era establecer límites al Gobierno Federal en el uso de militares como fuerzas del orden. La ley prohíbe a la mayor parte de los cuerpos uniformados federales ejercer atribuciones propias de las fuerzas de orden público, como la policía, en propiedades no federales dentro del territorio nacional de los Estados Unidos.

Ex parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861) (No. 9487) Es una decisión de un tribunal federal que surge a consecuencia de la Guerra de Secesión, referida al derecho del Presidente de suspender el *habeas corpus* basado en la clausula constitucional de suspensión. Roger Taney por entonces juez de Circuito Federal entendió que esa autoridad radicaba en el Congreso y no en el Presidente. Lincoln ignora esa sentencia así como el Ejército de la Unión. La cuestión pierde importancia cuando en 1862 son liberados todos los prisioneros políticos.

42 *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453, 462–65 (1891). Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 21 de mayo de 1891, relacionada con la aplicación de la ley estadounidense a marineros extranjeros en buques de bandera americana en otros Estados. John M. Ross un marinero del buque estadounidense S.S. *Bullion*, fue convicto de un asesinato a bordo mientras el mismo estaba en el puerto de Yokohama, y fue juzgado por el Consul estadounidense en Kanagawa. Sentenciado a muerte el Presidente Rutherford B. Hayes conmuta la sentencia por la de prisión perpetua en la penitenciaría de Albany. Si bien Ross acepta la conmutación, más tarde presenta un *habeas corpus* para su liberación, afirmando que había nacido en la Isla Prince Edward. En consecuencia era súbdito británico y no estaba sujeto a la jurisdicción de las Cortes Consulares. La Corte Suprema rechaza la petición y mantiene la jurisdicción del Tribunal Consular. En este caso se citó como antecedente principal a *United States v. Holmes*, 5 Wheat. 412, donde varios individuos fueron juzgados por la Circuit Court for the District of Massachusetts y condenados por asesinato en alta mar. El buque en que viajaban era aparentemente español y había sido capturado por corsarios procedentes de Buenos Aires. Una tripulación de presa es colocada en el buque de la cual los prisioneros formaban parte. Uno de ellos era ciudadano de los Estados Unidos y los otros eran extranjeros. El crimen fue cometido tirando a la persona por la borda, a consecuencia de lo cual esta se ahoga. La cuestión a plantear era si había alguna diferencia de jurisdicción, si los prisioneros o alguno de ellos era estadounidense, o si la ofensa había sido cometido a bordo de un buque en alta mar. La Corte entendió que la pregunta contenía dos proposiciones: uno sobre o referente a la nacionalidad del delincuente y de la persona que había sido víctima; y la segunda al lugar de comisión del delito. Con respecto a la primera la Corte era de la opinión que no importaba si el autor era o no ciudadano de los Estados Unidos, sino el lugar de la comisión, es decir el buque de bandera estadounidense. Se establece así la jurisdicción del pabellón en estas causas.

nes militares.⁴³ Similar el tema de los espías militares alemanes juzgados por un tribunal militar norteamericano en China, después de la Segunda Guerra Mundial, y presos o encarcelados en la Alemania ocupada militarmente por Estados Unidos en la post guerra.⁴⁴

¿Finalmente que ocurre con aquellos que no son ciudadanos en un territorio controlado, pero en el cual Estados Unidos no es soberano, y estas personas están detenidas por ser supuestamente combatientes en grupos terroristas contra los cuales el Congreso había autorizado el uso de la fuerza militar? ¿Tenían derecho al *habeas corpus* y otras garantías constitucionales?⁴⁵

Los Fundadores que redactaron la Constitución, eran en muchos casos hombres de leyes, expertos en el arte de gobernar, y conocedores del *common law* y del Derecho de Gentes. En consecuencia estas normas pueden aumentar o restringir el efecto de los actos de Gobierno y expandir o contraer los derechos individuales. Las disposiciones constitucionales tendrían un dominio limitado en aspectos determinados, por la condición de ciudadanía, la localización territorial y el *status* de enemigos. James Madison explica en la Convención de Virginia que el lenguaje del Artículo III de la Constitución sobre la jurisdicción estaba calificado por las reglas del *common law* y el derecho de gentes en el sentido

43 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942). La Suprema Corte durante la Segunda Guerra Mundial establece la validez de la jurisdicción de los tribunales militares en un juicio a ocho sabotadores alemanes en territorio norteamericano. *Quirin* es el precedente para la validez de las comisiones militares que juzgan a cualquier combatiente ilícito contra los Estados Unidos, después de los atentados del 11 de Septiembre de 2001. La decisión establece que: "... the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals.

44 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 765–66 (1950). En este caso los acusados eran soldados alemanes, considerados extranjeros, y enemigos no residentes. Los mismos fueron capturados en China por el Ejército de los Estados Unidos, juzgados y condenados en ese país bajo comisiones militares estadounidenses por violaciones a las normas del derecho de guerra cometidas en China antes de su captura. Con posterioridad son transportados a la Alemania ocupada por Estados Unidos y encarcelados bajo custodia del Ejército. En momento alguno estuvieron bajo la jurisdicción de un juez civil estadounidense. Reclamando que el juicio, la condena, y la prisión violaban los Artículos I y III de la Constitución, la Quinta Enmienda, otras disposiciones constitucionales, leyes y la Convención de Ginebra, los alemanes peticionan ante la District Court for the District of Columbia para obtener una orden de *habeas corpus*, dirigida al Secretario de la Defensa, al Secretario del Ejército y otros oficiales que tenían jurisdicción sobre ellos en custodia. Se establece que: *A non resident enemy alien has no access to our courts in wartime. (a) Our law does not abolish inherent distinctions recognized throughout the civilized world between citizens and aliens, nor between aliens of friendly and enemy allegiance, nor between resident enemy aliens who have submitted themselves to our laws and nonresident enemy aliens who at all times have remained with, and adhered to, enemy governments. (b) In extending certain constitutional protections to resident aliens, this Court has been careful to point out that it was the aliens' presence within its territorial jurisdiction that gave the Judiciary power to act. (c) Executive power over enemy aliens, undelayed and unhampered by litigation, has been deemed, throughout our history, essential to wartime security.*

45 *Hamdi vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004). En este caso la Corte Suprema reconoce el poder de el gobierno de detener combatientes enemigos, incluyendo ciudadanos norteamericanos, pero estableciendo que aquellos detenidos que sean ciudadanos americanos tienen el derecho a un debido proceso y la capacidad de establecer que no son combatientes ante una autoridad imparcial. El mismo se inicia con una petición de *habeas corpus* por parte de Yaser Esam Hamdi, ciudadano americano detenido como combatiente ilegal enemigo, tras ser capturado en Afganistán en 2001. Con posterioridad a la decisión de la Corte el 9 de Octubre de 2004, el Gobierno lo libera y deporta a Arabia Saudita, con la condición que renuncie a su ciudadanía y la consiguiente prohibición de ingresar a los Estados Unidos.

Boumediene vs. Bush, 553 U.S. 723, 732 (2008). Estableciendo que los prisioneros tienen el derecho a un *habeas corpus* bajo las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos y que la *Military Commissions Act* del 2006 era una suspensión inconstitucional de ese derecho. En *Rasul vs. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), se establece que el sistema judicial norteamericano tiene la autoridad para decidir si los extranjeros en Guantánamo estaban o no ilegalmente detenidos.

de que los enemigos extranjeros no tenían acceso a los tribunales en tiempos de guerra.⁴⁶

En consecuencia se puede afirmar que el termino persona no se aplicaba a todos en la *Due Process Clause*, ya desde los orígenes de la Constitución.

Otras cuestiones que generan duda en el texto constitucional, no se refieren a la interpretación semántica, sino a la redacción ambigua de los términos en algunas cláusulas. El Artículo I por ejemplo le da al Congreso el poder de declarar la guerra,⁴⁷ otorgar patentes de corso y represalias,⁴⁸ así como la creación y manutención del ejército y la marina⁴⁹. El Artículo II a su vez nombra al Presidente Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.⁵⁰

Pareciera que se le otorga al Congreso decidir la iniciación de las guerras,⁵¹ pero otros entienden que es el Presidente quien puede iniciarlas,⁵² ya que el poder o *war power* del Congreso es solo la proclamación formal de un estado internacional de guerra con sus consecuencias.⁵³

¿Que cambió con el tiempo en relación a estas cuestiones mencionadas? La expansión de los poderes de guerra del Presidente *que transformó el deber ser en el ser*. La confusión, proviene de las normas que no son determinadas o claras en cuanto a donde radica ese poder.

Las cláusulas de guerra y las disposiciones del Artículo II referidas a los poderes del Ejecutivo fueron redactadas apresuradamente y poco discutidas, de allí la indeterminación que en definitiva fue favoreciendo al Ejecutivo.⁵⁴

El Presidente como Comandante en Jefe es el responsable de la conducta en guerra y el Congreso en declararla y mantener las fuerzas militares. El Presidente negocia y firma los Tratados y el Senado los aprueba. El Congreso otorga fondos para que el Presidente use en la diplomacia internacional. Si bien el Artículo III, Sección 2 de la Constitución otorga jurisdicción originaria en casos relacionados con Tratados, Embajadores y causas de Almirantazgo y en controversias donde los Estados Unidos sean parte, no aparece una clara responsabilidad del Poder Judicial en los asuntos de política exterior.

46 *Debates in the Several State Conventions on the Adoption in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution* Pages 484–86 (Jonathan Elliot ed., Washington, 2d ed. 1836) (Statement of James Madison)

47 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 11

48 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 11.

49 U.S. Constitution. Art. I, § 8, cl. 12–13.

50 U.S. Constitution. Art. II, § 2.

51 No hay evidencia que los redactores entendieran que la Constitución autorizara al Presidente a iniciar una guerra.

52 Robert F. Turner, War and the Forgotten Executive Power Clause of the Constitution: A Review Essay of John Hart Ely's War and Responsibility, 34 Virginia Journal of International Law . 903, 906–10 (1994)

53 Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, Congressional Authorization and the War on Terror, 118 HARV. L. REV. 2047, 2057–58 (2005); Stephen L. Carter, The Constitutionality of the War Powers Resolution, 70 VA. L. REV. 101, 111 (1984).

54 Los registros de la Convención de Filadelfia indican que el lenguaje determinando en el Congreso el poder de “declarar la guerra” fue producto más del la poca satisfacción con la fórmula original que decía que el Congreso debía tener el poder de “hacer la guerra”, que una sesuda interpretación de la concepción del significado de “declarar la guerra. Cuando se redactan los poderes del artículo II la Convención ya finalizaba, los Delegados estaban agotados. En consecuencia fueron descuidados al terminar sus labores y el Artículo II estableciendo los poderes del Ejecutivo no fue redactado con la claridad suficiente.

Esta es la razón por la cual la Corte en muchas oportunidades ha rechazado casos relacionados con la política exterior o los asuntos exteriores con la base de que son precisamente “cuestiones políticas” que pueden ser solucionadas solo por las ramas políticas del Gobierno, es decir el Congreso y el Presidente. La Corte adopta este criterio en relación a los Tratados y a su jerarquía en *Ware vs. Hylton* y también en *Foster & Elam vs. Neilson*⁵⁵, en relación a una controversia internacional sobre el título de parte del Territorio de Luisiana.

La abstención judicial relacionada con estas cuestiones, presenta sin embargo algunas controversias. Por un lado la Constitución no establece poderes expresos para el mismo en asuntos exteriores, pero los poderes generales sobre asuntos exteriores distribuidos entre el Ejecutivo y el Legislativo si bien están enumerados presentan vaguedades y contradicciones. Debido a la naturaleza emocional de la guerra, a la ausencia del Poder Judicial de herramientas para ser aplicadas en la política externa y su dependencia en el ejecutivo para cumplir las decisiones, el respeto es la única avenida que la Corte puede tomar. Por otro lado esta la cuestión de si ese respeto o deferencia al Ejecutivo es una abdicación de las responsabilidades constitucionales del Poder Judicial, pues el Artículo III Sección 2 establece la responsabilidad del mismo para la revisión de los casos bajo las leyes y Tratados de los Estados Unidos.

Si bien entonces, no hay evidencia en la Constitución que sus redactores considerasen los asuntos exteriores como privilegiados y por encima de las salvaguardas establecidas para la separación de poderes, la Corte ha considerado cuestiones políticas y se ha auto limitado en las relacionadas con la soberanía, ya sea de Estados Unidos o de otro país; los límites y la autoridad territorial; la determinación de la neutralidad, la existencia de paz y guerra, la duración de una ocupación militar; el reconocimiento de la independencia o de la beligerancia de un Estado o de un Gobierno; el reconocimiento de la inmunidad diplomática; la situación de o el status de los extranjeros y la validez o quiebre de un Tratado.

La otra cara esta autolimitación es la existencia de la legislación que aumenta la autoridad del Ejecutivo para manejar los asuntos exteriores. Las Cortes han utilizado la llamada “*necessary and proper clause*”⁵⁶ para aumentar el ámbito de esos poderes. Conocida como la *clausula elástica* la misma ha sido interpretada ampliamente por la Corte comenzando con el Caso *McCulloch v. Maryland*⁵⁷ para dar considerable espectro de discrecionalidad en las formas en que el gobierno Federal utiliza sus poderes explícitos. Asimismo en *Missouri v. Holland*,⁵⁸ establece que la mencionada *clausula* podía justificar la supremacía de los Tratados Internacionales

El respeto o la abstención judicial también fue controversial en otros casos, como Harisiades

55 *Foster & Elam vs. Neilson* - 27 U.S. 253 (1829) En el mismo la Corte afirma que: “In the United States, a different principle is established. Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the Legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court.” Page 27 U. S. 315

56 Contenida en el Artículo 1, Sección 8: *The Congress shall have Power To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.*

57 *McCulloch vs. Maryland*. 17 U.S. 316 (1819).

58 *Missouri vs. Holland*, 252 U.S. 416 (1920.)

*vs. Shaughnessy*⁵⁹, donde la Corte recibe la apelación de un extranjero que era deportado por su membrecía en el Partido Comunista, en una etapa previa de su vida. La opinión de la Corte es que la política hacia los extranjeros es un componente de las relaciones exteriores y esas materias “are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference.”⁶⁰

Muchas de estas decisiones y otras que serán analizadas son discutidas porque esa auto restricción de la Corte en materias de seguridad nacional y política exterior podían entrar en conflicto con valores constitucionales como las libertades civiles..

La cuestión política y la doctrina del *sole organ* referida al Ejecutivo en el manejo de las relaciones exteriores, fue expuesta por Marshall por primera vez, antes de *Marbury* en el discurso referido al Caso del *Jonathan Robbins* en 1801, cuando defiende la decisión del Presidente Adams de extraditar a Gran Bretaña a una persona convicta de asesinato.⁶¹

Ya desde los inicios de los Estados Unidos se observa en consecuencia, que las relaciones exteriores son el dominio por excelencia de la doctrina de la cuestión política. Si bien *Baker v.s Carr* contiene el catalogo de las condiciones de aplicación para la misma,⁶² es en *U.S. vs. Curtiss-Wright Export Corp*⁶³ donde se establece una discrecionalidad exclusiva del Presidente en la conducta de los asuntos extranjeros más allá del control de las ramas legislativas y judiciales. Debido a la naturaleza delicada en muchos casos de las cuestiones relacionadas con la política exterior y el poder exclusivo del Presidente en esa área la legislación relacionada otorga una discrecionalidad que no existe en los asuntos domésticos o internos. Así se distinguen los poderes del gobierno federal sobre asuntos exteriores y asuntos internos.

La Corte lo expresa en *U.S. vs. Curtiss-Wright Export Corp.* con claridad: “Es importante tener en consideración que esta no es una autoridad investida en el Presidente por delegación de el Legislativo, sino una autoridad plena, delicada, y exclusiva del Presidente como el único órgano del Gobierno Federal en el campo de las relaciones internacionales, un poder que no requiere para su ejercicio una Ley del Congreso, pero que por supuesto requiere para su ejercicio una subordinación a las disposiciones de la Constitución. Es evidente que si en el mantenimiento de nuestras relaciones internacionales un serio bochorno quiere ser evitado y el éxito para nuestros objetivos logrado, la legislación...en el campo internacional debe otorgarle al Presidente un ámbito de dis-

59 *Harisiades vs. Shaughnessy*. 342 U.S. 580 (1952).

60 *Harisiades vs. Shaughnessy*. 342 U.S. 580 (1952).

61 Speech of the Hon. John Marshall, Delivered in the House of Representatives, of the United States, on the Resolutions of the Hon. Edward Livingston, Relative to Thomas Nash, Alias Jonathan Robbins. “(...) Si un asesinato es cometido en los Estados Unidos, y el asesino solicita asilo en Gran Bretaña la cuestión sobre si el *casus foederis* del artículo veintisiete ha ocurrido, y que su entrega debe ser requerida es una cuestión de derecho, pero nadie diría que es una cuestión a ser decidida en las cortes (...) Porque? Pues se trata de dos Estados... *They cannot come into court to litigate their claims, nor can a court decide on them. Of consequence, the demand is not a case for judicial cognizance. The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations. Of consequence, the demand of a foreign nation can only be made on him. He possesses the whole Executive power. He holds and directs the force of the nation. Of consequence, any act to be performed by the force of the nation is to be performed through him.*”

62 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962). Este mismo principio ha sido establecido por las Cortes inglesas Así el dictum de Lord Atkin: “Our State cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the Executive another”. *The Arantzazu Mendi*, [1939] AC 256 at 264. En Estados Unidos la Corte claramente lo expresa: “There are sweeping statement to the effect that all questions touching foreign relations are political questions.” 369 U.S. 186, 211

63 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

*crecionalidad y libertad.”*⁶⁴

Tras haber analizado la génesis y el ámbito de la cuestión política, se tratarán a continuación algunos casos específicos recientes donde la Corte y los Tribunales Federales han debido considerar cuestiones relacionadas con la misma

III. La cuestión Política en relación a la Terminación de los Tratados. Casos Goldwater y Kucinich.

Recientemente la Corte se enfrentó con el tema de la autoridad para la denuncia de los Tratados. El Presidente George W. Bush había decidido la terminación unilateral del Tratado ABM entre Estados Unidos y Rusia,⁶⁵ en un acto desapercibido, en gran parte por el trauma y caos que siguen al atentado del 11 de septiembre de 2001.⁶⁶

El mismo renueva la controversia de larga data sobre la autoridad constitucional para la denuncia de Tratados. El anuncio del presidente el 13 de Diciembre de 2001 de que daba el aviso previo de seis meses de acuerdo al Tratado desencadena un juicio: *Kucinich vs. Bush*,⁶⁷ donde treinta y dos miembros de la Cámara de Representantes entendían que el Presidente no podía denunciar un Tratado sin autoridad del Congreso. La Corte de Distrito Federal rechaza la acción no analizando los méritos primero por falta por falta de *locus standi* y en segundo lugar por tratarse de una cuestión política no justiciable.

La falta de interés en llegar a los méritos por parte del tribunal, muestra una tendencia preocupante en el poder judicial de eludir los asuntos de fondo que se relacionan a las relaciones exteriores, cuando se entiende que puede haber abuso del Ejecutivo y usurpación de funciones. El resultado de la abstención judicial tipificada por la invocación de la cuestión política, sería el descontrol del ejecutivo en materia de relaciones exteriores, y el peligro en tiempos de crisis ⁶⁸

Como afirma Louis Henkin: “Al considerar a una demanda como una cuestión política los Tribunales dan lugar a la percepción de que no es una cuestión constitucional y permite el avance del poder político sin el control debido que ese encuentra en el texto constitucional mismo.”⁶⁹

El fundamento de *Kucinich*, es *Goldwater vs. Carter* de 1979, donde la Corte también

64 *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

65 Entrada en Vigencia el 3 de Octubre de 1972. 23 UST 3435

66 El Artículo XV, cl.2 establece la denuncia o retirada “Each party shall, in exercising its national sovereignty, have the right to withdraw from this Treaty if it decides that extraordinary events related to the subject matter of this Treaty have jeopardized its supreme interests. It shall give notice of its decision to the other Party six months prior to withdrawal from the Treaty.”

67 *Kucinich vs. Bush*, 236 F. Supp. 2d 1, 4 (D.D.C. 2002),

68 Otros casos relacionados con los poderes de guerra que también fueron desestimados como cuestión política son: *Crockett vs. Reagan*, 720 F.2d 1355 (D.C. Cir. 1983) relacionado con la intervención en El Salvador; *Dellums vs. Bush*, 752 E Supp. 1141 (D.D.C. 1990), relacionado con la Guerra de Iraq y *Campbell vs. Clinton*, 52 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1999) relacionado con el conflicto en Yugoslavia.

69 Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* (2d ed. 1996). Constitutionalism, democracy, and foreign affairs. New York: Columbia University Press. 1990 “By calling a claim a political question courts foster the perception that it is not a constitutional question and encourage the exercise of political power without regard to constitutional prescriptions and restraints.”

afirmó que era una cuestión política no justiciable.⁷⁰ *Goldwater* nace de la decisión del Presidente James Carter de denunciar unilateralmente el Tratado de Defensa Mutua de 1954 con Taiwan.⁷¹ El Senador Barry Goldwater y otros miembros de la Cámara y del Senado entendían que Carter debía obtener la autorización del Congreso antes de terminar el Tratado. El Juez William Rehnquist por la mayoría entendió que el tema no podía ser resuelto por los Tribunales: “*The basic question presented by the petitioners in this case is “political” and therefore nonjusticiable because it involves the authority of the president in the conduct of our country’s foreign relations and the extent to which the Senate or the Congress is authorized to negate the action of the President....*”⁷²

La Corte en *Kucinich* abraza esta opinión como instructiva y convincente.⁷³ Sin embargo no queda claro porque la cuestión planteada en ambos casos sobre la autoridad presidencial para terminar los Tratados debe considerarse política y no justiciable. En su Opinión Disidente el Juez Brennan entendió que no se debía aplicar y que la opinión de la mayoría “*profoundly misapprehends the political-question principle as it applies to matters of foreign relations.*”⁷⁴

Si bien en *Kucinich* se otorga importancia al test del compromiso textual, en el caso no hay determinación textual o contenido que otorgue la autoridad a alguna rama del Gobierno; ya que la Constitución guarda silencio sobre quien tiene autoridad para terminar los Tratados.⁷⁵

El segundo criterio de *Baker* que es la falta de estándares de investigación manejables no es mencionado si bien se cita el fallo de Corte en *Crosby v. National Foreign Trade Council* referente a que: “*los matices de la política exterior de los Estados Unidos son más del área del Ejecutivo y del Congreso que de esta Corte.*”⁷⁶

En *Goldwater* la pregunta era clara: Decidir si el Presidente puede terminar un Tratado bajo la Constitución sin aprobación del Congreso

La respuesta no es fácil pero requiere aplicar los principios de interpretación de las disposiciones constitucionales en juego.⁷⁷ Los estándares se debían buscar en los debates de la Convención Constituyente, en la práctica histórica, y en la doctrina. El tema de quien decide es un tema de derecho constitucional y no de discreción política de allí la determinación de que rama ha ejercitado determinada conducta y si la misma es apropiada. En consecuencia solo se debería investigar la validez del acto de terminación de un Tratado con Rusia. *Baker vs. Carr* enfatizaba el poder de revisión al decir que la Corte “*no puede rechazar una cuestión denominada política cuando la controversia versa sobre si se ex-*

70 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. 996 (1979)

71 6 UST 433. Denuncia el 15 de Diciembre de 1978

72 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. at 1003.

73 236 F. Supp. 2d, p. 14.

74 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. at 1006.

75 236 F. Supp. 2d., p. 15.

76 *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 U.S. 363 (2000) “*the nuances of the foreign policy of the United States... are much more the province of the Executive Branch and Congress than of this Court*”.

77 444 U.S. at 999.

cede la autoridad constitucional”⁷⁸ La Corte misma ha analizado casos donde se encuentra abuso de poder o usurpación por parte del Congreso o el Presidente, y los mismo van desde *Marbury vs. Madison* a *Youngstown Sheet and Tube Co. vs. Sawyer*.⁷⁹ En *Kucinich* se toma el cuarto criterio de Brennan en *Baker* “que es la imposibilidad de tomar una decisión sin expresar una falta de respeto a otras ramas del Gobierno.” como base para invocar la cuestión política. Ahora el respeto a una rama no significa abstenerse del ejercicio de la función judicial de revisión.

La Corte no causa un quiebre social si determina que el presidente o el Congreso han transgredido los límites constitucionales. Si así fuera no hubiera intervenido en *Youngstown* o en *United States vs. Nixon*.⁸⁰ Como el mismo Marshall dijo en *Marbury*: “*to what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?*”⁸¹ Basándose en *Baker vs Carr* 82 en *Goldwater* el Juez Powell afirmó que: “*it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance....*” This case “*touches*” foreign relations, but the question presented to us concerns only the constitutional division of power between Congress and the President.⁸³

El respeto al Presidente no impide que la Corte examine la validez constitucional de sus actos, si así fuera no habría protección contra un Presidente errático o peligroso. De allí el *impeachment* como prueba de que la Republica no puede ser rehén de un Ejecutivo que usurpa. Porque llegar a ese extremo si es posible un remedio más modesto, la revisión judicial para saber si el Presidente usurpa sus poderes constitucionales.

La Corte debe resolver conflictos de competencia y este era *el tema decidendi*. Cualquier riesgo de falta de respeto a la Presidencia, quedaba superada por la necesidad de defender y mantener la integridad de la Constitución. Así lo entendió el Juez William O. Douglas cuando afirmó que “*It is far more important to be respectful to the Constitution than to a coordinate branch of the government.*”⁸⁴

En el fallo también se estimó que había una necesidad de adhesión a una decisión política ya tomada que era la quinta proposición de Brennan en *Baker vs. Carr*. Se enfatiza la incertidumbre que podría surgir de una decisión judicial que fuera desfavorable al anuncio del Presidente Bush de terminar el Tratado El mismo Juez afirma que: “*Foreign governments must be able to rely upon the pronouncements of the United States regarding its treaties.*”⁸⁵ Si la Corte considerase que la acción del Presidente era inconstitucional se produciría el daño que Brennan predijo, es decir peligro de situaciones embarazosas por múltiples pronunciamientos de diferentes departamentos gubernamentales.

78 369 U.S., 217.

79 *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952)

80 *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974)

81 *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 176 (1803).

82 *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

83 Citando a *Baker vs. Carr*, 369 U.S., 21

84 *Massachusetts vs. Laird*, 400 U.S. 886, 894 (1970), Opinion Disidente de el Juez Douglas.

85 236 F. Supp. 2d, 16.

¿Que casos deben producir una adhesión incuestionable, mas allá quizás de una declaración de guerra? Si la Corte afirmaba que la terminación del Tratado era inconstitucional sin la participación del Senado, podía correr el riesgo de su sentencia no fuera cumplida.

Esta es una cuestión peligrosa en un Estado constitucional, ya que si las decisiones de la Corte Suprema no se obedecen, se afectaría el Estado de Derecho y los basamentos del constitucionalismo.

Al comienzo de la historia norteamericana se le planteó esa cuestión a Marshall en relación a que no había forma de obligar a que los Estados Unidos pagasen las costas; pero el respondió que: *“that would make no difference, because we are to presume that they would pay them, if bound by the law so to do.”*⁸⁶

El resultado de un rechazo presidencial a una decisión de la Suprema Corte es dudoso. Puede haber apoyo pero también repulsa, o inclusive un proceso *de impeachment* por contravenir la ley. Eso no debe impedir que la Corte haga una determinación judicial de los temas legales y constitucionales. La advertencia del Juez Bates del potencial embarazo de que se produciría en el caso de múltiples pronunciamientos por parte de diferentes departamentos del Gobierno en el caso de la terminación de un Tratado, lleva a la conclusión de que se disminuiría en grado sumo el control judicial.

Brennan quizás tuviera en mente en *Baker vs. Carr*, a *Luther vs. Borden*.⁸⁷ En el mismo se le pidió ala Corte que decidiera cual gobierno era legítimo en el Estado de Rhode Island. El Juez Taney estableció que al apoyar al Gobernador estaba reconociendo al Gobierno como legítimo y su decisión era obligatoria ante las cortes. Sin embargo entendió que era una medida provisoria y temporal, ya que el Congreso tendría la voz final sobre el tema. Este si sería un ejemplo donde podrían intervenir cinco cuerpos: el Ejecutivo, ambas Cámaras, los tribunales federales, y los estatales. Aquí sí estaba latente la posibilidad que todos pudieran realizar pronunciamientos diversos sobre lo que constituye una forma republicana de Gobierno.⁸⁸

Ni en *Kucinich* ni en *Goldwater* se presentaba una situación así, ya que en ellos solo el Presidente había actuado.

En consecuencia tratar la terminación de un Tratado como una cuestión política ignora la tarea de interpretación judicial y si hay sospechas de usurpación de poder, es allí donde la Corte debe llegar al fondo de la cuestión.

La denominación de relaciones exteriores o actos relacionados a esta como políticos, engendra la percepción de que la conducta en las relaciones exteriores esta mas allá del control constitucional. Sin embargo no hay nada en la arquitectura normativa de la Constitución que apoye eso, ya que los que la redactaron aplicaron el principio de la separación de poderes y el sistema de pesos y balances a la formulación el manejo y la

86 *United States vs. Hooe*, 3 Cranch 73, 90 (1805). En el Caso *Worcester vs. Georgia*, 6 Pet. 515 (1832), Marshall condena a Georgia a pesar de una amenaza del Presidente Andrew Jackson de que no se cumpliría la decisión del Tribunal,

87 *Luther vs. Borden*, 48 U.S. 1 (1849), 7 How.1 (1849).

88 *Luther vs. Borden* 40-44.

conducta en las relaciones exteriores. Cuando los Tribunales se rehusan a decidir este tipo de cuestiones de usurpación del Ejecutivo sobre el Legislativo, abdican de su función, lo cual puede producir un Poder Ejecutivo desbocado.

La violación de una ley o de la Constitución, y su consideración como cuestión política no justiciable no es excusa para que el Presidente no cumpla el deber de ejecutar las leyes. Es esta la llamada *Take Care Clause*: “the clear demand for the president to “take care that the laws be faithfully executed,”⁸⁹ No importa que sean estas leyes relacionadas con asuntos internos o externos.

Hay evidencia asimismo que la arquitectura constitucional entiende que aunque no haya una determinación textual de la autoridad para terminar los Tratados, el poder es el mismo que el *treaty making power*, es decir el Presidente y el Senado.

Esto va en línea con las ideas de la Convención Constituyente que buscaba formas de decisión colectiva, y el miedo de los delegados de un poder ejecutivo unilateral en la formulación y conducta o manejo de la política exterior americana.⁹⁰ Si bien la Convención no discute el tema de la terminación de los Tratados, quizás sea porque asumieron el principio de la construcción simétrica, que significa que cuando un poder es dado para crear el acto, se le es dado para terminarlo. Esta posición fue adoptada por John Jay y por James Madison en El Federalista N° 64. En este último Jay escribe que “*They who make treaties may alter or cancel them.*”⁹¹ La referencia de Madison entre el poder de aprobar y el de terminar los Tratados, y que solo la simetría hubiera satisfecho los intereses regionales de los Estados que querían una voz igual en referencia a los tratados. Sin ello los Estados más pequeños no hubieran aceptado la Constitución. Así los intereses de los Estados del Sur a través del *treaty making power* provocaron arduas discusiones. Es por eso que es inconcebible que hubieran dejado la puerta abierta a una terminación de Tratado que sacrificara sus intereses.

Como explica John Jay en el Federalista N° 64: “los mecanismos envueltos en la creación y la terminación de Tratados son análogos.”⁹²

Hay asimismo precedentes judiciales al respecto, como *The Amiable Isabella*,⁹³ el primer pronunciamiento referido a la terminación de los Tratados donde el Juez Joseph Story establece que: “Las obligaciones de un Tratado no pueden ser modificadas o variadas sino a través de las mismas formalidades con que fueron introducidas,...”⁹⁴ Asimismo en *Techt v. Hughes* (1920), el entonces Juez de Apelaciones de la Corte de Nueva York Benjamin Cardozo, afirmó que: “El Presidente y el Senado pueden denunciar un Tratado y así terminar su existencia.”⁹⁵

89 US Constitution. Article II, Section 3

90 Bien lo explica Alexander Hamilton en el Federalista N° 75: cuando dice: “The history of human virtue does not warrant that exalted opinion of human nature which would make it wise in a nation to commit interests of so delicate and momentous a kind, as those which concern its intercourse with the rest of the world, to the sole disposal of a magistrate created and circumstanced as would be President of the United States”. Federalist No. 64, 421

91

92 Federalist No. 64, 421

93 *The Amiable Isabella* - 19 U.S. 1 (1821)

94 *The Amiable Isabella* 9 U.S. (6 Wheat.) 1, 75 (1821).

95 *Techt vs. Hughes* 229 N.Y. 222, 243, Cert.denied, 254 U.S. 643 (1942).

En conclusión este caso trataba de una simple cuestión que es si el Presidente podía terminar o abrogar un Tratado sin la aprobación del Congreso. La reticencia de la Corte en llegar a el merito de la cuestión, y su caracterización como una cuestión política reflejan una peligrosa tendencia a negarse a ejercitar el poder de revisión para controlar la usurpación de poder por el Ejecutivo.

IV. Reconocimiento de Estados. El Caso Zivotofsky.

Otro caso reciente de importancia vinculado a la cuestión política y las relaciones exteriores es *M.B.Z vs. Clinton*. En el mismo la Corte afirma que: la doctrina de la cuestión política no impide a las Cortes decidir si el § 214(d) de la *Foreign Relations Authorization Act*, que permite que los ciudadanos de los Estados Unidos nacidos en Jerusalén soliciten que en sus pasaportes se declare Israel, sea intrusivo de los poderes del Presidente bajo la Constitución.⁹⁶ Los hechos se relacionan con una ley del año 2002, que requería que el Departamento de Estado colocara Israel como el lugar de nacimiento en el pasaporte de un ciudadano americano nacido en Jerusalén. Hasta ese momento el Departamento de Estado había evitado el dilema designando solo Jerusalén, y no Israel o Palestina como lugar de nacimiento de los ciudadanos americanos nacidos allí. M.B.Z era nacido en Jerusalén de padres americanos en 2002, y los mismos solicitan al Departamento de Estado que coloque Israel. Este se niega a pesar de la orden del Congreso en contrario. Cuando los padres van a Corte de Apelaciones del Circuito D.C, se rechaza la demanda diciendo que era una cuestión política no justiciable y que los jueces no tienen autoridad para modificar los dictados del Poder Ejecutivo referentes a la política exterior con respecto a si Jerusalén era o no parte de Israel.

Los padres se dirigen a la Corte Suprema que toma el caso, pero esta agrega una segunda cuestión a revisar: que es la de si el Congreso al redactar esa Ley, no estaba inmiscuyéndose en los poderes del Ejecutivo referidos al reconocimiento de Estados. Así como el Poder Judicial no puede inmiscuirse en la política exterior, tampoco lo puede hacer en ciertas áreas el Legislativo. En el corazón de esta cuestión esta si la Constitución le asigna al Presidente la decisión exclusiva de como reconocer a Jerusalén en los pasaportes, invocando la doctrina de *Baker vs. Carr*, que limita a la Corte con respecto a actos discrecionales que están textualmente encomendados a las ramas políticas. Con esta afirmación el demandante no está de acuerdo ya que entendía que el poder de reconocimiento de Estados extranjeros era un deber ceremonial asignado al Presidente solo por razones prácticas. El demandante asimismo se basaba en el precedente de Taiwan para rechazar la alegación de las consecuencias o impacto en la política exterior. En 1994 el Presidente Clinton había ordenado al Secretario de Estado que autorizara a los ciudadanos americanos nacidos en Taiwan a que lo coloquen como el lugar de nacimiento en vez de China. La modificación no afectó las relaciones internacionales como el Departamento de Estado predijo. Sin embargo en esa situación no se llega a un litigio. Por eso la Corte se muestra cuidadosa y decide no adivinar las determinaciones del Ejecutivo en la política exterior. *M.B. Z. vs Clinton* es el primer caso donde aparece un conflicto entre una ley del Congreso y la autoridad presidencial para reconocer a un gobierno o a un Estado.

96 N° 10-699 US. *Menachem Binyamin Zivotofsky, By His Parents and Guardians, Ari Z. and Naomi Siegman Zivotofsky, Petitioner vs, Hillary Rodham Clinton*.

De acuerdo al criterio que estableciera el Juez Jackson en su opinión en *Youngstown*,⁹⁷ en este caso el poder Presidencial se encuentra en su nivel mas bajo lo cual significa que el Ejecutivo solo puede prevalecer si el poder es exclusivo. El Solicitor General quien representa al Gobierno Federal ante la Corte Suptrema entiende que el Artículo II § 3, de la Constitucion al establecer que el Presidente “*shall receive Ambassadors and other Public Ministers*”, crea un poder pleno y exclusivo, no como en otras situaciones donde la iniciativa es del Presidente, pero el Congreso puede modificar la decision por ley: por ejemplo los llamados *Executive Agreements*.

Detras de este caso había claramente mucho más que un simple contenido de pasaporte, ya que se relacionaba con la politica norteamericana del Medio Oriente.

¿Puede el Presidente unilateralmente reconocer un Estado Palestino con fronteras internacionales definidas? ¿Puede el Congreso modificar esa decision?

La posición del Gobierno de que el Ejectivo tiene poder pleno constitucional para definir el contenido del pasaporte podría ser considerada errónea ya que estos temas están determinados por ley y el Congreso definir su contenido. El Ejecutivo entiende que la determinación del lugar de nacimiento puede ofender a los enemigos de Israel y de allí se convierta una cuestión politica, tampoco seria plenamente valido ya que el Congreso ha legislado sobre terrorismo Islamico así como en que términos se reconoce a algunos Gobiernos extranjeros, por ejemplo la China Comunista.⁹⁸

*Sin embargo es jurisprudencia firme que los objetivos de politica exterior y el reconocimiento de nuevos gobiernos no son custiones justiciables y deben ser decididas por las ramas politicas y así lo afirmó la Corte en United States vs. Pink.*⁹⁹

En consecuencia la declaraciones en un pasaporte que conciernen el lugar de nacimiento de la persona son declaraciones oficiales sobre el el *status* soberano de el lugar de nacimiento Declarar Jerusalem como parte de Israel o Palestina es formular una declaracion de quien tiene la soberania sobre esa ciudad, y decir que Jerusalem es Jerusalem es abstenerse de una controversia, y debe entenderse que la Seccion 214 se inmiscuye en los poderes plenos del Presidente.¹⁰⁰

V. La Responsabilidad de los Contratistas del Gobierno en Conflictos Armados y la Cuestión Política.

Es conveniente a continuación analizar la serie de casos donde se invoca la cuestión

97 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

98 “Foreign Policy Roles of the President and Congress,” <http://fpc.state.gov/6172.htm>, at p. 6.

99 *United States vs. Pink*, 315 U.S. 203 (1942). En el mismo se establece la supremacía del Ejecutivo Federal en materia de relaciones exteriores. En este caso relacionado con un acuerdo entre Estados Unidos y la Union Sovietica el llamado Acuerdo Litvinov. La Corte entendió que la acción realizada por el Estado de Nueva York, “*amounted in substance to a rejection of a part of the policy underlying recognition by this nation of Soviet Russia. Such power is not accorded to a State in our constitutional system.... No state can rewrite our foreign policy to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is vested in the national government exclusively.*” The court ruled that rights to the property in question passed from the Soviet Government to the United States under the Litvinov Assignment.

100 *Zivotofsky vs. Secretary of State*, 571 F.3d 1227, 387 U.S. App. D.C. 144 (D.C. Cir. 2009) 2009 BL 148501

política en relación a contratistas privados que han participado en los conflictos de Afganistán e Iraq.¹⁰¹

La doctrina de las cuestiones políticas, como ya se ha visto ha estado sujeta a variadas interpretaciones y ha sido aplicada inconsistentemente, generando en muchos casos más confusión que claridad.¹⁰² Ha habido periodos inclusive donde se dudó de su existencia.¹⁰³

Su confusa aplicación en los casos de los contratistas relacionados en esta instancia con la responsabilidad por daños lo demuestra. En estos casos son los contratistas privados los que oponen la excepción ya que el Gobierno no es parte.

La pregunta es entonces si la cuestión política se aplica o no a estos casos de responsabilidad por actos de contratistas privados en los conflictos de Iraq y Afganistan

En que ámbito o extensión y bajo que circunstancias la conducta de los contratistas militares implica el tipo de acción gubernamental que Marshall tenía en mente es una cuestión de importancia.

En *Oetjen vs. Cent. Leather Co.*, ya se había establecido que “the conduct of the foreign relations of our government is committed by the Constitution to the Executive and Legislative—the political—Departments of the Government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision.”¹⁰⁴ Al hacerlo sin embargo el Tribunal no define con claridad los parámetros de que es la conducta gubernamental, ni por supuesto la totalidad de los casos que entran en esa clasificación.

En 1950 al considerar las limitaciones de revision judicial de actos del Ejecutivo en el despliegue de acciones militares en *Johnson vs. Eisentrager*, dio un poco más de claridad a la conducta gubernamental, afirmando que “certainly it is not the function of the Judiciary to entertain private litigation—even by a citizen—which challenges the legality, the wisdom, the propriety of the Commander-in-Chief in sending our armed forces abroad or to any particular region.”¹⁰⁵

101 *Ibrahim vs. Titan & CACI (Ibrahim I)*, 391 F. Supp. 2d 10 (D.D.C.2005); *Saleh vs. Titan & CACI*, 436 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2006); *Al-Quraishi vs. Nakhla*, 8:08-cv-01696-PJM (D. Md. June 30, 2008) (PACER); *Al-Shimari vs. CACI*, 1:08-cv-00827-GBL-JFA *Al-Quraishi*, 8:08-cv-01696-PJM (PACER); *Al-Shimari*, 1:08-cv-00827-GBL-JFA (PACER); *Saleh*, 436 F. Supp. 2d 55; *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d 10; *Smith*, 2006WL 2521326; *Fischer*, 454 F. Supp. 2d 637; *Lane*, 2006 WL 2396249; *Smith-Idol*, 2006 WL2927685; *Woodson*, 2006 WL 2796228; *McMahon*, 502F.3d 1331; *Harris*, 2:08-cv-00563(PACER); *Bucklin*, 4:07-cv01522 (PACER); *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d 1373; *Lessin*, 2006 WL3940556; *Potts*, 465 F. Supp. 2d 1245; *Whitaker*, 444 F. Supp. 2d 1277; y *Webster*, 4:05-cv-03030

102 El Juez Brennan autor de la Opinion seminal en *Baker vs. Carr* reconoce este caos al afirmar que “the political question doctrine was comprised of “attributes which, in various settings, diverge, combine, appear, and disappear in seeming disorderliness.” 369 U.S. 186, 210 (1962).

103 Louis Henkin, Is There a Political Question Doctrine?, 85 YALE L.J. 597 (1976); Linda Sandstrom Simard, Standing Alone: Do We Still Need a Political Question Doctrine?, 100DICK. L. REV. 303 (1996). Donde se reconoce las dificultades al afirmar que “there is no workable definition of characteristics that distinguish political questions from justiciable questions, and the doctrine is more amenable to description by infinite itemization than by generalization”.

104 *Oetjen vs. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918) “la conducta de nuestras relaciones exteriores está encomendada por la Constitución a el Ejecutivo y al Legislativo – los departamentos políticos del Gobierno y sus acciones no pueden estar sujetas a revisión judicial.”

105 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

En *Baker vs. Carr*, sin embargo apartándose de *Oetjen*¹⁰⁶ y *Eisentrager*¹⁰⁷ la Corte entiende que los asuntos de política exterior pueden ser revisados: “*it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance.*”¹⁰⁸

El problema es que *Baker vs Carr* no era un caso de la Corte que estuviese vinculado con las relaciones exteriores. En consecuencia se deberá analizar otros casos que si tienen relación con la función militar.

V. i. Gilligan vs Morgan: La Cuestión Política aplicada a las Funciones Militares.

Martin vs. Mott,¹⁰⁹ es uno de los primeros casos donde la Corte entiende que el Presidente, actuando bajo autoridad del Congreso, tenía poderes exclusivos y no revisables para determinar cuando se debía convocar a las milicias.¹¹⁰

Sin embargo es *Gilligan vs. Morgan* quien mejor ilustra los problemas relacionados con las cuestiones militares.¹¹¹ El caso surge de un incidente en la Universidad de Kent, cuando los miembros de la Guardia Nacional de Ohio hirieron y mataron a varios estudiantes en 1970.¹¹² La Corte en *Gilligan* revé una cuestión relacionada con las decisiones de índole militar de la Guardia Nacional de Ohio. Rechaza la demanda y cita la opinión del Juez Caltabrezi en la decisión de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito¹¹³ que elixó que: el *test* de Baker no permite la revisión judicial del entrenamiento y equipamiento de la Guardia Nacional: Basado en esta decisión pareciera ser que otorga una guía en los parámetros y limitaciones a la revisión judicial de actividades militares.¹¹⁴ Sin embargo otra interpretación de *Gilligan*, sugerida por la Corte en un caso posterior, con-

106 *Oetjen, vs. Central Leather Co.* 246 U.S. at 297

107 *Johnson vs. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

108 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211.

109 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827). Es este uno de los casos fundamentales definiendo los poderes militares del Presidente, donde la Corte Suprema revoca decisiones de Cortes estatales y el Juez Joseph Story declaró que el Presidente había actuado de acuerdo al Artículo I Sección 8, al convocar a las milicias y regularlas. El Presidente como Comandante en Jefe tenía la autoridad para determinar estas exigencias. *Martin vs. Mott* fue un precedente que utilizaría Abraham Lincoln en los inicios de la Guerra de Secesión, y el primer caso de una larga serie definiendo y aumentando los poderes militares del Ejecutivo.

110 *Martin vs. Mott* 48 U.S.44.

111 *Gilligan vs. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973)

112 *Gilligan, vs Morgan* 413 U.S. 11(1973)

113 *Gilligan vs. Morgan*. 8. “I believe that the congressional and executive authority to prescribe and regulate the training and weaponry of the National Guard, as set forth above, clearly precludes any form of judicial regulation of the same matters. I can envision no form of judicial relief which, if directed at the training and weaponry of the National Guard, would not involve a serious conflict with a “coordinate political department; . . . a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving the question; . . . the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; . . . the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the for federal courts to assume its demise...” Any such relief, whether it prescribed standards of training and weaponry or simply ordered compliance with the standards set by Congress and/or the Executive, would necessarily draw the courts into a nonjusticiable political question.”

114 *Gilligan vs. Morgan* 10-11 En las propias palabras de la Corte “The complex, subtle, and professional decisions as to the composition, training, equipping, and control of a military force are essentially professional military judgments, subject always to civilian control of the Legislative and Executive Branches. The ultimate responsibility for these decisions is appropriately vested in branches of the government which are periodically subject to electoral accountability. It is this power of oversight and control of military force by elected representatives and officials which underlies our entire constitutional system; the majority opinion of the Court of Appeals failed to give appropriate weight to this separation of powers.” Id. at 10-11

vierte en un factor determinante si los demandantes solicitaban resarcimiento de daños materiales por conductas pasadas.¹¹⁵ En *Gilligan* la Corte afirmó que: “*This is not a case in which damages are sought for injuries sustained during the tragic occurrence at Kent State. Nor is it an action seeking a restraining order against some specified and imminently threatened unlawful action. Rather, it is a broad call on judicial power to assume continuing regulatory jurisdiction over the activities of the Ohio National Guard.*”

En *Scheuer* se trataba solamente de una demanda monetaria, pero en un escenario que implicaba a los militares.¹¹⁶ Una Corte que distingue entre medidas cautelares y de daños monetarios, como se establece en *Gilligan* y *Scheuer*, estaría analizando casos e infiriendo tendencias para determinar la aplicación de la doctrina de la cuestión política.¹¹⁷

Esta dicotomía entre las formas de remedio a daños, solo nos demuestra la dificultad de encontrar un patrón claro de análisis en los casos relacionados con las actividades o funciones militares.

Las mismas dificultades vuelven a surgir en casos relacionados con contratistas militares en Afganistan e Iraq, donde se observa que se expande la aplicación de la doctrina a los contratistas en el campo de batalla, o en escenarios similares al mismo.

Las decisiones a analizar en consecuencia son dispares, además de tener poca claridad y consistencia; sin contar con el silencio del Gobierno que aumenta la incertidumbre al respecto.

V. ii. Demandas a Interrogadores e Intérpretes. Casos Saleh e Ibrahim.

Saleh e Ibrahim, se relacionan con las demandas realizadas por ex detenidos iraquíes contra interrogadores e intérpretes contratados,¹¹⁸ que en su defensa han invocado la cuestión política.¹¹⁹ Los demandantes alegaban que dos contratistas gubernamentales CACI, que proveía interrogadores, y Titan intérpretes torturaron ilegalmente a los demandantes detenidos en Iraq.¹²⁰ La importancia del caso no radica en el análisis que hicieron las Cortes de la cuestión política, sino precisamente en el que no realizaron, al no considerar que la interrogación de prisioneros sea una función que únicamente el Gobierno puede realizar de acuerdo a la obligación textual establecida en los *tests* de *Baker*.¹²¹ Ambos casos son emblemáticos de la creciente dificultad en la aplicación de la doctrina a los contratistas en tiempos de guerra.

115 *Scheuer vs. Rhodes* - 416 U.S. 232 (1974)

116 *Scheuer vs. Rhodes*, 416 U.S. 232 (1974), desestimada posteriormente por *Harlow vs. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982). En este se afirma que: “government officials performing discretionary functions generally are shielded from liability for civil damages insofar as their conduct does not violate ‘clearly established’ statutory or constitutional rights of which a reasonable person would have known.”. 457 U.S. 815-819.

117 *Baker vs. Carr* 369 U.S. 211 (1962).

118 Casos similares son: *Al-Shimari vs. CACI*, No. No. 08-0827, 2009 U.S. Dist. LEXIS 29995, (E.D.Va. Mar. 18, 2009) and *Al-Quraishi vs. Nakhla*, 8:08-cv-01696-PJM (D. Md. June 30, 2008) (PACER).

119 *Saleh vs. Titan & CACI*, 436 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2006); *Ibrahim vs. Titan & CACI* (Ibrahim I), 391 F. Supp. 2d 10 (D.D.C. 2005).

120 *Saleh*, 436 F. Supp. 2d 55; *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d 10.

121

Las cortes están llamadas a decidir y evaluar los intereses del Gobierno Federal. En este caso la inteligencia militar derivada de interrogatorios en el campo de batalla y los conflictos con esos intereses.

En diferentes instancias el sistema judicial rechaza las demandas de *Saleh* y de *Ibrahim*.¹²² El análisis utilizado por las Cortes de Distrito al rechazar el caso contra los intérpretes pero no contra los interrogadores es interesante. Se determina que “the treatment of prisoners during wartime undoubtedly implicates uniquely federal interests.”¹²³ En términos de los parámetros de Baker, la función de intérprete no se relacionaría tan estrechamente con la función ejecutiva. Siendo que la interrogación de enemigos sospechosos en tiempos de guerra es una función propia del Ejecutivo, sin embargo se contrata a una entidad no gubernamental. Si es una función gubernamental, el uso de contratados para interrogar viola las disposiciones que establecen que “the gathering and analysis” of tactical intelligence is considered “an inherently governmental function barred from private sector performance.”¹²⁴ En el año 2003 la Oficina de Gerencia y Presupuesto de la Casa Blanca (OMB) establece que todas las agencias gubernamentales realizarán esas actividades con personal gubernamental.¹²⁵ Asimismo en el 2004 el Ejército reconoce que el uso de interrogadores contratados violaba las determinaciones y la política establecida en el año 2000.¹²⁶ Eventualmente el Congreso también toma posición sobre el tema en la *National Defense Authorization Act* del 2009 que prohibía el uso de los mismos en zonas de combate.¹²⁷ Pero esto lleva a que la Oficina Ejecutiva del Presidente declare que: “The Administration strongly objects to requirements that would prevent the Department of Defense from conducting lawful interrogations in the most effective manner by restricting the process solely to government personnel; in some cases, a contract interrogator may possess the best combination of skills too btain the needed information. Such a provision would unduly limit the United States ability to obtain intelligence needed to protect Americans from attack”. El Congreso posteriormente decide enmendar la NDAA y modificó la disposición que

122 La Corte de Distrito rechaza las reclamaciones contra los intérpretes en base a las excepciones de la *Federal Claims Torts Act*. *Ibrahim vs. Titan*, 556 F. Supp. 2d 1 (D. D.C. 2007). Entendió que los intérpretes, y no los interrogadores estaban bajo el control del Gobierno. Esto es problemático, ya que son los interrogadores los que estaban en un contacto, inclusive físico más cercano con los detenidos y la interrogación es una función inherentemente gubernamental. Finalmente la Corte de Apelaciones de el Circuito DC confirma el rechazo de las reclamaciones contra los intérpretes y rechaza a la Corte de Distrito eximiendo también de reclamos a los interrogadores. *Saleh vs. Titan Corp.*, 580F.3d 1 (D.C. Cir. 2009).

123 La palabra “tratamiento” se aplicaría mas los interrogadores de CACI que los intérpretes de Titan. *Ibrahim I*, 391 F. Supp. 2d. at 18.

124 Memorandum from the Assistant Secretary for the Army for Manpower and Reserve Affairs to the Deputy Chief of Staff for the Army for Intelligence (Dec. 26, 2000), available at http://projects.publicintegrity.org/docs/wow/25-d_Intelligence.pdf (el mismo establece que: “at the tactical level, the intelligence function under the operational control of the Army performed by military in the operating forces is an inherently Governmental function barred from private sector performance.” and “gathering and analysis of tactical intelligence...requires the exercise of substantial discretion in applying Government authority because intelligence at the tactical level is integral to the application of combat power by the sovereign authority.”).

125 Executive Office of the President, Office of Management and Budget, CIRCULAR NO. A-76 (Revised) (May 29, 2003). Joel Brinkley, *The Reach of War: Intelligence Collection; Army Policy Bars Interrogations by Private Contractors*, N.Y. TIMES, June 12, 2004, <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9E0DE3D81230F931A25755C0A9629C8B63&sec=&spn=&pagewanted=all>.

126 While not revoking the 2000 policy determination, Army officials in Iraq claimed that they “retain the right to make exceptions” and that “in light of 9/11 and the war on terror, the world is a different place than it was when that was written in 2000.”

127 S. 3001, 110th Cong. § 1036 (2008) (as reported by the S. Comm. On Armed Services, May 12, 2008); H.R. 5658 § 1077, 110th Cong.

prohibía el uso de interrogadores contratados”¹²⁸

Las declaraciones del Ejército de que la interrogación de prisioneros es una función inherentemente gubernamental serían favorable a que se considerase a los interrogadores como con derecho a invocar la cuestión política y considerada como un *textual commitment* de acuerdo a *Baker* de que la interrogación es una función del Ejecutivo. Que el Ejército después viole sus propias reglas e intervenga el Congreso solo refuerza la aplicación de la doctrina, y los interrogadores podrían aducir que si la Justicia opina donde ya ha opinado el Ejecutivo y el Legislativo, constituiría “una falta de respeto a otras ramas del Gobierno.”¹²⁹ Asimismo las Cortes no podrían tomar el tema de los interrogadores cuando el Ejecutivo ya había afirmado algo (y hecho otro) y el Congreso se había expresado. Esto también violaría el test de *Baker* referido a múltiples pronunciamientos por varios departamentos sobre una misma cuestión. “

La Corte Suprema rechaza el caso *Saleh vs Titan Corporation* con el argumento de la doctrina de la “*battlefield preemption*.” El mismo establece que “*During wartime, where a private service contractor is integrated into combatant activities over which the military retains command authority, a tort claim for damages arising out of the contractor’s engagement in such activities shall be preempted.*”¹³⁰

V. iii. Ataques de Insurgentes.

La aplicación de la doctrina de la cuestión política a contratistas en tiempos de guerra también se da en casos de ataques en Iraq y Afganistan.

En estos casos reaparecen las inconsistencias y son *Fischer, Lane, y Smith-Idol* de los tribunales federales de Texas los cuales presentan contenidos divergentes en relación a la aplicación de la doctrina a demandas de empleados contratados, originadas en ataques de insurgentes.¹³¹

Los demandantes eran choferes de camiones que trabajaban para *KBR, Kellogg Brown & Root* en Iraq, y que fueron heridos o muertos por insurgentes en acciones contra los convoyes logísticos en Abril del 2004.¹³²

KBR operaba los convoyes de acuerdo a un contrato con el Ejército, referido a la

128 National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2009, PUB. L. NO. 100-417 § 1057(2008). The sense of Congress is titled “Interrogation of Detainees by Contractor Personnel” and states that: It is the sense of Congress that— (1) the interrogation of enemy prisoners of war, civilian internees, retained persons, other detainees, terrorists, and criminals when captured, transferred, confined, or detained during or in the aftermath of hostilities is an inherently governmental function and cannot appropriately be transferred to private sector contractors

129 *Baker vs Carr*, 369 U.S. at 217 (1962).

130 Cert. denied 131 S. Ct. 3055 (2011)

131 Al nivel de Cortes de Distrito están los Casos *Fischer vs. Halliburton*, 454 F. Supp. 2d 637 (S.D. Tex. 2005); *Lane vs. Halliburton*, No. H-06-1971, 2006 WL 2396249 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); y *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. H-06-1168, 2006 WL 2927685 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006). En las Cortes de Apelaciones *Lane vs. Halliburton (Lane Appeal)*, 529 F.3d 548 (5th Cir. 2008), *Woodson vs. Halliburton*, No. H-06-2107 2006 WL 2796228 (S.D. Tex. Sept. 28, 2006) En todos los casos se rechaza por aplicación de la cuestión política

132 *Fischer vs. Halliburton*, 454 F. Supp. 2d 637 (S.D. Tex. 2005); *Lane vs. Halliburton*, No. 06-1971, 2006 WL 2396249 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. 06-1168, 2006 WL 2927685 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006).

provisión de servicios de apoyo a las operaciones militares en Iraq.¹³³ Los demandantes reclamaron que en la etapa de contratación la empresa actuó con dolo al no informar intencionalmente de los peligros que había en Iraq.¹³⁴ Al mismo tiempo se afirmó que la corporación KBR tenía el control sobre los tiempos y modos relacionados con las rutas de convoyes; y al actuar en forma negligente su conducta fue causante de las heridas y decesos ocurridos.¹³⁵

Los demandados responden rechazando las reclamaciones, y entre otras defensas, se menciona la doctrina de la cuestión política. KBR afirma que era el Ejército y no la empresa quien controlaba el despliegue y protección de los convoyes. Asimismo las decisiones que la empresa tomaba estaban tan interrelacionadas con las del Ejército que la Corte no tenía jurisdicción, de acuerdo a la doctrina de la cuestión política.¹³⁶ Por su parte los demandantes entendían que la cuestión política no se aplicaba porque la demanda “*involves claims by civilians, not military personnel, questions KBR’s actions as civilian contractors, not the Army’s execution of a mission.*” and alleged that KBR, not the Army, directed the convoys in question, “*making inquiry into military decisions and rules of engagement unnecessary.*”¹³⁷

La Corte de Distrito rechaza los tres casos en base a razones vinculadas en la cuestión política ya que la naturaleza de la acción se ceñía a tres de los parámetros de *Baker vs. Carr*.¹³⁸ *Baker* también requiere una determinación sobre la posibilidad que la cuestión política surja a lo largo del juicio y no solamente si es evidente al inicio de la demanda.

133 *Fisher vs. Halliburton* 454 F. Supp. 2d 638.

134 *Id.* 639; *Lane*, 2006 WL 2396249, 1; *Smith-Idol*, 2006 WL 2927685, 1.

135 *Fisher*, 454 F. Supp. 2d at 639

136 KBR argumenta que: *The Complaint necessarily raises issues regarding the conduct of military operations during armed conflict that are committed to the discretion of the political branches of government. Further, no judicially manageable standards exist to evaluate the propriety of the issues here, including: whether the military adequately considered security concerns and supply needs when it planned, scheduled, and deployed the fuel supply convoy; whether it assigned force protection sufficient to deal with potential threats along the convoy route it selected; whether it properly evaluated the level of threats present on that route; and whether it properly trained, prepared, and equipped the military personnel providing force protection to the convoy.* Motion to Dismiss 36, *Lane vs. Halliburton*, No. H-06-1971 (S.D. Tex. Sept. 26, 2006); Motion to Dismiss 29-30, *Smith-Idol vs. Halliburton*, No. H-06-1168 (S.D. Tex. Oct. 11, 2006).

137 *Fisher*, 454 F. Supp. 2d 641. Los demandantes argumentaron que en el contrato se establecía que KBR “manejaría y dirigiría sus propios convoyes.” 642. Asimismo adjuntaron una publicación del Ejército intitulada “*Contractors on the Battlefield*” para apoyar la proposición de que los comandantes militares no tenían control directo sobre los contratistas o sus empleados.” 642

138 *Id.* 639-44. De acuerdo al primer test de *Baker* el llamado *textual commitment* a una rama del Gobierno, estimó que “no podía juzgar un caso en un campo de batalla durante tiempos de guerra sin una intrusión no permitida en los poderes expresamente conferidos al Ejecutivo por la Constitución.” La Corte también considera aplicable el segundo test de *Baker*, que es la ausencia de estándares manejables de investigación. Si bien los demandantes entendían que el foco del juicio era en las acciones de KBR y no del Ejército, la Corte entendió que debía examinar ambas y la función judicial carecía de estándares para esa tarea. Entendió que intentar resolver la cuestión era igual a examinar las políticas del Ejecutivo en tiempos de guerra y no lo haría. Cita también el caso *Occidental of Umm Al Qaywayn v. Certain Cargo of Petroleum (Occidental)*, 577 F.2d 1196, 1202 (5th Cir. 1978)). En el mismo se afirma entre otros considerandos, algunos de los cuales otorgan una visión hobbesiana de las relaciones internacionales que: “*The issue of sovereignty is political not only for its impact on the executive branch, but also because judicial or manageable standards are lacking for its determination. To decide the ownership of the concession area it would be necessary to decide (1) the sovereignty of Abu Musa, (2) the proper territorial water limit and (3) the proper allocation of continental shelf. A judicial resolution of the dispute over Abu Musa between Iran and Sharjah is clearly impossible. In their external relations, sovereigns are bound by no law; they are like our ancestors before the recognition or imposition of the social contract. A prerequisite of law is a recognized superior authority whether delegated from below or imposed from above where there is no recognized authority, there is no law. Because no law exists binding these sovereigns and allocating rights and liabilities, no method exists to judicially resolve their disagreements. The ownership of the island, and derivatively its waters, has long been the subject of dispute. Were we to resolve this dispute we would not only usurp the executive power, but also intrude the judicial power beyond its philosophical limits.*”

Así “even if KBR had authority to deploy or recall convoys, the court would still need to determine whether the Army could or should have countermanded that order.”¹³⁹ El Tribunal en consecuencia, estimó que debería reemplazar el criterio del Ejército por el suyo propio para aceptar la demanda.¹⁴⁰

Los demandantes apelaron a la Corte del Quinto Circuito e intentaron enmarcar la demanda como un caso de daños de un civil empleado por un contratista privado que proveía servicios logísticos no militares en Iraq. En consecuencia si bien el conflicto en Iraq tenía tonos políticos; el mismo no obstaba a que la cuestión pudiera ser juzgada.

KBR alega en la Apelación que “si esos casos fueran adjudicados requeriría que la Corte de Distrito conjeturase sobre las políticas militares de los Estados Unidos y las decisiones relacionadas con las apelaciones y estas estarían prohibidas en consecuencia por la doctrina de la cuestión política”¹⁴¹

Los reclamos deben ser analizados como van a ser juzgados y no como son presentados, por ello la Corte de Apelaciones reconoció que las reclamaciones estaban establecidas con el trasfondo de las acciones militares de los Estados Unidos en Iraq, y comprendidos en una de las áreas tradicionales de aplicación de la doctrina de la cuestión política, que es la de impedir la revisión de decisiones realizadas por el Ejecutivo en tiempos de guerra. Pero afirmó asimismo que los tiempos en que todas las cuestiones relacionadas con las relaciones exteriores eran consideradas políticas ya habían pasado, y citó a *Baker* entendiendo que: “it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance”.

La Corte de Apelaciones no estuvo de acuerdo con el Tribunal inferior en la aplicación de los parámetros de *Baker* y de acuerdo a el Quinto Circuito “el primer test de *Baker* se refiere a acciones de del Gobierno Federal. De allí que es KBR quien debe probar que la decisión estaba hecha en base a las directrices militares y que además la misma no está sujeta a revisión.”

El Tribunal fue más benigno al análisis de la Corte de Distrito con el segundo parámetro de *Baker*, que es la falta de estándares manejables por el Poder Judicial.¹⁴² Entendió que este test era el más importante y crítico en *Lane* “porque al menos algunas de las consideraciones deberían llevar al análisis de que es considerado una protección adecuada a los convoyes.”¹⁴³ La Corte de Distrito deberá ajustar los criterios de responsabilidad por daños a un ambiente no hospitalario o peligroso que era donde KBR operaba pero que eso no era algo sujeto a no revisión.¹⁴⁴ Se debería en consecuencia juzgar las políticas y acciones de

139 Id. 643. La Corte agrega que la evidencia demostraba que el Ejército era parte integral en las decisiones de desplegar y proteger los convoyes.

140 Appellants’ Brief 2, *Lane vs. Halliburton*, 529 F.3d 548 (5th Cir. 2008) (No. 06-087483. Id. La Corte hizo una lista de los ejemplos de las áreas que entendía que existiría una intromisión sustituyendo su juicio por el del Ejército y esas áreas serían: “what intelligence the Army gave to KBR about the route, whether that intelligence was sufficient, what forces were deployed with the convoys, whether they were sufficient, and whether they performed properly.”

141 Appellees’ Brief 1, *Lane vs. Halliburton*, 529 F.3d 548

142 *Lane*, 529 F.3d 556.

143 *Lane*, 529 F.3d 556.

144 Id. 563 refiriéndose a *McMahon*, 502 F.3d 1363-64).

KBR y no del Ejército.¹⁴⁵ La aplicación de los criterios tradicionales de la responsabilidad por daños permitió así que el Tribunal lo analice sin confrontar una cuestión política, y en consecuencia se podía atender las reclamaciones.¹⁴⁶

En definitiva en relación a los ataques de insurgentes a los convoyes, los mismos no resultaron en el Caso *Lane* en la aplicación de la doctrina de la cuestión política.¹⁴⁷

Las Cortes son más proclives a desestimar una demanda si entienden que el Ejército está al control de las acciones de los contratistas relevantes al caso de daños. El resultado dependerá si se analiza en forma macro al refrirse a la toma de decisiones de los asuntos externos y a los poderes de Comandante en Jefe del Ejecutivo en lo relacionado con la invasión a Iraq. Al otro lado del espectro en el nivel micro de la toma de decisiones, la investigación se enfoca en si el Gobierno o el contratista controla el movimiento logístico del convoy de un punto a otro de un determinado recorrido y en que condiciones el mismo se realiza.

V. iv. Accidentes en Convoyes y Aeroplanos.

En *Whitaker*¹⁴⁸ y *Carmichael*,¹⁴⁹ las cortes de Distrito de Georgia entendieron que la doctrina de la cuestión política impedía analizar el nivel militar de control sobre las operaciones de convoyes en Iraq. Sin embargo en ninguna de las decisiones las cortes vinculan el control militar a la causa del accidente ni en forma próxima ni remota. No queda claro que decisiones militares estaban tan inextricablemente unidas al caso que impedían la revisión.

En *Whitaker*, un soldado norteamericano muere en Iraq en Abril del 2004 escoltando un convoy logístico de KBR, debido a una colisión entre camiones.¹⁵⁰ Sus padres inician la demanda entendiendo que había estándares para la revisión. En la contestación KBR entiende que la demanda debe ser rechazada en base a la cuestión política.¹⁵¹ La U.S. District Court for the Middle District of Georgia le otorga la razón a KBR entendiendo que la operación de convoy fue planeada por los militares, que determinaban la ubicación de los vehículos en el convoy, así como la velocidad y la distancia entre los mismos.¹⁵²

La Corte entendió que si bien no estaban relacionadas con actividad insurgente las maniobras eran diferentes a las de conducir en una autopista de los Estados Unidos: "the

145 *Lane v. Halliburton (Lane Appeal)*, 529 F.3d 548, 563 (5th Cir. 2008)

146 *Lane Appeal*, 529 F.3d 556

147 En *Smith v. Halliburton*, No. H-06-0462, 2006 WL 2521326 (S.D. Tex. Aug. 30, 2006) se entendió que la doctrina de la cuestión política prevenía que la Corte analizase un caso presentado por familiares de un empleado de KBR que muere cuando un suicida armado con una bomba se hace estallar en un comedor dentro de una base militar en Iraq. La Corte determina que es el Ejército y no KBR quien es responsable por la seguridad y por la protección. Si la demanda continuara la Corte debería conjeturar las decisiones del Ejército de los Estados Unidos si bien o en forma aparente pareciera que solo contra los contratistas militares.

148 *Whitaker v. KBR*, 444 F. Supp. 2d 1277 (M.D. Ga. 2006)

149 *Carmichael v. KBR (Carmichael I)*, 450 F. Supp. 2d 1373 (N.D. Ala. 2006), *aff'd*, *Carmichael v. KBR (Carmichael Appeal)*, 572 F.3d 1271 (9th Cir. 2009).

150 *Carmichael Appeal*, 572 F.3d at 1278.

151 *Whitaker v. KBR*, 444 F. Supp. 2d 1277 (M.D. Ga. 2006).

152 . *Id.* at 1282.

*question here is not just what a reasonable driver would do—it is what a reasonable driver in a combat zone, subject to military regulations and orders, would do.*¹⁵³ El rechazo de la Corte, sin embargo, no profundiza porque las circunstancias eran diferentes de una colisión común; ni trató porque la sujeción de Whitaker a las reglas militares y órdenes se vinculaban al accidente.

En Mayo de año 2004 el Sargento Keith Carmichael actuaba como escolta militar y pasajero en un vehículo de la KBR en Iraq cuando el conductor pierde el control del vehículo que termina en un barranco.¹⁵⁴ Carmichael sufre graves heridas y su esposa demanda a la compañía.¹⁵⁵ La District Court for the Northern District of Georgia inicialmente no acepta la desestimación de la demanda por razones de cuestión política manifestando su desacuerdo con el Caso *Whitaker*.¹⁵⁶ Sin embargo tras más de dos años de análisis, la rechaza en términos similares al caso anterior. Si bien la demanda presenta evidencia de que el convoy no era una operación de combate y que cada conductor tenía discreción en cuanto a la ruta y velocidad,¹⁵⁷ cedió al argumento de que KBR que el apoyo a las operaciones sería cuestionado si se seguía este razonamiento, y se avanzaba con la demanda.¹⁵⁸ Cuando el Tribunal originariamente rechaza la moción de KBR su investigación se enfoca en las acciones del empleado que conducía el vehículo donde se hallaba Carmichael.¹⁵⁹ La Corte declara que *“it is conceivable that at the time of the accident the contractor employee was driving the truck within the speed limit set by the military yet in a manner that was negligent in some other respect.”*¹⁶⁰ Pero luego cambia su posición sin explicar que decisiones militares y el hecho de que el accidente ocurriera en Iraq la hacían diferente para influenciar los elementos de la responsabilidad.¹⁶¹ La apelación también finaliza con resultado negativo.¹⁶²

En cambio en *Potts*, donde las circunstancias de combate sí juegan un rol en el accidente, el Tribunal entiende que la doctrina de la cuestión política no se aplica. Potts trabajaba para *Worldwide Network Services Inc.*, e inicia una demanda contra *DynCorp*, por heridas sufridas a consecuencia de un accidente de tránsito como pasajero de un chofer de esa corporación en Iraq.¹⁶³ Conduciendo a alta velocidad el chofer quiso evitar un

153 La Corte de Distrito asemejó el análisis de la cuestión política en *Whitaker* a una demanda hecha por marineros turcos después que misiles disparados desde un crucero norteamericano durante un ejercicio de entrenamiento, los hirieran. Al igual que en *Whitaker*, el tribunal entendió que no había estándares manejables, y que la decisión sobre el fondo requeriría que la Corte tomase decisiones que eran propias del área de discrecionalidad militar, así como que decidir el caso sería una falta de respeto a las ramas políticas del Gobierno. *Id.* 1280-81 (citando a *Aktepe vs. United States*, 105 F.3d1400, 1403 (11th Cir. 1997)).

154 *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d at 1374.

155 *Carmichael I*, 450 F. Supp. 2d at 1374.

156 *Carmichael I* 1377. En su declaración inicial la Corte afirma que respetuosamente disenta y no seguiría la decisión de *Whitaker*.

157 *Carmichael vs. KBR (Carmichael II)*, 564 F.Supp.2d 1363 (North.District. Georgia. 2008).

158 *Carmichael* 1368.

159 *Carmichael*. 1376.

160 *Carmichael* 1376.

161 La Corte de el Onceavo Circuito también es imprecisa. Ninguno de los Tribunales vincula las condiciones de la ruta a los accidentes, y no existía actividad insurgente. En cambio la Corte discute sobre *“difficult military conditions” which required delicately calibrated decisions based on military judgment, experience, and intelligence-gathering.*

162 *Carmichael Appeal*, 572 F.3d 1271,1278, 1285 (9th Cir. 2009).

163 *Potts v. DynCorp Int'l*, 465 F. Supp. 2d 1245 (M.D. Ala. 2006). 1248. *DynCorp* operaba en Iraq en el marco de un contrato

obstáculo, pensando que podía ser una bomba (*IED*). 164A consecuencia de la maniobra el vehículo vuelca y se incendia, lesionando gravemente a Potts.¹⁶⁵ La Corte rechaza la moción de cuestión política entendiendo que el caso se refería a un “*contrato civil que proveía seguridad no militar a personal no militar para el propósito de entregar material no militar.*”¹⁶⁶ En consecuencia se podía establecer la negligencia aún en situaciones de servicios en una zona de combate, y existiendo estándares judiciales manejables.¹⁶⁷ En este caso había una vinculación entre la responsabilidad por daño y las operaciones militares que era el *IED*. En esta situación que había posibilidad de aplicar la doctrina de la cuestión política, el Tribunal no lo hizo.

No todos los Tribunales sin embargo, han tomado decisiones tan controversiales o laberínticas, al aplicar la doctrina de las cuestiones políticas a contratistas en tiempos de guerra. En *Lessin*¹⁶⁸ y *Mc Mahon*¹⁶⁹ una Corte de Distrito y una de Apelaciones dan ejemplos de cómo resolver las cuestiones políticas con más rigor intelectual y claridad.

Lessin se refiere a un soldado norteamericano herido mientras proveía escolta militar a un convoy logístico de *KBR* en Iraq.¹⁷⁰ Cuando inicia la demanda a *KBR*, esta responde que la misma debe rechazarse basada en la cuestión política.¹⁷¹ La Corte no estuvo de acuerdo entendiendo que no *KBR* no aporta pruebas que las decisiones o políticas militares estaban vinculadas al accidente, el cual era o debía ser considerado un accidente de tránsito con un vehículo cuidado negligentemente.¹⁷²

En forma similar el Onceavo Circuito en *Carmichael* distingue entre la aserción del demandado de que se trata de una cuestión política y los reclamos del demandante junto a la evidencia presentada.¹⁷³ *Mc Mahon* se relaciona con un avión de un contratista que se estrella contra la ladera de una montaña en Afganistán, en Noviembre del 2004. En el accidente fallecen todos los ocupantes, incluyendo a tres miembros de las fuerzas armadas estadounidenses.¹⁷⁴ Familiares de los soldados demandan a *Presidential Airways*. La aerolínea invoca la cuestión política entendiendo que estas cuestiones eran decisiones militares y determinaciones de valor que constitucionalmente deben ser resueltas por las ramas políticas.¹⁷⁵ La Corte de Distrito deniega la moción y *Presidential* apela en forma

relacionado con el Proyecto del Gobierno de Estados Unidos “Oil for food”

164 *Improvised Explosive Device*.

165 *Potts*, 465 F. Supp. 2d 1248.

166 *Potts*. 1250

167 *Potts*. 1253.

168 *Lessin vs. KBR*, No. H-05-01853, 2006 WL 3940556 (S.D. Tex. June 12, 2006).

169 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007). El mismo Tribunal que decide en *McMahon* es el que decide en *Carmichael*. Ambos se refieren a colisiones: en *McMahon* un avión que se estrella en Afganistán y *Carmichael* un vehículo en Iraq sin un aparente nexo a operaciones militares. En *McMahon* se establece que la doctrina de la cuestión política no se aplica y en *Carmichael* si se aplica.

170 *Lessin*, 2006 WL 3940556, at *1.

171 *Lessin*, *2. *KBR* entendió que se aplicaban al caso los cuatro primeros parámetros de Baker.

172 *Lessin*, Id. La Corte reconoció, no obstante, que si las cuestiones de estrategia militar, toma de decisiones u ordenes están relacionadas con una reclamación, la cuestión política está implicada y el caso es inapropiado a revisión judicial.

173 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007)

174 *McMahon vs. Presidential Airways* 1336.

175 Motion to Dismiss 19, *McMahon v. Presidential Airways*, No. 05-1002, (M.D. Fla. Dec. 15, 2005). *were this lawsuit to pro-*

interlocutoria a la Corte del Onceavo Circuito.¹⁷⁶ Este tribunal tampoco acepta los argumentos de la empresa aérea afirmando que: “los militares eligieron el itinerario es decir los puntos de despegue y aterrizaje y el tiempo u horario de vuelo, y era evidente que los demandantes en sus alegaciones no se referían a ninguna de estas áreas de discrecionalidad y responsabilidad militar.”¹⁷⁷ Asimismo entiende que “volar sobre Afganistan en tiempos de guerra es diferentes que sobre Kansas pero eso no convierte al pleito en no justiciable.”¹⁷⁸ En la opinión del Tribunal en este caso como en cualquier otro de responsabilidad por daños referidos a un accidente aéreo la corte deberá determinar si las acciones se tomaron o no con negligencia.¹⁷⁹

V. v. El Rol del Gobierno en las Acciones Judiciales contra los Contratistas.

Debe destacarse una cuestión de importancia, como es la ausencia del Gobierno en estos casos. La misma complica la situación, pues se trata de accidentes donde las defensas presentadas se relacionan con la conducta del Ejecutivo en dos guerras complejas, con mucha más participación de contratistas privados que en cualquier conflicto anterior.

Desde el Siglo XVII no han existido dos guerras con tanto apoyo de actores militares privados. A consecuencia de ello, las firmas de contratistas están inmersas en las tareas de intervención, mantenimiento de paz, y ocupación.

Las razones de esta situación son varias; abarcan desde la reducción de las fuerzas armadas en áreas logísticas, una mayor sofisticación de sistemas de armas, y el intento de ganar eficiencia a través de la privatización. A pesar de la creciente importancia de estos casos, el Gobierno ha estado ausente en los litigios sobre responsabilidad por daños. El hecho de que el Ejecutivo no intervenga no es óbice para que el Tribunal aplique la doctrina de la cuestión política.¹⁸⁰ Pero se plantea la cuestión de que puede inferir un Tribunal del silencio del Ejecutivo cuando el contratista esta planteando la cuestión como política.

Para responder a esta cuestión, debe analizarse la cuestión política más allá de estos casos. El Noveno Circuito entendió que el silencio era un factor neutral,¹⁸¹ mientras que

ceed, [the district court] would inevitably be asked to resolve a number of military ‘policy choices and value determinations,’ such as why the DoD specified, among other things, the aircraft type, the aircraft equipment, and the pilot qualifications and approved executive branch, including military decision-making and the conduct of military operations.

176 *McMahon v. Presidential Airways* 1336

177 *McMahon v. Presidential Airways*. at 1360.

178 Id.1364. La Corte modifica la caracterización de la relevancia de Afganistan a la colisión en *MacMahon*. En el Caso *Carmichael* el Onceavo Circuito se refiere al vuelo como un vuelo mas o menos de rutina y el hecho de que se estrella en Afganistan es incidental. *Carmichael Appeal*, 572 F.3d 1271, 1290-91 (9th Cir.2009). La Corte establece que las actividades militares en Afganistan no estaban relacionadas con el accidente, mientras que la operación de convoyes para entregar combustible en *Carmichael* era central a los propósitos militares. Id. 1291. Si bien entregar combustible es importante el avión en *McMahon* transportaba tres miembros de las Fuerzas Armadas. *McMahon I*, 502 F.3d at 1336

179 *McMahon I*, 502 F.3d 1364 (9th Cir. 2007).

180 *U.S. vs. Muñoz-Flores*, 495 U.S. 385, 394 1990. Afirmando que la identidad de las partes es inmaterial para la aplicación de la doctrina de la cuestión política en un caso.

181 *Alperin vs. Vatican Bank*, 410 F.3d 532, 556 (9th Cir. 2005). En el caso *Assicurazioni Generali S.p.A. Holocaust Insurance Litigation*, 340 F. Supp 2d 494, 506 (S.D.N.Y. 2004) se establece que “the Government’s decision to intervene, or not, in a particular case relating to foreign affairs, and what form its intervention should take were it to do so, is informed by a variety of intricate

el Tercer y Onceavo Circuito consideraron que los Tribunales pueden inferir del silencio del Gobierno en casos relacionados con la cuestión política.¹⁸² El Noveno Circuito en *Alperin vs. Vatican Bank* consideró una demanda contra el Banco Vaticano que surgía de una reclamación originada en la Segunda Guerra Mundial.¹⁸³ La Corte afirmó que “la cuestión política en muchas oportunidades acecha en las sombras y no se menciona directamente.”¹⁸⁴ En consecuencia la misma impidió que se procediera con parte de la demanda.¹⁸⁵ El Gobierno no informa al Tribunal si se debe aplicar la cuestión política en *Alperin*, de allí no queda claro si el silencio es una objeción, un asentimiento, o una simple indiferencia a la cuestión. En el mejor de los casos se lo considera algo neutral.¹⁸⁶

En una decisión del Tercer Circuito, *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* la cuestión se refería a una fundación que requería fondos para pagar al resarcimiento de víctimas del nazismo.¹⁸⁷ Los Estados Unidos no eran parte en el litigio y en su correspondencia con la Corte se estableció que no tenía posición sobre la justiciabilidad del caso.¹⁸⁸ El Tercer Circuito hizo notar que los Estados Unidos podrían haber intervenido peticionando para participar en los procedimientos como *amicus curiae*, y entendió que la cuestión política no se aplicaba en parte, “porque el Ejecutivo ha declinado tomar una posición formal en la justiciabilidad de este caso.”¹⁸⁹

Mc Mahon es aun mas instructivo ya que el Onceavo Circito entiende que: “notamos que los Estados Unidos, hasta este punto no han intervenido en el caso a pesar de la invitación a hacerlo. La aparente falta de interés de los Estados Unidos refuerza la conclusion de que el presente caso no resulta una cuestión política.”¹⁹⁰

La ausencia del Gobierno en casos vinculados con la cuestión política, es más evidente cuando se los compara con la intervención en aquellos relacionados con otra doctrina vinculada a la no justiciabilidad, que es la doctrina del Acto de Estado.¹⁹¹ En estos el

diplomatic and political consideration that make this sort of inferential reasoning by a courts a perilous enterprise”.

182 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative*, 456 F.3d 363 (3rd Cir. 2006); *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331 (9th Cir. 2007). La Corte de Apelaciones del Circuito D.C., discutió el tema de que el Gobierno no intervino en *Saleh*, pero no en relación a la cuestión política. *Saleh vs. Titan Corp.*, 580 F.3d 1, 10 (D.C.Cir. 2009).

183 *Alperin vs. Vatican Bank* 410 F.3d 556

184 *Alperin vs. Vatican Bank* 538.

185 *Alperin vs. Vatican Bank* 1d. 537.

186 *Alperin vs. Vatican Bank* 556

187 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 456 F.3d 363.

188 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 384-95

189 *Gross vs. German Foundation Industrial Initiative* 363. El Tercer Circuito revierte la decisión del tribunal inferior por el cual la doctrina de la cuestión política se aplicaba.

190 *McMahon vs. Presidential Airways*, 502 F.3d 1331, 1365 (9th Cir. 2007). Esto sugiere que la opinión del Tribunal requiere no solo el silencio del Gobierno, sino el silencio posterior a una invitación expresa a comentar o participar.

191 *Bernstein vs. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatshappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954) As a matter of general interest, the Department publishes herewith a copy of a letter of April 13, 1949 from Jack B. Tate, Acting Legal Advisor, Department of State, to the Attorneys for the plaintiff in Civil Action No. 31-555 in the United States District Court for the Southern District of New York. ‘The letter repeats this Government’s opposition to forcible acts of dispossession of a discriminatory and confiscatory nature practiced by the Germans on the countries or peoples subject to their controls; states that it is this Government’s policy to undo the forced transfers and restitute identifiable property to the victims of Nazi persecution wrongfully deprived of such property; and sets forth that the policy of the Executive, with respect to claims asserted in the United States for restitution of such property, is to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity of the acts of Nazi officials.’

Gobierno desarrolló la llamada *Bernstein Letter* o *Tate Letter*, por la cual el Departamento de Estado informa a la Corte si el Ejecutivo entiende que es de aplicación la doctrina del Acto de Estado al caso pendiente de decisión en el Tribunal.¹⁹²

¿Porque el Gobierno no ha hecho saber su opinión en los casos de los contratistas cuando estos han invocado la cuestión política? Una de las razones puede ser que si el Gobierno expresase su opinión sobre las mismas estaría favoreciendo a una de las partes en el litigio, y en casos donde miembros de los servicios armados demandan a los contratistas el Gobierno desea evitar intervenir. También presentaría problemas para el Gobierno sobre todos en los casos donde se han alegado torturas como en los de los interrogadores e interpretes en Abu Ghraib ya que se estaría violando dos Tratados Internacionales de importancia¹⁹³.

En definitiva la falta de intervención del Gobierno ha jugado un rol de importancia en la aplicación inconsistente de la doctrina de la cuestión política. Eventualmente uno de los casos que llega a la Suprema Corte también es rechazado.¹⁹⁴

La aplicación en estos casos se dificulta por las dos guerras; Iraq y Afganistan, sumado al aumento de contratistas privados en tareas que antes eran estrictamente gubernamentales. En esta tarea ni los jueces ni la doctrina han dado respuestas claras y nuevos casos se sumarán.¹⁹⁵ El Gobierno deberá en consecuencia tomar una posición sobre los contratistas y los tribunales darle un significado diferente a los términos guerra u operaciones militares, ya que varios de los casos analizados poco tenían que ver con condiciones actuales de combate.

VI. El Tratamiento de la Cuestión Política en relación a la Alien Tort Claims Act.

El *Alien Tort Statute* o *Alien Tort Claims Act* es un instrumento jurisdiccional que trata sobre violaciones al derecho internacional, y fue adoptado en 1789 como parte de la *Judiciary Act* original.¹⁹⁶ El mismo también precisa del análisis de criterios relacionados de la cuestión política ya que establece que: "*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty*

192 *Bernstein v. N.V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954)

193 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment, art. 14(1), Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85, 113; S. Treaty Doc. No. 100-20 (1988); 23 I.L.M. 1027 (1984) (requiring "that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation"); International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; S. Exec. Doc. E, 95-2 (1978); S. Treaty Doc. 95-20, 61 I.L.M. 368 (1967) (requiring "that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity").

194 *Saleh vs. Titan Corp.*, 131 S. Ct. 3055 (2011)

195 *Harris vs. KBR*, No. 08-0563 (W.D. Penn. Apr. 22, 2008), Esta demanda fue presentada por los padres del Sargente Ryan Maseth de las Fuerzas Especiales que fue electrocutado mientras se duchaba en una instalación mantenida por KBR. En Agosto del 2013 va a Apelación a la Corte del Tercer Circuito. *Cheryl Harris Co-Administratrix of the Estate of Ryan D. Maseth, deceased; Douglas Maseth; Co-Administrator of the Estate of Ryan D. Maseth, deceased, Appellants vs. Kellogg Brown & Root Services Inc.* No. 12-3204. Decided: August 1, 2013 Esta decisión envía el Caso nuevamente a la Corte de Distrito para que averigüe que ley estatal se aplica, ya que de la misma resultará si la cuestión es justiciable o no. Ver el Caso completo en: <http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1640692.html>

196 28 U.S.C. 1350

of the United States.¹⁹⁷

Es una norma que se invocó en los albores de los Estados Unidos y permaneció prácticamente inmóvil hasta 1980. Desde entonces se la ha utilizado para que ciudadanos extranjeros busquen remedios legales en los Estados Unidos a violaciones por conductas cometidas fuera del territorio estadounidense.¹⁹⁸ Observando las cuestiones problemáticas que estos litigios podrían traer la Corte Suprema en el Caso *Sosa* advirtió que “attempts by federal courts to craft remedies for the violation of new norms of international law, should be undertaken, if at all, with great caution.”¹⁹⁹

En esta materia el análisis textual de la Constitución no es útil en muchos casos para los Tribunales, porque el Ejecutivo asume poderes que no están enumerados en la Constitución. Algunos clasifican estos poderes como plenarios²⁰⁰, y entienden que los mismos pueden derivarse de la Constitución extrapolar los poderes enumerados y la cláusula del Artículo II.²⁰¹ Otra teoría sigue el razonamiento de la Corte Suprema en *United States vs. Curtiss-Wright Export Corporation*, y sugiere que esos poderes no están implícitos y son extra constitucionales.²⁰²

Este punto de vista es importante porque entiende que un Tribunal que trata una investigación relativa a una cuestión política a nivel internacional debe tener en cuenta los poderes que surgen de las nociones tradicionales de soberanía, y no tratar a la Constitución como la única fuente de autoridad para la acción del Gobierno.²⁰³

En última instancia ambas teorías validan el ejercicio de poderes más allá de los enumerados en la Constitución.

La teoría de los poderes extra constitucionales entiende que la Constitución juega un rol diferente en el Derecho Internacional que en el Derecho interno. En el derecho doméstico la Constitución establece los poderes y autoriza los actos federales. Sin embargo “[t]he broad statement that the federal government can exercise no powers except those specifically enumerated in the Constitution... is categorically true only in respect of our

197 *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232, 248-49 (2d Cir. 1995) reconociendo que los casos de ATS “pose special questions concerning the judiciary’s proper role when adjudication might have implications in the conduct of this nation’s foreign relations” and may “implicate sensitive matters of diplomacy”

198 *Filártiga vs. Peña-Irala*, (referente a torturas por oficiales paraguayos) 630 F.2d 876 2d Cir. 1980 *Abebe-Jira vs. Negewo*, 72 F.3d 844 (11th Cir.1996) (tortura de prisioneros etiopes); *Kadic vs. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir.1995) (torturas, violaciones y otros abusos por el líder militar serbio); *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467 (9th Cir.1994) (alegando torturas y otros abusos por el Ex Presidente de Filipinas); *Tel-Oren vs. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C.Cir.1984) (reclamando contra Libya por un ataque armado a un ómnibus civil en Israel); *Xuncax vs. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D.Mass.1995) (abusos por las fuerzas armadas de Guatemala)

199 *Sosa vs Alvarez Machain* (03-339) 542 U.S. 692 (2004)742

200 *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 587 (1952) articulando pero no aplicando la teoría de los plenos poderes implícita en el Artículo II.

201 U.S. Constitution. Art. II, §§ 2-3, art III, § 2 delineando los poderes del Ejecutivo y del Judicial.

202 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 315-16 (1936) “The broad statement that the federal government can exercise no powers except those specifically enumerated in the Constitution, and such implied powers as are necessary and proper to carry into effect the enumerated powers, is categorically true only in respect of our internal affairs.”; Ronald Rotunda & John Nowak I Treatise on Constitutional Law. § 6. 1(a) (4th ed. 2010).

203 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 315-16, 319.

internal affairs."²⁰⁴

Internacionalmente la Constitución actuaría como una ley entre las leyes que forman el Derecho Internacional para los Estados Unidos y no la única fuente de derecho.²⁰⁵ En este carácter establece los derechos soberanos de los Estados Unidos pero también limitados o no por el Derecho Internacional. En consecuencia para que un Tribunal analice la separación de poderes en un caso con tintes internacionales debe examinar la Constitución como un límite a la soberanía y no solo como la única fuente de autoridad.

Una de las formas en que la Constitución impone los límites a la autoridad de la soberanía es otorgando los poderes de revisión judicial.²⁰⁶ Específicamente el Artículo III de la Constitución le otorga los Tribunales el poder de jurisdicción sobre cuestiones que surgan de obligaciones procedentes de Tratados internacionales.²⁰⁷ El *Alien Tort Statute* legitimada por la autoridad constitucional del poder judicial y las cláusulas constitucionales referidas al mismo le otorga esa potestad para escuchar o recibir reclamos por violaciones al Derecho Internacional que presentan extranjeros.²⁰⁸

Juntos, el Artículo II y la ATS limitan los poderes soberanos sujetando a ciertos actos a escrutinio judicial. Para justificar esta limitación a los derechos soberanos de las naciones de esta manera la separación de poderes requerirá que una tribunal que examine una cuestión de este tipo deba investigar en primer lugar si la Constitución específicamente autoriza las acciones de las ramas políticas.²⁰⁹

Si la acción está constitucionalmente delegada al Ejecutivo o Legislativo la acción o investigación de la Corte se detiene, ya que cualquier revisión entraría en el ámbito de los otros poderes. Ahora si la Constitución no establece que esa área le pertenece a los mismos, la corte determinará de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

En consecuencia aparece un área discrecional compuesta por el derecho internacional y los derechos de otros Estados soberanos con la opción de no revisar esas cuestiones de acuerdo a la doctrina de la cuestión política.

Los límites de del Poder Judicial estarían establecidos aún por los parámetros de *Baker*, ya que si bien en *Sosa* no se menciona la cuestión política se establece que debe haber precaución al revisar las acciones del Ejecutivo en materia de relaciones exteriores.²¹⁰

204 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 U.S. 315-16.

205 Ved Nanda & David Pansius, 3 *Litigation of International Disputes in U.S. Courts* § 14:4 (2010).

206 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 462 (1964) En su Opinión Disidente el Juez White afirmó que el amplio mandato que la Constitución da al Poder Judicial impide la acción exclusiva del Ejecutivo en asuntos externos. En el caso ya mencionado de *Japan Whaling Association*, 478 U.S. 230 se establece que las decisiones del Ejecutivo en asuntos exteriores pueden estar sujetas a la interpretación del Poder Judicial en materias de Derecho Internacional.

207 U.S. Constitution. Art. III. Cl.2 Esta cláusula otorga jurisdicción en controversias con Estados extranjeros.

208 28 U.S.C. §1350; M. Anderson Berry, *Whether Foreigner or Alien: A New Look at the Original Language of the Alien Tort Statute*, 27 *Berkeley Journal International Law* 316 (2009). En el mismo se hace notar que la jurisdicción puede estar limitada a extranjeros residentes en los Estados Unidos.

209 *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. 996, 998 (1979).

210 *Sosa*, 542 U.S. at 728

La Corte en *Sosa* entendió que ni el derecho internacional ni la Constitución prohibían categóricamente la revisión judicial de cuestiones internacionales.²¹¹ Pero si bien reconoce la jurisdicción, debe haber precaución y comunicación con el Ejecutivo en un análisis de caso por caso.²¹² En su conclusión la Corte rastrea la historia de la ATS y sus raíces en el derecho internacional.²¹³ Realizando este análisis histórico separa el Derecho Internacional en dos esferas: una dedicada a las ramas políticas y otra a las judiciales.²¹⁴ Estas esferas eran consideradas distintas en el Derecho Internacional.

Al aplicar la revisión judicial de normas internacionales en el contexto de reclamos individuales, la Corte los limita al afirmar que en los casos de *Alien Tort Claims* "there is a strong argument that federal courts should give serious weight to the Executive Branch's view of the case's impact on foreign policy." Las acciones basadas en normas de Derecho Internacional podrían entrar en el área discrecional del Ejecutivo en el ámbito de las relaciones exteriores.

En consecuencia emerge un rol reducido de las Cortes federales analizando determinadas causas definidas. Esta limitación marca una mayor separación de poderes que en *Baker*, si bien tampoco convierte a las cortes en esclavas del Ejecutivo en materia de relaciones internacionales. En la práctica estas revisiones toman dos formas: la Corte del Segundo Circuito entiende que la ATS otorga jurisdicción y asimismo estándares judiciales manejables que no requieren determinaciones políticas, y esta posición ya lo mantenía desde *Filartiga*.²¹⁵

En *Alperin vs. Vatican Bank*, el Noveno Circuito no estuvo de acuerdo con esta simplificación de los parámetros de *Baker* y realiza un análisis que toma en cuenta todos los parámetros,²¹⁶ analizando el reclamo y su impacto en las relaciones exteriores.²¹⁷ Este criterio del Noveno Circuito enfocando el análisis de la cuestión política en la especificidad y el impacto o inmediatez de la reclamación, ha tenido seguidores.

Así se han aceptado reclamos contra corporaciones,²¹⁸ y acciones relacionadas con

211 *Sosa* 712, 714. En efecto la Corte explica que el Derecho Internacional consuetudinario permite la revisión judicial de reclamaciones individuales relacionadas a violaciones al mismo.

212 *Sosa*. 733 n.21

213 *Sosa* 714-15.

214 La Corte distingue esas esferas por el contenido, explicando que el aspecto político del Derecho Internacional se relaciona con la formación y el mantenimiento de las normas de conducta entre Estados; mientras que el aspecto judicial se relacionaba con las cuestiones de conducta individual. Esta esfera eran normas regulando conductas individuales situadas fuera de los límites estatales y llevando un marcado tinte internacional.

215 *Klinghoffer vs. S.N.C. Achille Lauro*, 937 F.2d 44, 49 (2d Cir. 1991). *Kadic*, 70 F.3d at 243 (holding that "universally recognized norms of international law provide judicially discoverable and manageable standards" for adjudicating ATS suits and that these standards obviate any need to make "initial policy decisions reserved for nonjudicial discretion"). Con este razonamiento la corte elimina la necesidad de tener estándares y el test del *textual commitment*. Si bien *Sosa* hizo más estrecho o redujo las normas esto no impide que esas normas tengan estándares manejables para actuar en casos de ATS.

216 En *Alperin* se presentan reclamaciones relacionadas a la conversión de propiedad y crímenes de guerra. 551, 555. La Corte entiende que la naturaleza política de los crímenes de guerra no le niega competencia a los reclamos o reclamaciones relacionadas con la propiedad y rechaza en consecuencia las reclamaciones sobre atrocidades en la guerra. Id.

217 La Corte afirma que en la ausencia de políticas y frente a la falta de objeciones por el Ejecutivo hacen que no se violen los factores número cuatro y cinco de *Baker*. Id. at 555-56. Esto se confirma a través de la falta de interés del Departamento de Estado.

218 *Ibrahim v. Titan Corp.*, 391 F. Supp. 2d 10, 15 (D.D.C. 2005); *Al Shimari*, 657 F.Supp. 2d at 709, 724-25; *Ungaro-Benages v.*

contratistas, porque los demandados eran corporaciones privadas y las acciones de daños contra privados por daños no interfieren con la separación de poderes entre las ramas ejecutivas y judiciales.²¹⁹ Esto es similar a lo establecido en *Alperin* que analiza reclamación por reclamación y no caso por caso como en *Baker*. La acción ha sido facilitada muchas veces por el silencio del Ejecutivo. En cambio ambos Circuitos reconocen que si el Ejecutivo abandona el silencio y expresa su amonestación por la revisión judicial, el análisis de la cuestión como política resulta más complicado. De allí que las Cortes consideraran una cuestión como política en este tipo de casos si hay especificidad y urgencia en las cuestiones.²²⁰

La intervención del Ejecutivo juega siempre un rol de importancia en el rechazo de muchos casos como cuestiones políticas. Casos son rechazados de acuerdo a los tests de *Baker* normalmente se relacionan con temas donde hay una intervención directa del Ejecutivo o se ha pronunciado en forma desfavorable a la adjudicación. Lo mismo en temas de alianzas militares.²²¹ Un ejemplo claro son los casos de demandas de palestinos contra funcionarios del Gobierno de Israel, o aquellos relacionados con dictaduras en América Latina.²²²

En *Matar vs. Dichter*, el Onceavo Circuito rechaza las reclamaciones de los deman-

Dresdner Bank AG, 379 F.3d 1227, 1236 (11th Cir. 2004) ("Federal courts adjudicate claims against foreign corporations every day and can consider the nation's foreign policy interests and international comity concerns in their decisions."); En cambio en *Industria Panificadora, S.A. v. U.S.*, 763 F. Supp. 1154, 1160-61 (D.D.C. 1991), *aff'd*, 957 F.2d 886, (D.C. Cir. 1992), *cert. denied*, 506 U.S. 908 (1992) prima la cuestión política ("While plaintiffs carefully worded their amended complaint to suggest a basis in traditional tort concepts of due care and negligence, their allegations implicate broader political questions that encompass U.S. foreign policy and military operations.").

219 *Al Shimari*, 657 F. Supp. 2d 704.

220 *Alperin*, 410 F.3d 556 "Si el Departamento de Estado hubiera expresado su opinión el hecho pesaría en evaluar en consecuencia el cuarto test de *Baker*." *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20, 23 (D.D.C. 2005), *appeal dismissed*, 473 F.3d 345 (D.C. Cir. 2007), *cert. denied*, 128 S. Ct. 2931 (2008) ("Los Tribunales no abdicar de sus responsabilidades del Artículo II por ordenes del Ejecutivo." *Sarei vs. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193, 1207 (9th Cir. 2007) ("We are mindful of Sosa's instruction to give 'serious weight' to the views of the executive, but we cannot uphold the dismissal of this lawsuit solely on the basis of the SOI"); *Kadic*, 70 F.3d 250 ("una aserción de que la cuestión es política determinada por el Ejecutivo si bien merece una respetuosa consideración no necesariamente impide la adjudicación." *Sarei*, 487 F.3d 1206 ("Without the SOI, there would be little reason to dismiss this case on political question grounds, and therefore... the SOI must carry the primary burden of establishing a political question."); *Kadic*, 70 F.3d 250.83. *South African*, 617 F. Supp. 2d 282 (citando a *City of New York vs. Permanent Mission of India to the United States*, 446 F.3d 365, 376 n.17 (2d Cir. 2006) ("Los puntos de vista del Ejecutivo no prevalecerán si están expuestos en forma vaga y especulativa." *Sarei*, 487 F.3d 1208. I En ausencia de un SOI un Tribunal ha establecido que una ley expresando un consenso legal y codificado entre las ramas del Ejecutivo y del Legislativo tiene un valor similar y puede tener un efecto análogo en el análisis del el tribunal referido a los tres últimos tests o parámetros de *Baker*." *Al Shimari*, 657 F. Supp. 2d 713.

221 Una serie de fallos de la Suprema Corte recientes han reafirmado que el Poder Judicial debe tener el mayor respeto y consideración por el juicio de las autoridades militares en cuestiones relativas a la conducción de una guerra y reconocen que el ámbito de esa discrecionalidad es amplio. *Alperin*, 410 F. 3d 559 (citando a *Hamdi vs. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)); Pero en *Alperin*, 410 F.3d 559 n.17 se dice que los Tribunales no son impotentes para revisar las acciones de las ramas políticas en tiempos de guerra Ver asimismo *Gonzalez-Vera vs. Kissinger*, 449 F.3d 1260 (Fed. Cir. 2006) donde se rechaza una reclamación sobre el apoyo de los Estados Unidos al régimen de Pinochet en Chile.

222 Estos rechazos no se limitan al Medio Oriente, sino también con América Latina, e indican que cuando se debe decidir reclamos que se relacionan con juzgar políticas relacionadas a objetivos del Ejecutivo en tiempos de guerra, el mismo será rechazado porque esos poderes están constitucionalmente delegados al Presidente, y la situación requiere adherirse a decisiones previas. Así: *Linder vs. Portocarrero*, 963 F.2d 332, 337 11th Cir. 1992 ("broad allegations of the claims... against the defendant organizations... which comprise the entire military and political opposition in Nicaragua, are non-justiciable"); *Mujica*, 381 F. Supp. 2d 1194 ("the fourth Baker factor applies to the instant case because proceeding with the Santo Domingo bombing and relations with Colombia in general."); *Gonzalez-Vera*, 449 F.3d 1264 (actions taken to place and keep President Pinochet of Chile in power "were inextricably intertwined with the underlying foreign policy decisions constitutionally committed to the political branches").

dantes por asesinatos extrajudiciales cometidos durante un bombardeo realizado por los demandados israelíes los cuales pertenecían a la policía secreta, basado en la cuestión política.²²³ La Corte estimó que como la política israelí era una “*respuesta al terrorismo en una región altamente volátil*” no se podía negar el impacto en la delicada diplomacia del Medio Oriente.²²⁴ Al mismo tiempo el *status* de Israel como un aliado presentaba “*implicaciones de política exterior únicas*”.²²⁵ De igual forma en *Doe I vs. State of Israel*, los demandantes buscaban remedio judicial a una serie de actos violentos cometidos por el gobierno israelí, en coordinación con el gobierno de los Estados Unidos.²²⁶ La Corte del Distrito D.C., rechaza la reclamación en base a las cuestiones políticas entendiendo que el primer test de *Baker* estaba implicado.²²⁷ Adoptando el método contextual usado por el Noveno Circuito entendió que las reclamaciones no eran casos comunes de daños sino que estaban relacionados con un análisis que debería efectuar el Tribunal sobre si los actos realizadas en la Franja Occidental eran actos de genocidio o de legítima defensa.²²⁸ **Entendiendo que esa decisión requería mas una determinación política que un análisis legal.**²²⁹

Esta serie de casos entre Israel y Palestina en el marco del ATS junto a otros desestimados en base a la cuestión política demuestra que el fundamento del rechazo está en el nivel del conflicto armado y en el ejercicio directo de los poderes constitucionales del Ejecutivo. Los Tribunales en casos relacionados con ATS entienden que los mismos son justiciables, salvo que la adjudicación entrase en conflicto con las competencias constitucionales del Ejecutivo o las políticas exteriores en tiempos de guerra, entendiendo guerra en un sentido amplio.²³⁰ Para eso el SOI (*Statement of Interest*) debe ser claro y tener evidencia que lo corrobore.²³¹ En aquellas reclamaciones que no contengan un SOI las Cortes analizan los primeros tres factores de *Baker*, y el impacto de la adjudicación, tratando al ATS como una restricción a la cuestión política y estableciendo que la § 1350 expresamente otorga standards de adjudicación y de jurisdicción a los tribunales.²³² En ausencia de un efecto negativo inmediato en claras políticas exteriores las cortes reiteran frecuentemente el entendimiento o interpretación de que “*no todos los casos relacionados con las relaciones exteriores están más allá de la revisión judicial.*”²³³

223 *Matar vs. Dichter*, 500 F. Supp. 2d 284, 293 (S.D.N.Y. 2007), *aff'd*, *Matar vs. Dichter*, 563 F.3d 9 (2d Cir. 2009).

224 *Matar vs. Dichter* 295.

225 *Matar vs. Dichter* 295.

226 *Doe I vs. State of Israel*, 400 F.Supp.2d 86, 97 (D.D.C. 2005).

227 *Doe I vs. State of Israel*, 111-12. Estableciendo la naturaleza política del conflicto del conflicto (“*It is hard to conceive of an issue more quintessentially political in nature than the ongoing Israeli-Palestinian conflict, which has raged on the world stage with devastation on both sides for decades.*”).

228 *Doe I vs. State of Israel* (citando *Schneider v. Kissinger*, 310 F. Supp. 2d 251, 260 (D.D.C. 2004)).

229 *Doe I vs. State of Israel* (citando *Schneider v. Kissinger*, 310 F. Supp. 2d 251, 260 (D.D.C. 2004)).

230 United States District Court for the District of Columbia *Ali Saadalla Belhas et al vs. Moshe Ya'alon* 26 June 2006 (No. 05cv02167).

231 En algunos casos la evidencia incluye declaraciones de los Estados donde los supuestos daños ocurrieron, con variados resultados en su evaluación por los Tribunales. Ver *South African*, 617 F. Supp. 2d 277; *Lizarbe vs. Rondon*, 642 F.Supp.2d 473, 483 (D.Md. 2009), *Sarei*, 487 F.3d 1207 n.15.

232 *Kadic*, 70 F.3d at 243

233 *Baker*, 369 U.S. at 211.

Las dudas o incertidumbres sobre el estado de la cuestión política no justiciable después del Caso *Sosa* con las menciones de respeto y precaución provoca debate sobre la siempre presente cuestión de la separación de poderes. Si bien la Corte afirma en *Sosa* que atender a las reclamaciones individuales en casos de violación a las normas del Derecho Internacional es una función judicial, es verdad que en muchos casos hay concurrencia con funciones del Ejecutivo. Los que opinan distinto entienden que es este el que crea las normas del Derecho Internacional y las define.

De allí que la participación de los individuos en ese proceso lo convierte a estos casos en ejemplos de creación de política judicial. En consecuencia sostienen la importancia del Ejecutivo en establecer la cuestión política para no dar justiciabilidad a reclamos basados en el ATS.²³⁴

Otros entienden que la normativa específica del ATS permite que los Tribunales reciban reclamaciones individuales por violaciones al Derecho Internacional, ya que esto iría de acuerdo con el Artículo II y sus prerogativas. El rol del Poder judicial así se acrecientaría con la creciente importancia del individuo como actor en el Derecho Internacional.²³⁵ Para ejercer correctamente esta función debe verse libre de cortapisas del Ejecutivo lo cual redundaría en la seguridad nacional, porque muestra a los Estados Unidos como un país que se opone a esas violaciones.

Por último hay que mencionar una práctica que ha ocurrido en los últimos años que es la llamada *extraordinary rendition*, y que por supuesto no figura en ningún Tratado.²³⁶ La Corte deberá decidir si esa acción entra en los delitos o ilícitos reconocidos, y esto podría transformarse en una cuestión política ya que sería el poder judicial y no el ejecutivo el que definiera el ámbito de una norma internacional. Pero el acto de definición será una determinación de política de la Corte y bajo el tercer test de *Baker* sería una cuestión no justiciable.

Debe mencionarse, finalmente, que a pesar de tantas discusiones al respecto, los fallos más recientes demuestran que la ATS no está siendo aceptada.

En *Doe vs. Exxon Mobil Corp* se afirma que "... *there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms*. En el mismo se cita un antiguo fallo y la opinión del Juez Story, "*No nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world*..."²³⁷

Se entiende que otorgar ese derecho o acción hubiera generado más conflictos en vez de prevenirlos, y la experiencia así lo demuestra.²³⁸ Aceptar esto sería implicar que otros Estados aplicando el Derecho Internacional podrían llevar a ciudadanos nortea-

234 Lisa Rudikoff Price: Banishing the Specter of Judicial Foreign Policymaking: A Competence-Based Approach to the Political Question Doctrine, 38 N.Y.U. J.INT'L L. & POL. 323 (2006).

235 Andrew M. Scoble, Comment, Enforcing the Customary International Law of Human Rights in Federal Court, 74 California Law Review Pages 127, 132 (1986).

236 La misma consiste en la abducción forzada de supuestos terroristas en países extranjeros, pero en colaboración informal con los servicios de inteligencia, o las autoridades de ese país.

237 *United States vs. The La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (No. 15,551) (CC. Mass. 1822).

238 *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F. 3d 11, 77-78 (CA DC 2011) (Kavanaugh, J., dissenting in part) (con un listado de las objeciones a la aplicación extraterritorial de la ATS por Canadá, Alemania, Indonesia, Papua New Guinea, Sud África, Suiza y el Reino Unido.)

americanos a sus tribunales por violaciones a los preceptos del *jus gentium* ya sea que ocurrieran en los Estados Unidos, o en otras partes del mundo. Esta presunción contra la extraterritorialidad protege frente a que tribunales de Estados Unidos tomen decisiones que generarían serias consecuencias en el ámbito de las relaciones exteriores y entrega la decisión de las mismas a las ramas políticas. En consecuencia se concluye que la presunción contra la extraterritorialidad se aplica a la *ATS* y que nada en esta ley refuta esa presunción. Esta corriente se ha afirmado en *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*,²³⁹ donde se demanda a la empresa multinacional por torturas ocurridas en Nigeria entre 1992 y 1995. Se rechaza la acción, entendiéndose que la sola presencia de la Corporación no amerita el éxito de la misma, aislando así a las mutinacionales de acciones legales por atrocidades o violaciones a derechos humanos ocurridas en otros países. En el caso se establece que la *Alien Tort Statute* de 1789 generalmente no se aplica a actos más allá de las fronteras de Estados Unidos. En la misma línea se rechaza un caso contra la subsidiaria de *Daimler*, Mercedes Benz de Argentina que fue acusada de colaborar con las fuerzas de seguridad en el asesinato y la tortura de trabajadores.²⁴⁰

VII. Conclusión:

Tras el análisis de la cuestión política y su ámbito de aplicación en las relaciones exteriores, surgen algunas consideraciones claras. La primera es la existencia de una dificultad importante en definir a la misma dentro de los postulados de una doctrina, ya que la sucesión de casos analizados muestra la dificultad de ello y asimismo nos muestra contradicciones en muchos de los casos analizados.

En segundo lugar aparece la existencia de una dualidad de planos, tanto dentro de la propia Constitución, como se observó al analizar el término persona, como en la diferenciación que hace la propia Corte de los poderes presidenciales en el ámbito interno e internacional.

Si algo queda bien definido tras analizar los conceptos, las cláusulas, y las sentencias, eso es que los Estados Unidos distinguen perfectamente las esferas de la política exterior y del derecho, en este supuesto el Derecho Internacional. El segundo es un instrumento al que respetan solo cuando es favorable a sus intereses y no entra en colisión con el primer elemento.

Pocas son las sentencias donde prima el Derecho Internacional si se opone a la política, y en algún caso se ha considerado inclusive que la determinación de un genocidio sería también una estimación política, si esto entra en conflicto con sus alianzas militares.

Hoy como hace doscientos años, el análisis de la cuestión política y su instrumentalización no logra, en las relaciones exteriores trazar una línea clara entre el respeto al derecho y la determinación de la política nacional. Lo que sí resulta claro es la coherencia permanente que demuestran los Poderes, en defender los intereses de los Estados Unidos. Esto en última instancia es lo que hace importante y digno de estudio todo lo anteriormente analizado.

239 *Kiobel, Individually and on Behalf of her late husband Kiobel et al vs Royal Dutch Petroleum Co. Et al Certiorari to the United States Court of Appeal for the Second Circuit*. No. 10–1491. Argued February 28, 2012—Reargued October 1, 2012—Decided April 17, 2013

240 US Supreme Court *Daimler AG vs Bauman et al Certiorari to the US Court of Appeals for the 9th Circuit* No. 11–965. Argued October 15, 2013—Decided January 14, 2014

DINERO ELECTRÓNICO EN URUGUAY ALCANCE Y NATURALEZA JURÍDICA

MATÍAS JACKSON BERTÓN¹

RESUMEN: La nueva ley número 19.210 de Acceso De La Población A Servicios Financieros Y Promoción Del Uso De Medios De Pago Electrónicos², representa un avance en el ordenamiento jurídico de Uruguay en lo relativo a incorporación de las tecnologías de la comunicación y en el intercambio mercantil. El tema presenta impactos diversos, no solamente en la vida financiera, sino además en el derecho, sin que ello signifique la exclusión de otras áreas de estudios. Los aspectos que se estudian en esta comunicación son los medios electrónicos de pago y dinero electrónico.

Palabras clave: dinero y pagos electrónicos, legislación Uruguay.

ABSTRACT: The new Act nr 19.210 of Access of Population to Financial Services and Promotion of Use of Electronic Payments, represents an advance in Uruguayan legal system regarding incorporation of communication technologies and market exchange. The theme has different impacts, not only in financials, but also on law, without thereby excluding other areas of study. The aspects that are studied in this paper are the electronic payment and electronic money.

Keywords: electronic money, electronic payments, credit card, Uruguay

SUMARIO: 1. Introducción 2. Medios de pago y medios de pago electrónicos 3. Normativa nacional en materia de dinero electrónico 4. Naturaleza jurídica del dinero electrónico. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. Introducción.

En 1997 el Grupo de Trabajo del Banco de Pagos Internacionales³ que se ocupa del dinero electrónico elaboró cuatro puntos a tener en cuenta para los países interesados en establecer políticas públicas que impulsaran este tipo de moneda. Ellos eran: Transparencia, Integridad Financiera, Seguridad Técnica y Vulnerabilidad ante actividades delictivas.⁴

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Informática Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Miembro del Instituto de Derecho Informático. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Global y Tecnología de la Universidad de Montevideo, (Coordinadora, Dra. Alina Celi Frugoni)

2 Publicada en el Diario Oficial el 09/05/2014.

3 Banco De Pagos Internacionales (BPI), (BSI, sigla en ingles) El banco fue fundado en 1930.

4 Banco De Pagos Internacionales, Group of Ten - Electronic Money - Consumer protection, law enforcement, supervi-

En nuestro país, la Agenda Digital 2011-2015, aprobada por Decreto 405/2011⁵ el 23 de noviembre de 2011, planteaba como objetivo el desarrollo del comercio electrónico y de iniciativas que promuevan la inclusión financiera.

Conforme enseñaban hace ya algunos años C. Delpiazzo y M. Viega, la falta de legislación y la falta de confianza, como las dos principales desventajas para el desarrollo de los nuevos medios de pago.⁶ Hoy, con la ley 19.210 vemos cumplida la primera etapa del desarrollo del marco legal que permita estos avances.

El presente análisis busca ampliar las nociones que se manejan hoy en día en Uruguay acerca del funcionamiento del dinero electrónico y su naturaleza jurídica, y que sirva como punto de partida para futuros estudios y profundizaciones en la materia.

2. Medios de pago y medios de pago electrónicos.

Para poder definir el concepto de dinero electrónico y sus diferencias con el dinero conocido corrientemente en su forma de papel y monedas, debemos saber separar una cantidad de términos que esta materia nos presenta.

Etimológicamente, la palabra *dinero* proviene del latín “denarius”⁷ que a su vez deriva del adjetivo “deni” que significa “cada diez” por tratarse en su comienzo de una moneda romana que valía “diez ases”. La evolución del dinero es conocida por todos nosotros y está íntimamente ligada a la historia de la humanidad desde que suplantó otros medios como el trueque y la permuta.

El dinero puede ser definido desde diferentes puntos de vista como el económico, el sociológico o el antropológico, interesándonos aquí el significado desde los aspectos jurídicos. En este sentido, y en primer lugar, la importancia del dinero se encuentra ligado a la soberanía de los Estados. El autor mexicano Jesús Torres Gómez define jurídicamente al dinero como “un bien mueble denominado en referencia a una unidad de cuenta, que se materializa en billetes y monedas para fungir como medidas de valor, reserva de valor, y medio general de cambio, cuya emisión se efectúa conforme al orden jurídico de un Estado determinado, que le confiere curso legal, tanto en su ámbito espacial como temporal de validez.”⁸

En esta definición podemos apreciar tres funciones básicas que cumple el dinero: medida de valor, reserva de valor y medio general de cambio o pago. Esta última función es la que resulta más vinculada a la tarea de los juristas y la cuál se ve afectada por la normativa aquí analizada.

Las formas materiales que ha adoptado la moneda como medio aceptado para el pago

sory and cross border issues, Septiembre 1997, en <http://www.bis.org/publ/gten01.htm> [página visitada el 01/03/2015].

5 Publicado en el Diario Oficial el 09/12/2011.

6 DELPIAZZO, C. y VIEGA, M. J., *Lecciones de Derecho Telemático* – Tomo I, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo 2004.

7 COROMINAS, J., *Diccionario Crítico Etimológico*, Editorial Gredos, Madrid, 1976, p. 174.

8 TORRES GÓMEZ, J., “El Dinero. Algunas consideraciones jurídicas”, Librería Porrúa, México 2004, pág. 10.

han ido cambiando: desde la dación de cultivos y comestibles hasta monedas metálicas y billetes con un valor fiduciario que no se corresponde con su valor intrínseco.

Como era de suponer, la tecnología no se mantuvo al margen de aplicar sus cambios al dinero. De a poco se ha pasado de una economía de monedas y billetes a la economía de asientos y compensaciones bancarias en las que el dinero fluye a través de impulsos eléctricos y redes de información.

Paralelo a esto, el desarrollo del comercio electrónico, y en especial en su modalidad directa, genera necesidades que no se pueden satisfacer tan fácilmente con el dinero “material” y que requieren la creación de nuevas formas de pago. Recordemos que el comercio electrónico es clasificado como directo cuando el objeto del contrato puede transmitirse a través de la red, virtualmente. Con el advenimiento de medios de pago electrónicos toda la ejecución contractual puede realizarse de forma telemática.

Volviendo a los medios de pago, recordemos que en nuestro ordenamiento el concepto de “pago” o “paga”, se encuentra regulado en el Título III, Libro Cuarto del Código Civil, artículo 1448, dentro del capítulo de “Modos de extinción de las obligaciones”, y es definido como: “El cumplimiento por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación.” La misma definición es brindada en el Título XVI del Libro Segundo del Código de Comercio, artículo 936. Hoy en día los medios de pago más utilizados son el dinero billete, las tarjetas de crédito, los cheques y las letras de cambio.

Existen algunos requisitos que los medios deben cumplir para ser considerados tales desde el punto de vista del derecho, a saber:

- 1º) Llevar ínsito un poder cancelatorio respecto a la obligación en juego.
- 2º) Permitir una identificación del sujeto obligado y/o el beneficiario, aún en los casos de moneda escritural donde aparecen intermediarios,
- 3º) [...] permitir una identificación de la obligación cancelada.
- 4º) Estar revestido de unas condiciones fiables de autenticidad, que permitan evitar fraudes.”⁹

Con la ley número 19.210, se introducen por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legal los conceptos de *medios de pago electrónicos* y de *dinero electrónico*. El Título I de dicha ley, que incluye los tres primeros artículos se encarga de brindar las definiciones y de establecer limitaciones que alcanzan la emisión y uso de dinero electrónico.

Por un lado, se crean los medios de pago electrónicos, el género, y por otro, el dinero electrónico *strictu sensu*, una de las especies. Muchas veces se denomina a los primeros como dinero electrónico, lo cual dificulta la interpretación teniendo en cuenta que no todos los medios de pago electrónicos son dinero electrónico.

Para analizar el dinero electrónico en sentido amplio, o medios de pago electrónicos,

9 BAUZÁ, M., “Medios de pago en internet”, en Anuario de Derecho Informático Tomo I, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo 2001, p. 207.

primero debemos abordar cuestiones de orden técnico. El dinero electrónico puede definirse desde el punto de vista técnico, como “información digital autenticada, singularizada y firmada electrónicamente, que se admite como representación (Del dinero) y como instrumento de pago”¹⁰.

Para que estos medios puedan cumplir los requisitos que hacía referencia Marcelo Bauzá (Puntos 2, 3 y 4), se hace necesaria la utilización de técnicas de criptografía, específicamente se emplean firmas digitales que permitan asegurar la efectiva realización de los pagos. En Uruguay el marco vigente es la nro. 18.600 de “Documento y Firma Electrónica”¹¹. El artículo 2° define la firma electrónica como “los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación.” Y le otorga plena eficacia en la medida que las partes acepten su utilización. La firma electrónica resulta un eslabón fundamental para la seguridad y eficacia de los medios electrónicos de pago.

El usuario deberá introducir su *Personal Identification Number* (PIN) o valores biométricos que permitan identificar que esa persona es realmente la titular de los valores. El *pin* es la combinación de números y/o letras cuya combinación es sólo conocida por el dueño del documento. Por su parte “La biometría es la parte de la biología que estudia en forma cuantitativa la variabilidad individual de los seres vivos utilizando métodos estadísticos. La biometría es una tecnología que realiza mediciones en forma electrónica, guarda y compara características únicas para la identificación de personas.”¹² Ejemplos de análisis biométricos constituyen el reconocimiento por voz o de las huellas dactilares. Tanto el *pin* como la biometría son los métodos más utilizados de identificación y son claves para utilizar los métodos electrónicos de pago.

Las técnicas de firma electrónica deben aplicarse teniendo en cuenta la tensión entre, por un lado, la identificación de la persona con la consiguiente seguridad de recibir el pago por quien está obligado, y por otra parte, sus derechos de privacidad que eviten el conocimiento de la transacción o de su objeto por parte de terceros. La ley número 19.210 no hace mención en ninguno de sus artículos a la ley 18.331¹³ de Protección de Datos Personales lo cual puede generar ciertos reparos entre los usuarios por falta de seguridad para conocer quiénes van a hacer uso de los datos de sus transacciones, y con qué finalidad lo van a hacer.

3. Normativa nacional en materia de dinero electrónico.

Según el artículo 1° de la ley 19.210, serán considerados medios de pago electrónicos: “las tarjetas de débito, las tarjetas de crédito, los instrumentos de dinero electrónico y las transferencias electrónicas de fondos, así como todo otro instrumento análogo que permita efectuar pagos electrónicos a través de cajeros automáticos, por Internet o por

10 GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Las entidades de crédito y sus operaciones”, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XXXIX Vol. 4, MARCIAL PONS, Madrid, 2006, p. 521, (cit., BARRIUSO, p.273; SEMPERE, *Dinero Electrónico*, p. 153).

11 Publicada en el Diario Oficial el 05/11/2009.

12 VIEGA, M. J. y RODRÍGUEZ, B., Documento y Firma. Equivalentes funcionales en el mundo electrónico, CADE, Montevideo, 2012, p. 46.

13 Publicada en el Diario Oficial el 18/08/2008.

otras vías, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.”

La circular del Banco Central del Uruguay número 2112¹⁴ del 27 de junio de 2012 referida a Instituciones Financieras, en su Título II denominado “Instrumentos Electrónicos” establece en su artículo 363 “Por instrumentos electrónicos se entiende aquellos que permiten realizar operaciones por medios electrónicos. Entre otros, quedan comprendidos los que permiten realizar operaciones con los cajeros automáticos, por Internet o por vía telefónica, las transferencias electrónicas de fondos o información, y las tarjetas de crédito y débito.” Los artículos siguientes, establecen las obligaciones (Art. 364) y responsabilidades (Art. 365) del emisor de estos instrumentos.¹⁵

La circular 2.198¹⁶ incorpora a la Recopilación de Normas de Sistemas de Pagos un capítulo sobre las Instituciones de Dinero Electrónico. Se establecen los requisitos y procedimientos para el registro y autorización de operaciones de estas entidades.

En lo que refiere estrictamente al dinero electrónico debemos tener presente la clasificación del artículo 81 que distingue entre dinero electrónico especial, general, mixto y para alimentación. En primer lugar, el especial es aquél que “proviene de remuneraciones, honorarios profesionales, pasividades, beneficios sociales y otras prestaciones”. El general, es el que se obtiene de otras fuentes que no sean las consideradas “especiales”. El mixto son los que surgen de la combinación de especiales y general. Por último, el dinero electrónico para alimentación es, según el artículo 105, aquél que permite únicamente el acceso a necesidades de alimentación, prohibiéndose su conversión a efectivo u otros títulos valores. El dinero para alimentación debe emitirse en un soporte físico con identificación visual propia, y separado de cualquier otro instrumento de dinero electrónico.

Por su parte, el artículo 2 de la ley de Acceso De La Población A Servicios Financieros determina que se entenderá por dinero electrónico a los instrumentos con las siguientes características: el valor monetario es almacenado en medios electrónicos; es aceptado como medio de pago por entidades o personas distintas del emisor y tiene efecto cancelatorio; es emitido por un valor igual a los fondos recibidos por el emisor contra su entrega; es convertible a efectivo por el emisor, a solicitud del titular, según el importe monetario del instrumento de dinero electrónico emitido; y no genera intereses.¹⁷

Se ensaya actualmente la rebaja del impuesto al valor agregado a través del Decreto 203/014¹⁸, que reglamenta la ley. En su artículo 4, que enumera lo que se considerarán “Instrumentos Análogos”, nombrados en el artículo 2 de la ley. Se incluyen: débitos automáticos de cuentas bancarias y de instrumentos de dinero electrónico; Pagos electrónicos realizados por celulares, internet o cajeros automáticos; y Tarjetas prepagas emitidas

14 Publicada en el Diario Oficial el 20/07/2012.

15 El texto completo de la circular se encuentra disponible en <http://www.bcu.gub.uy/Circulares/seggc2112.pdf> [página visitada el 05/08/2014]

16 Publicada en el Diario Oficial el 12/09/2014.

17 Las características tomadas en cuenta por la ley son las mismas (agregando el último punto) que las enumeradas por la Directiva 2009/110/CE de la Unión Europea sobre Entidades de Dinero Electrónico y su ejercicio, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 10/10/2009.

18 Publicado en el Diario Oficial el 25/07/2014.

por entidades controladas por el BCU, siempre que no constituyan dinero electrónico. No creemos que se trate de una lista taxativa, ya que implicaría limitar la aplicación de la ley a instrumentos nuevos; En un campo tan dinámico y que se reinventa permanentemente a efectos de aumentar el consumo de bienes y servicios, carecería de sentido limitar mediante un listado reglamentario su expansión a nuevos medios.

El Título II de la ley número 19.210 regula una nueva figura financiera en el ordenamiento jurídico interno, clave para la efectiva aplicación de la norma, que son las Instituciones Emisoras de dinero electrónico.

4. Naturaleza jurídica del dinero electrónico.

La definición brindada por la ley de Promoción del Uso de Medios de Pago Electrónicos se limita a brindar las características de determinados “Instrumentos” pero no nos dice específicamente qué es el dinero electrónico. Acerca de esta naturaleza se manejan varias hipótesis.

La doctrina encuadra al dinero electrónico dentro de diferentes instituciones de naturaleza económica: transferencia de fondos; cesión de créditos; título valor; O como dinero *strictu sensu*.

Antes de avanzar, debemos tener bien claro que nos encontramos hablando de dinero electrónico en sentido estricto, y no de los diferentes medios de pagos electrónicos. Quedan por fuera de este análisis las tarjetas de crédito o los cheques electrónicos, sobre los cuales se deberá analizar si su utilización en soportes electrónicos hace variar su naturaleza jurídica o no.

Ahora bien, analizando aspectos funcionales definidos en la ley 19.210, con el fin de determinar la naturaleza del dinero electrónico, surge en primer lugar del artículo 2 que el mismo será emitido por las instituciones de intermediación financiera o por las entidades de dinero electrónico. Previamente se deberá obtener una autorización administrativa por parte del BCU para realizar la actividad, quien analizará razones de legalidad, de oportunidad y de conveniencia (Artículo 4).

Estas entidades, luego de obtenida la autorización, recibirán los fondos de sus clientes y cargarán el dinero digital en el o los dispositivos que estos elijan (Monederos electrónicos, tarjetas magnéticas, celulares, entre otros). Esta transferencia muchas veces se va a producir a partir de dinero en efectivo, pero muchas otras va a ser por medio de balances bancarios desde la cuenta del cliente final a la del Emisor de dinero electrónico. Así se produce la introducción del dinero electrónico en el sistema minorista, pudiendo luego ser transferido libremente entre usuarios.

Las entidades emisoras de dinero electrónico no pueden realizar actividades de intermediación financiera (Decreto ley número 15.322¹⁹), captar depósitos ni otorgar créditos (Artículo 6). Además los fondos recibidos que correspondan al dinero electrónico emiti-

19 Publicada en el Diario Oficial el 23/09/1982.

do por estas entidades deberán ser colocados en cuentas instituciones de intermediación financiera afectadas únicamente a tales efectos (Artículo 5). Estas limitaciones se realizan con el fin de limitar la especulación y brindar al sistema de seguridad de que los valores “electrónicos” va a seguir siendo “convertible a efectivo por el emisor, a solicitud del titular” (Artículo 2 literal D).

En cuanto a las posiciones respecto a la naturaleza del dinero electrónico, en primer lugar, se lo podría entender como una transferencia bancaria de fondos. Podría resultar admisible decir que en realidad el dinero electrónico es una transferencia bancaria por medio de la cual se realizan las mismas operaciones mercantiles que con el dinero contante y sonante. Sin embargo, como advierte García-Pita y Lastres, “existe una diferencia esencial entre las transferencias de fondos –incluso las electrónicas– y el dinero electrónico: mientras aquéllas suponen trasposos de fondos entre cuentas, el segundo no se encuentra vinculado a cuentas bancarias personales ni precisa –tampoco– de la autorización de bancos ni de terceros, sino que «almacena dinero en sí mismo»”²⁰ No debe confundirse el medio con el objeto en sí mismo. Una cosa es, que para utilizar dinero electrónico deba realizar una transferencia electrónica, y otra es el dinero propiamente dicho, que cuenta con valor intrínseco.

Otra posibilidad es entender al dinero electrónico como una cesión de crédito. Para sostener esta teoría se debe entender que lo que adquirimos cuando concurrimos ante una entidad emisora de dinero electrónico es un crédito contra esa institución, el cual va siendo transferido en cada operación.

Creemos que el último párrafo del artículo 1 de la ley 19.210 inhibe la posibilidad de considerar que estamos frente a una cesión de crédito, pues según este artículo los pagos por medios electrónicos cuentan con pleno efecto cancelatorio. Además el Código Civil, artículos 768 y 1757, establece que la cesión de créditos surte efectos recién cuando es notificada al deudor, sistema que atenta contra la celeridad y eficacia inmediata del pago realizado con dinero electrónico.

Con respecto a la posición que identifica al dinero electrónico con la figura de los títulos valores, cabe señalar que en el derecho uruguayo el decreto ley número 14.701²¹ en su artículo 1 define los mismos como: “los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna.” Dichos instrumentos se clasifican según su objeto en: títulos valores cuyo objeto es una prestación dineraria, títulos valores representativos de mercaderías, títulos de participación y títulos valores públicos. Los primeros se caracterizan porque hacen constar una obligación de dar una suma de dinero.

No nos parece acertado hablar de dinero electrónico como título valor, ya que este no representa un derecho de crédito sino un valor intrínseco. Más allá de que se pueda ver “materializado” en títulos valores electrónicos (Como por ejemplo el E-Cheque), este no es el dinero propiamente dicho, sino, como dijimos anteriormente, un medio de pago electrónico.

20 GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., op. Cit., pág. 525, cit., PASTOR SEMPERE, (Dinero Electrónico, p. 258).

21 Publicado en el Diario Oficial el 21/09/1977.

Considerar al dinero electrónico como dinero en sentido estricto, implica asignarle a estos conjuntos de datos y asientos electrónicos, la llamada “unidad de valor” o “unidad de cuenta” que consiste en la medida o patrón utilizado para asignarle un precio a los productos de mercado. “Es esencial a la moneda que su valor se separe de su sustancia física, y se refiera a una unidad ideal cuya realidad constituye un fenómeno de psicología social.”²² Según las teorías monetarias, este es el elemento esencial para definir a la moneda. Teniendo en cuenta que la ley 19.210 sólo permite la emisión del dinero electrónico “por un valor igual a los fondos recibidos por el emisor contra su entrega” (Artículo 2 literal C), creemos que está faltando este elemento esencial de “unidad de valor”. Citando al Dr. Daniel Ferrère, “Esta unidad de valor, con referencia a la cual se define por esencia la moneda, no debe naturalmente estar constituida por otra moneda. La ‘remisión indirecta’ a una medida de valor es característica de los títulos representativos de una obligación de dinero, no del dinero mismo, y no puede equipararse la posesión de una moneda, al derecho de reclamar la entrega de una moneda.”²³ Por tanto desde nuestro punto de vista, en la medida que la ley no prevé la “acuñación” de moneda en dinero electrónico por parte del BCU o de las Entidades de Emisión de dinero electrónico, resulta incompatible tratar de definir al dinero electrónico como dinero propiamente dicho.

5. Conclusiones

1. La ley de Acceso De La Población A Servicios Financieros Y Promoción Del Uso De Medios De Pago Electrónicos representa un gran avance en la consolidación del desarrollo de los medios electrónicos de pago, que benefician el comercio electrónico, a la vez que permiten disminuir la cantidad de dinero “papel” en la calle.

2. Sin embargo, existen algunos puntos que podrían haber sido mejorados. Como dijimos anteriormente, en el análisis realizado por el Banco de Pagos Internacionales, uno de los puntos recomendados para los gobiernos que implementen este tipo de medios de pago, es la Transparencia, y esto implica proteger y brindar información a los usuarios acerca del uso que se va a efectuar de sus datos personales.

3. La ley uruguaya omite cualquier tipo de referencia a la protección de datos personales, lo cual genera ciertos reparos teniendo en cuenta que tanto el BCU (Ley 18.812²⁴) como la Dirección General Impositiva (Artículo 306, ley 18.996²⁵) cuentan con regímenes especiales que difieren del general de la ley 18.331. Recordemos que la utilización del dinero billete permite el anonimato en las transacciones, y el uso de los nuevos medios por el contrario, genera cierta trazabilidad y seguimiento sobre los gastos personales.

4. Para realizar cualquier análisis acerca de la naturaleza jurídica del dinero electrónico, primero debemos saber separar “el valor monetario, el soporte de ese valor y el acto solutorio”²⁶. Sólo teniendo en claro esta triple distinción vamos a poder situar el dinero electrónico dentro de una categoría jurídica.

22 FERRÈRE, D., “El dinero en la teoría jurídica”, Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo 1974, pág. 18.

23 FERRÈRE, D., ob.cit. pág. 18.

24 Publicada en el Diario Oficial el 12/10/2011.

25 Publicada en el Diario Oficial el 22/11/2012.

26 GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., op. Cit., pág. 525.

Referencias bibliográficas.

BAUZÁ, M., “Medios de pago en internet”, en *Anuario de Derecho Informático Tomo I*, pp. 207-225, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo 2001.

DELPIAZZO, C. y VIEGA, M. J., *Lecciones de Derecho Telemático – Tomo I*, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo 2004.

Estudios Especiales “Comercio Electrónico y el papel de la OMC”, realizado por la Organización Mundial del Comercio, 1998, disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/special_studies2_s.htm [página visitada 04/08/14]

FERRÈRE, D., *El dinero en la teoría jurídica*, AMALIO M. FERNÁNDEZ, Montevideo, 1974.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “Las entidades de crédito y sus operaciones”, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo XXXIX Vol. 4, MARCIAL PONS, Madrid, 2006

RIPPE, S., BUGALLO B., LOGONE M., MILLER J., *Instituciones de Derecho Comercial Uruguayo*, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

TORRES GÓMEZ, J., *El Dinero. Algunas consideraciones jurídicas*, PORRÚA, México, 2004.

VIEGA, M.J. y LEBERRIÉ, S., *Medios de pago telemáticos en Uruguay*, presentado en XI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Panamá 2006, disponible en <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2011/05/medios-pago-Uruguay.pdf> [página visitada el 20/08/2014]

VIEGA, M. J. y RODRÍGUEZ, B., *Documento y Firma. Equivalentes funcionales en el mundo electrónico*, CADE, Montevideo, 2012.

VIVIANA SARRA, A., *Comercio electrónico y derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*, ASTREA, Buenos Aires, 2000.

EL DERECHO DE RECESO Y LA REDACCIÓN DEL CONTRATO

SEBASTIÁN RAMOS OLANO¹

Resumen: Este trabajo analiza el derecho de receso unilateral desde la perspectiva del asesor legal que redacta el contrato. Estudia los elementos que doctrina y jurisprudencia consideran que una cláusula de derecho de receso debe tener, para que sea válida y reconocida por un tribunal. De esa forma, si las partes insertan una cláusula de derecho de receso que siga dichos lineamientos, la rescisión unilateral del contrato por una de las partes no podrá ser considerada abusiva o ilícita. Este trabajo también analiza los tipos de plazo que las partes pueden acordar: cierto, incierto, renovable automáticamente y con opción a renovar. Asimismo, estudia las distintas formas en que las partes, voluntaria o involuntariamente, pueden limitar su derecho de receso acordado en el contrato: modificación tácita del contrato, violación del deber de buena fe y acto propio.

Palabras clave: Contrato. Plazo. Derecho de receso unilateral. Redacción del contrato. Acto propio. Modificación tácita del contrato. Violación deber actuar de buena fe.

Key words: Contract. Term. Right to unilaterally terminate the agreement. Contract drafting. Estoppel. Tacit amendment of the contract. Violation of the principle of good faith.

Son numerosos los estudios de la doctrina y los casos de jurisprudencia que tratan sobre el derecho de las partes a rescindir unilateralmente un contrato. El análisis se ha enfocado principalmente en: (i) si las partes tienen derecho de receso unilateral; y (ii) cuáles son los requisitos para que dicho derecho pueda ejercerse lícitamente o, formulado de otra manera, en qué casos el receso genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Es decir, estos análisis buscan evaluar si una de las partes ejerció su derecho de receso abusivamente o no.

Este trabajo analiza el derecho de receso desde otro lado. Se detiene a mirar el momento en que las partes se encuentran negociando el plazo de su contrato, y en particular, el derecho de receso unilateral. Por aquello de que “*donde notario abierto, juzgado cerrado*”, analizaremos aquellos aspectos que el redactor de una cláusula de receso unilateral debe tener en cuenta para que, cuando una de las partes ejerza su derecho de receso conforme al contrato, no tenga dudas sobre si dicho ejercicio será abusivo o no.

1 El Dr. Sebastián Ramos Olano es profesor de Contratos de la Universidad de Montevideo y profesor de Redacción de Contratos en el posgrado de dicho centro de estudios. Es Doctor en Derecho egresado de la Universidad de Montevideo, obtuvo un máster en Derecho (LL.M.) de la University of Chicago y es miembro del departamento corporativo de Ferrere. Correo electrónico: sramos@ferrere.com

1. El plazo del contrato

Las partes suelen acordar que su vínculo tenga un plazo determinado por motivos variados. Dos de las principales razones son las siguientes:

1.1. Libertad

Las partes no desean obligarse indefinidamente una con la otra. Por este motivo, fijan una duración determinada, sabiendo que cuando ésta se cumpla pueden renegociar su acuerdo si existiera voluntad de continuar su relación económica. La razón es que durante la vigencia del contrato las condiciones de mercado, la posición de cada una de las partes y sus intereses pueden haber variado. Realizado dicho análisis, las partes pueden querer continuar con el contrato o terminarlo y buscar otros acuerdos con terceros.

1.2. Seguridad

Las partes desean acordar un plazo mínimo para tener certeza de que durante la vigencia del acuerdo, las condiciones pactadas no cambiarán. Esta razón es muy importante cuando una de las partes tiene que hacer una inversión importante para poder prestar un servicio o proveer un producto a la contraparte. En ese caso, la única manera que dicha inversión sea rentable (y pueda recuperarse) es asegurarse la provisión de dicho servicio o producto por un plazo determinado.

El plazo es un suceso futuro respecto del que existe certidumbre en cuanto a su verificación, y respecto del cual se hace depender la exigibilidad o la extinción de un derecho.² Como dice la doctrina uruguaya, el plazo, a diferencia de la condición, necesariamente va a ocurrir.³

2. La clasificación del plazo

A continuación analizaremos las distintas cláusulas de plazo que un contrato puede tener y los elementos que las partes deben tener en cuenta.

2.1. Plazo cierto

Llamamos plazo cierto⁴ (o determinado como lo llama la doctrina⁵) a aquel que comienza y termina en una fecha determinada y conocida por las partes al momento de celebración del contrato. El Código Civil Uruguayo en su artículo 1434 se refiere a este plazo como cierto: *"El plazo suspensivo o resolutorio puede ser cierto o incierto. Será cierto,*

2 Peirano Facio, J. *"Curso de Obligaciones"*, Centro de Estudiantes de Derecho, 1966, Montevideo, Tomo IV, pp. 251 y siguientes.

3 Carnelli, S. y Cafaro, E., *"Eficacia Contractual"*, Abeledo-Perrot, Edición de 1989, Buenos Aires, p. 111.

4 *"El plazo cierto es aquel en que de antemano se conoce exactamente la radicación en el tiempo del hecho que posterga o concluye la eficacia"*, Carnelli, S. y Cafaro, E., (n.3) p. 111.

5 Peirano Facio, Jorge, (n.1) p. 251 y siguientes.

cuando fuere fijado para terminar en designado año, mes o día o cuando fuere comenzado desde la fecha de la obligación o de otra fecha cierta”.

Cuando las partes acuerdan el plazo de un contrato es muy importante que el principio y el final estén debidamente identificados para que no haya dudas respecto de cuál es la duración del acuerdo. La manera más fácil de lograr esto es incluir la fecha exacta de comienzo del contrato y su fecha exacta de finalización.⁶

Veamos un ejemplo: *“El plazo de este Acuerdo es de 24 meses, comenzando el primero de junio de 2014 a las 9:00 horas y finalizando el 31 de mayo de 2016 a las 20:00 horas”.*

Para evitar discusiones (ambigüedad) respecto de si los días en que comienza y termina el plazo son fechas en que el contrato se encuentra vigente, es recomendable que las partes incluyan el horario de comienzo y terminación.

Por otro lado, cuando el plazo se computa por años, debemos tener en cuenta que de acuerdo al Código Civil Uruguayo, cada año tiene 365 días, excepto los años bisiestos, que tienen 366 días.⁷ Por tanto, en caso que las partes deseen que el año tenga otra duración (360 días por ejemplo, lo cual es muy común en contratos de financiamiento para el cómputo de intereses), deben acordarlo expresamente.

2.2. Plazo incierto

Puede suceder que a la fecha de firma del contrato, las partes no conozcan exactamente la fecha de comienzo del contrato (plazo incierto).⁸ Este es el caso en que si bien las partes saben que el plazo comenzará en un momento dado, es decir, tienen certeza de que el evento que dé comienzo al plazo ocurrirá, no saben cuándo. Esto es lo que el artículo 1434 del Código Civil Uruguayo denomina como plazo incierto: *“Incierto será, cuando fuere fijado con relación a un hecho futuro necesario, cuya realización tendrá indudablemente lugar en una época más o menos remota, que es imposible determinar de antemano”.* Por su parte, la doctrina clasifica a este plazo como “indeterminado”.⁹

En ese caso, las partes deben identificar precisamente el hito que éstas hayan acordado para que dé comienzo al acuerdo. Así, por ejemplo, en un contrato de suministro, las partes pueden acordar que el plazo comience cuando el local donde se comercializarán las bebidas esté inaugurado: *“El plazo de este Acuerdo será de 30 meses a partir de la inauguración del Local al público”.*

El problema que presenta esta cláusula es que sólo una de las partes (el dueño del Local) sabrá exactamente cuál es la fecha en que el plazo del contrato comenzará. El

6 Stark, T. *Drafting Contracts: How and Why Lawyers do what they do*, Walters Kluwer, Estados Unidos, 2007, p. 103.

7 El artículo 1229 del Código Civil Uruguayo establece que: *“En las prescripciones por meses o por años se cuentan unos y otros según el calendario Gregoriano. Esta disposición se extiende a los plazos señalados por la ley o por las partes en cualquier otra materia, si en la misma ley o en los actos jurídicos no se dispone de distinto modo”.*

8 *“El plazo se calificará de incierto cuando, si bien es de producción fatal, respecto de él no haya certeza en cuanto al momento en que ocurrirá”*, Carnelli, S. y Cafaro, E., (n.3) p.111.

9 Peirano Facio, Jorge, (n.2) pp. 251 y siguientes.

proveedor de bebidas, en cambio, no tiene forma o le resultará muy difícil conocer la fecha exacta en que el Local se inaugure. Podría enterarse por la prensa o si recibe una invitación, pero fuera de esos casos, tendrá incertidumbre.

En virtud de lo anterior, el dueño del Local podría utilizar dicha incertidumbre a su favor. Si por ejemplo, el dueño del Local recibe una única suma de dinero a cambio de su obligación de vender los productos del proveedor durante el plazo del contrato, el dueño tendrá un incentivo para que el plazo se termine lo antes posible, ya que terminado el plazo, el dueño del Local podrá negociar un nuevo acuerdo con el proveedor actual o con uno nuevo. Por tanto, nuestra recomendación es que el contrato establezca la obligación de la parte que conoce cuándo comenzará el plazo a comunicarlo a la otra parte. De esa manera, ambos tendrán certeza de la fecha de comienzo y de terminación del contrato.

Asimismo, dado que no es seguro que el local se inaugure, podríamos estar ante una condición y no un plazo.¹⁰ En efecto, podría entenderse que la eficacia del contrato está sometida a una condición (i) impropia, porque no es indiferente para el dueño abrir el local o no, y (ii) mixta, porque para abrir el local, seguramente sea necesario obtener autorizaciones municipales o de otro tipo. No obstante, si las partes entienden que la apertura del local al público necesariamente va a ocurrir, a pesar de que no saben cuándo, este evento será un plazo y no una condición.

La realidad es que puede ocurrir que el Local finalmente inaugure en una fecha tan lejana, que al proveedor de ya no le interese invertir en dicho negocio. Por tanto, en ese caso, es muy importante incluir un plazo máximo de inauguración y las consecuencias en caso que el local no inaugure en dicha fecha máxima.

2.3. Plazo con renovación

Al momento de acordar la cláusula de plazo, cada parte debe determinar si desea que el contrato contenga una cláusula de renovación. Dicha cláusula permite extender automáticamente el plazo del contrato. En muchas oportunidades las partes desean que el plazo original que pactaron se extienda.

Al momento de redactar la cláusula, las partes deben tener en cuenta los siguientes aspectos:¹¹

- ¿El plazo se renueva automáticamente, salvo que alguna de las partes notifique a la otra que no desea que el plazo se renueve?
- ¿El plazo del contrato termina automáticamente, salvo que una parte ejerza su opción de renovarlo?
- ¿Tiene cada una de las partes la opción de renovar?

10 De Cores, C., Berdaguer, J., Larrañaga, L., Gamarra, J.L. y Gamarra, R., *"Obligaciones y Cuasicontratos"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Primera Edición, p. 221.

11 Stark, T. (n.6) p. 104.

- ¿Qué tan extenso será el plazo de renovación: igual al plazo original, más largo o más corto?

Lo primero que el redactor debe determinar es si la renovación será automática o si ésta ocurrirá sólo en caso que una de las partes opte por renovarlo.

2.3.1. Renovación automática

Veamos el primer caso, tomando un contrato de mantenimiento de ascensores.

Primer Ejemplo: *“El plazo de este Contrato será de un año, comenzando el 5 de agosto de 2014 a las 9:00 horas y finalizando el 5 de agosto de 2015 a las 9:00 horas y se prorrogará automáticamente por períodos iguales”*.

Segundo Ejemplo: *“El plazo de este Contrato será de un año, comenzando el 5 de agosto de 2014 a las 9:00 horas y finalizando el 5 de agosto de 2015 a las 9:00 horas y se prorrogará automáticamente por dos períodos iguales”*.

Con respecto al Primer Ejemplo, si dicha cláusula pertenece a un contrato que constituye una relación de consumo, las partes deben tener en cuenta el literal l) del artículo 31 de la Ley N° 17.250 aprobada por el Poder Legislativo de Uruguay.¹² Dicho literal establece que son abusivas: *“Las cláusulas que establezcan la renovación automática del contrato sin que habilite al consumidor a desvincularse del mismo sin responsabilidad”*. La consecuencia, que es dispuesta por el inciso segundo de dicha norma es la siguiente: *“El consumidor podrá, dentro de los sesenta días corridos contados desde la fecha en que se produjo la renovación automática, rescindir o resolver el contrato, debiendo comunicarlo al proveedor con un preaviso de quince días corridos”*.

Respecto del Segundo Ejemplo, las partes deben preguntarse por qué motivo acordarían el plazo de esa manera, en lugar establecer directamente que el plazo es de tres años. Como veremos más adelante, los plazos que tienen renovación automática con una duración determinada, vienen acompañados del derecho de una o ambas partes de terminar el contrato con un preaviso. Esto es lo doctrina denomina derecho de receso¹³, que analizaremos en el punto siguiente. Si dicho derecho de receso no estuviera incluido, entonces las partes seguramente redactarán el plazo como un plazo único de tres años.

2.3.2. Opción de renovar

La opción es un contrato o convención por el que las partes acuerdan que una oferta o propuesta sea irrevocable. El beneficiario de la opción tiene un derecho potestativo de

12 Este literal fue incorporado por la Ley Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal aprobada por el Poder Legislativo de Uruguay correspondiente al ejercicio 2012, Ley N° 19.149, publicada en el Diario Oficial Uruguayo el 11 de noviembre de 2013.

13 *“El derecho de receso se ejerce mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia por medio de la cual el recedente comunica a la otra parte su voluntad de desistir unilateralmente del contrato. El vínculo contractual se extingue en el momento en que la comunicación del recedente llega al destinatario”*, Berdaguer, J., *“La “justa causa” de receso en los contratos de duración con plazo determinado”*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXIII, p. 476.

hacer uso de dicha opción.¹⁴ En este caso, las partes acuerdan que una de ellas tiene la opción (derecho potestativo) de renovar el contrato. Si el beneficiario decide hacer uso de dicha facultad, basta con comunicar su voluntad a la otra parte, para que el plazo del contrato se renueve.

Veamos un ejemplo de opción de prórroga: *“El plazo de este contrato será de un año, que se computará a partir del día 28 de mayo de 2014, venciendo en consecuencia el día 27 de mayo de 2015, con opción a un año más a partir de entonces, a favor del Arrendatario”*.

A diferencia de la renovación automática en que el plazo del contrato se renueva sin que ninguna de las partes deba manifestarse, la opción exige que su titular manifieste si desea hacer uso de su derecho potestativo o no.

Si el titular de la opción desea que el contrato se renueve sin que tenga que manifestar expresamente hacer uso de la opción, una redacción sugerida es la siguiente: *“El plazo de este contrato será de un año, que se computará a partir del día 28 de mayo de 2014 a las 9:00 horas, venciendo en consecuencia el día 27 de mayo de 2015 a las 18:00 horas (el “Plazo”), con opción a un año más a partir del vencimiento del Plazo, a favor del Arrendatario. Si el Arrendatario no comunica su voluntad de entregar la finca 30 días antes de que venza el Plazo, se entenderá que el Arrendatario hace uso de la opción, prorrogándose el Plazo hasta el 27 de mayo de 2016 a las 18:00 horas”*.

Si, en cambio, el titular de la opción desea manifestar su voluntad expresamente para que el Plazo se renueve, una redacción sugerida es la siguiente: *“El plazo de este contrato será de un año, que se computará a partir del día 28 de mayo de 2014 a las 9:00 horas, venciendo en consecuencia el día 27 de mayo de 2015 a las 18:00 horas (el “Plazo”), con opción a un año más a partir del vencimiento del Plazo, a favor del Arrendatario. Si el Arrendatario no comunica su voluntad de renovar el contrato 30 días antes de que venza el Plazo, el contrato finalizará en el Plazo. En cambio, si el Arrendatario comunica su voluntad de renovar el contrato 30 días antes de que venza el Plazo, el contrato se prorrogará hasta el 27 de mayo de 2016 a las 18:00 horas”*.

3. Análisis del derecho de receso unilateral

Como señalamos al inicio de este estudio, las partes pueden tener una visión distinta del plazo. Por un lado, una parte puede querer que el plazo del contrato sea lo más breve posible, de modo de poder renegociar sus términos rápidamente o contratar con un tercero. Por el otro, la contraparte puede querer que el contrato dure lo más posible, y así asegurarse determinadas condiciones comerciales, aunque sea por dicho plazo. Dado que dichos intereses son contrapuestos, la solución que acuerden las partes dependerá en gran medida del poder de negociación de cada una.

Como vimos en el punto anterior, las partes pueden pactar un plazo determinado renovable automáticamente por períodos iguales, indicando cuántas prórrogas desean que el contrato tenga, o sin expresar esto último. En el primer caso, parecería que no hay diferencia entre fijar el plazo de esa manera (por ejemplo, un año, prorrogable por cinco

14 Blengio, J. “Opción”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XVII, pp. 299 y 300.

períodos de un año, haciendo un total de seis años) o estableciendo directamente que el plazo es de seis años.

La razón por la que las partes pueden preferir redactar el plazo de la primera manera en lugar de la segunda, es que dicha redacción generalmente está acompañada del derecho de una o de ambas partes de terminar el contrato con un preaviso determinado (receso unilateral),¹⁵ luego de transcurrido cierto periodo de duración del contrato y así evitar que el contrato se prorrogue una vez más. Si el plazo, en el ejemplo anterior, es de seis años, también es posible que las partes acuerden que cualquiera de ellas tenga derecho de receso unilateral luego de transcurrido un plazo mínimo. En este último caso, no obstante, la libertad de las partes para terminar anticipadamente el contrato es mayor, ¿puede ver por qué?

La facultad de rescindir anticipadamente un contrato es un elemento accidental, sólo admisible para los contratos de duración o de ejecución continuada¹⁶, y que no se agotan en un solo acto.¹⁷ Estos son los contratos que tienen aptitud para durar indefinidamente y entonces el plazo va a fijar la medida del contrato, o sea, cuánto va a durar.¹⁸

Como señala la doctrina, el derecho de receso se ejercita a través del desistimiento unilateral del contrato y se atribuye a una o a todas las partes, para que por su sola voluntad, extrajudicialmente, terminen el contrato.¹⁹

Respecto de la posibilidad de que las partes, mediante el ejercicio de su poder normativo negocial, acuerden en el contrato el derecho de receso, existen dos posturas en doctrina:

1. La primera, que consideramos aislada y que no compartimos, que entiende que el derecho de receso no puede ser acordado por las partes en el contrato, sino que éste sólo es posible por aplicación de los principios generales de derecho;²⁰ y

2. La segunda, a la que nos adherimos (aunque con los matices que veremos más adelante), que entiende que el derecho potestativo de terminar unilateralmente un contrato puede derivar del acuerdo de voluntades.²¹

15 El receso unilateral: "Constituye una facultad acordada por la convención o por la ley, o derivadas de los principios generales de derecho, atribuida a uno o ambos contratantes, para provocar con su sola voluntad y automáticamente, en el supuesto de que no se dé cumplimiento, la cesación de la eficacia negocial". (Carnelli, S. y Cafaro, E., (n.3) p. 184).

16 Caumont, A., "El pacto de desistimiento unilateral en negocio jurídico de ejecución no continuada", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXII, pp. 383 a 385.

17 La diferencia entre receso unilateral y resolución se encuentra en los efectos: "La Resolución aniquila retroactivamente (*ex tunc*) el contrato, en tanto el desistimiento unilateral no alcanza a los efectos ya verificados del contrato" (Gamarra, J., "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XIV, Fundación de Cultura Universitaria, Tercera Edición, Montevideo, 1994, p. 243, citado por Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno del Uruguay, de fecha 5 de diciembre de 2007).

18 Blengio, J., "El plazo como elemento del contrato", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo X, p. 179.

19 Carnelli, S., "El desistimiento unilateral del contrato", en Gamarra, J., "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Fundación de Cultura Universitaria, 1972, Montevideo, Tomo XIV, p. 241.

20 Larrañaga, L. y Fernández Fernández, G., "Límites al receso unilateral", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXX, p. 573.

21 Carnelli, S., (n.19) p. 241; Mantero Mauri, E. y Chalar Sanz, L., "Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria,

Para determinar la posibilidad (o no) de que una parte pueda tener un derecho de recesso, la doctrina a la que seguimos distingue entre los contratos sin plazo y aquellos con plazo.

3.1. Contratos de ejecución continuada sin plazo determinado

Cuando un contrato carece de plazo predeterminado tiene aptitud para durar indefinidamente. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra a favor de ambas partes la posibilidad de ponerle fin mediante la sola manifestación de voluntad.²² El fundamento de tal potestad es la prohibición de obligarse a perpetuidad.²³

El Código Civil Uruguayo dejó sentado el principio de la temporalidad del vínculo obligacional.²⁴ Así, el artículo 1782 dispone que el arrendamiento de cosas tenga una caducidad de 15 años.²⁵ Por otro lado, el artículo 1836 en sede de arrendamiento de obra, establece que las personas sólo pueden obligar sus servicios por un tiempo determinado y no indefinidamente.²⁶

La doctrina es clara en cuanto a que cualquiera de las partes puede terminar unilateralmente un contrato con plazo indeterminado. Así, Carnelli enseña que:²⁷ *“En los casos de las relaciones contractuales con plazo indeterminado, en las cuales, en obsequio al principio fundamental de la libertad, le está acordado a la autonomía privada poner fin a una relación de duración indeterminada, siendo el desistimiento por cualquiera de ellas, el modo normal para actuar, para hacer efectivo el principio de temporalidad del vínculo nacido en el contrato. Las relaciones obligatorias con plazo indeterminado, tienen la característica fundamental de la rescindibilidad ad nutum, que deriva directamente del principio de temporalidad de todo vínculo jurídico...”*²⁸

Similarmente, Gamarra explica que la propia naturaleza de los contratos de cumplimiento continuado sin plazo acuerda a las partes la potestad de recesso: *“los contratos de cumplimiento continuado o periódico tienen aptitud para durar indefinidamente. (...) En esta clase de negocios cualquiera de las partes contratantes pueden poner fin al contrato ejercitando*

Montevideo, Tomo XXXII, p. 755; y Berdaguer, J. (n.13) p. 469.

22 Berdaguer, J. (n.13) p. 469: *“En aquellos contratos de duración que carecen de plazo determinado un principio general de derecho atribuye a cualquiera de las partes la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato”*, citando la Sentencia N° 240 (1992) del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno de Uruguay.

23 Gamarra, J., *“Tratado de Derecho Civil Uruguayo”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1972, Tomo IX, p. 269.

24 Blengio, J., (n.18) p. 179.

25 Establece el inciso primero de dicha norma que: *“El arrendamiento no podrá contratarse por más de quince años. El que se hiciera por más tiempo caducará a los quince años”*.

26 Dispone dicha norma que: *“Nadie puede obligar sus servicios personales, sino temporalmente o para obra determinada”*.

27 Carnelli, S., (n.19) p. 261. Dice dicho autor que *“en los contratos de duración, en aquellos que no tienen un término fijado o con plazo indeterminado, un principio general del ordenamiento, atribuye a cualquiera de las partes la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato, en razón de considerar prevaiente la protección de la libertad jurídica de los contratantes, de manera de impedir que permanezca de por vida vinculadas o ligadas por el contrato, la ley sacrifica otros principios, que en su escala de valores ocupan un estamento de grado inferior”* (p. 248). Blengio, en tesis que no compartimos, entiende que los principios de igualdad y libertad se encuentran en el mismo rango de jerarquía: *“...la autonomía privada, y en particular la libertad contractual, o autonomía de la voluntad, que está en la base de la institución contractual puede y debe ser sometida a restricciones en función del principio de igualdad”* (Blengio, J. *“Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte.”*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXII, p. 571.

28 Posición compartida por Mantero Mauri, E. y Chalar Sanz, L., (n.21) p. 756.

el receso unilateral (...) En todos estos casos es procedente el ejercicio de esa forma de extinción de las obligaciones, a lo cual la doctrina moderna denominó 'receso unilateral' y que tiene como característica el poder de extinguir las obligaciones, conferido por la ley a la sola manifestación de voluntad del contratante, cuando se exterioriza en tal sentido...".²⁹ Nuestros Tribunales sostienen igual criterio.³⁰

En virtud del principio indicado anteriormente es que en los contratos de duración indeterminada las partes tienen derecho a terminarlo anticipadamente.³¹ Esto es lo que la doctrina denomina el instituto del receso unilateral, que es un derecho potestativo concedido a los contratantes para poner fin a la relación jurídica emergente de un contrato de ejecución continuada cuya duración no está determinada. Su fundamento, como vimos, es asegurar la efectiva temporalidad del vínculo obligacional.

No obstante lo anterior, el derecho de receso no es ilimitado, sino que éste no puede ejercerse arbitrariamente ni de mala fe. Asimismo, en muchos casos, la parte que quiera ejercer su derecho de receso debe cumplir con ciertos requisitos para que el receso no dé derecho a la otra parte a reclamar daños y perjuicios.³²

3.2. Contratos de ejecución continuada con plazo determinado

Dado que en el derecho positivo uruguayo el plazo se establece a favor del acreedor y deudor conjuntamente, en los contratos de duración determinada con plazo ninguna de las partes puede renunciar al plazo pactado salvo acuerdo en contrario. Así lo dispone el artículo 1436 del Código Civil Uruguayo: *"El plazo se presume siempre estipulado en favor del deudor y del acreedor, a menos que lo contrario resulte de la convención o de las circunstancias especiales del caso"*.

En virtud de lo anterior, si una o ambas partes desean tener la potestad de terminar anticipadamente el contrato, deben establecer dicha facultad expresamente en el contrato.³³

Como indicamos más arriba, la doctrina está dividida respecto de la licitud de la cláusula que otorgue a una o a ambas partes el derecho de receso en los contratos con plazo

29 Gamarra, J. (n.23) p. 268.

30 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno de Uruguay sostuvo que: *"Siendo que el contrato no fija una fecha cierta para la extinción del vínculo este podría haberse prolongado indefinidamente, en cuyo caso las partes están en condiciones de invocar el receso unilateral ya que es la única forma posible de desligarse de un relación obligacional con plazo indeterminado..."*. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno indicó que *"En categorización de la relación contractual sin plazo determinado, debe admitirse que es esencial a la categoría de contratos que se prolongan en el tiempo que pueda ejercerse válidamente el receso unilateral; dicho derecho permite a cualquiera de las partes de un contrato de duración continuada sin plazo pactado o vigente, extinguir unilateralmente el vínculo obligacional por el ejercicio del consecuente derecho potestativo de origen legal o convencional, en tanto las partes no pueden quedar ligadas a perpetuidad (Carnelli, en Gamarra: Tratado..., tomo XIV, 2ª Ed. p. 233 y ss.; Merlinski: Modernas formas de distribución comercial, p. 37, 62; Cerisola - Hernández Maestroni, en ADCU t. XXVIII p. 710)"*.

31 Nosotros entendemos que este principio puede encontrar excepciones en algunos contratos en que la prestación del obligado sea un no hacer, como la obligación de confidencialidad por ejemplo. En este caso, el principio de libertad que el derecho positivo uruguayo busca proteger (prohibiendo que una persona se obligue a prestar servicios a otra para siempre), no se vería afectado.

32 Berdaguer, J. (n.13) p. 478.

33 Una excepción legal a esta regla es el contrato de depósito, donde el plazo se presume a favor del acreedor. Así lo establece el artículo 2268 del Código Civil Uruguayo: *"El depósito debe ser restituído al depositante cuando quiera que lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la restitución"*.

determinado.

Siguiendo a la doctrina que consideramos correcta, es posible que las partes acuerden el derecho de receso en el contrato. Dicha potestad, no obstante, no puede ser ejercitada por su beneficiario por su sola voluntad, creándose a su favor un poder absoluto, ya que la cláusula que atribuya dicha potestad será nula, por contrariar el artículo 1253 del Código Civil que establece que los contratos no pueden quedar librados al arbitrio de una sola de las partes, violando así el principio de igualdad.³⁴

Por el contrario, para que el derecho de receso acordado por las partes sea lícito, el desistimiento unilateral debe ajustarse a “...*motivos de hecho, serios y exteriormente apreciables que no dependan de un hecho voluntario del titular...*”.³⁵

Dichos elementos objetivos, como veremos más abajo, pueden ser los siguientes:

3.2.1. Establecer un plazo mínimo de duración del contrato

Este es el caso, por ejemplo, en que las partes acuerdan que el contrato tenga un plazo de cinco años y que a partir del segundo año de contrato, cualquiera (o solo una) de las partes tiene derecho de receso. Transcurrido dicho plazo mínimo, la parte que desee terminar el contrato debe dar a la otra un preaviso razonable.

Nosotros entendemos que cuando las partes pactan un plazo mínimo y acuerdan que, vencido éste, cualquiera de ellas puede rescindir unilateralmente el contrato, ello equivale a que las partes en realidad acordaron que el plazo del contrato sea dicho plazo mínimo. De esa manera, una vez que este plazo mínimo finaliza, el contrato carece de un plazo determinado y por tanto, por aplicación de los principios generales de derecho, cualquiera de ellas tiene la posibilidad de desistir unilateralmente sin expresión de causa. Lo anterior, sin perjuicio de: (i) las limitaciones que las partes quieran acordar, (ii) si las partes acordaron un preaviso, y (iii) que el desistimiento no se ejerza con abuso de derecho.³⁶

Cuando el derecho de receso es acordado a favor de solo una de las partes, entendemos que dicho acuerdo también es válido y eficaz. En el ejemplo anterior, donde luego de dos años de contrato, una de las partes puede rescindir el acuerdo mediante un preaviso, dicha potestad no viola el artículo 1291 del Código Civil uruguayo. Se trata de un vínculo serio, en el que las partes estuvieron obligadas y debieron cumplir con sus prestaciones durante dicho período.

Asimismo, dicho acuerdo tampoco vulnera el artículo 1253 del Código Civil uruguayo, porque el cumplimiento del contrato no queda librado a solo uno de los contrayentes. La parte que decide terminar el contrato estuvo constreñida por el vínculo y

34 Carnelli, S., (n.19) p. 248.

35 Carnelli, S., (n.19) p. 249.

36 Señala la doctrina que: “*existe abuso de derecho, cuando se constata que lo que constituye el formal y aparente ejercicio de un derecho en realidad no lo es (Karimi), pues entraña una violación de los límites internos del mismo, sitúa la especie en el ámbito de los actos ilícitos*” (Blengio, J., “*Abuso de Derecho Breves Reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales*”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXVIII, pp. 639 y 640).

obligada a cumplir sus obligaciones. Adicionalmente, hasta que se extinga el plazo de preaviso, continúa obligada a cumplir. Dicha parte no tiene libertad de cumplir o no, que es lo que prohíbe el artículo 1253. Todo lo contrario. Mientras el contrato esté vigente, tiene obligación de cumplir sus obligaciones. Asimismo, el derecho de receso no puede considerarse una condición.

3.2.2. Preaviso

Este es el caso en que las partes acuerdan un plazo determinado para el contrato, pero establecen asimismo que cualquiera de ellas (o sólo una) puede terminar anticipadamente el vínculo, debiendo para ello, dar un preaviso determinado y previamente acordado por las partes.³⁷

Cierto sector de la doctrina entiende que el derecho de receso otorgado a favor de una o de todas las partes del contrato sin la necesidad de expresar justa causa o pago de una pena es ilícito.³⁸ Dado que no es posible transcribir el trabajo completo de estos autores, lo cual hubiera sido lo correcto, ya que a continuación exponemos los argumentos que explican por qué no estamos de acuerdo con su postura, citamos a continuación un párrafo del trabajo de dichos autores, que entendemos refleja correctamente sus argumentos: *“Se advierte de lo expuesto, siguiendo a Blengio, que a través del preaviso se genera un desequilibrio irracional e injusto a favor de una las partes del contrato, quien por su exclusiva voluntad, se desliga del negocio enviando un aviso con una plazo cuya duración fijó en forma unilateral y discrecional, violando los arts. 8 de la Constitución y 1253 CC. Y siguiendo a Carnelli, se observa que el preaviso se presenta como un poder absoluto, arbitrario y dependiente del mero juicio voluntario de una de las partes, dirigido a aniquilar el negocio o sus efectos sin ser conferido por norma jurídica alguna. Por lo expuesto, el referido preaviso se torna claramente ilícito”*.³⁹

Con el mayor respeto al trabajo de los autores citados, no tenemos el honor de compartir su postura por los siguientes motivos:⁴⁰

- 3.2.2.1. Si bien los autores citan a Carnelli como parte de sus argumentos, este último doctrino entiende que el preaviso es una modalidad válida para ejercer el derecho de receso. Es decir, Carnelli sostiene, como correctamente dicen los autores citados, que: *“El ejercicio del derecho de receso no puede quedar librado, cuando es de origen convencional, a la libre voluntad de su titular, por cuanto de esa manera se vulneraría el principio de la igualdad jurídica de los contratantes (art. 1253)...”*. No obstante, continúa Carnelli diciendo que es: *“necesario para que su pacto lícito, [el de derecho de receso] que se establezcan en el contrato, los presupuestos de hecho, ajenos a su voluntad y a su juicio, para ejercitarlo”*. Luego Carnelli enumera algunos casos que él considera como modalidades válidas para ejercer el derecho de receso y dentro de éstas incluye expresamente, al preaviso.⁴¹

37 Carnelli, S., (n.19) p. 253.

38 Fernández Fernández, G., y Larrañaga, L. (n.20) pp. 585 y 586.

39 Fernández Fernández, G., y Larrañaga, L. (n.20) p. 586.

40 Otras objeciones a esta postura pueden encontrarse en Mantero Mauri, E. y Chalar Sanz, L., (n.21) p. 763 y siguientes.

41 Carnelli, S., (n.19) pp. 252 y 253.

- 3.2.2.2. El plazo de preaviso no lo fija unilateral ni discrecionalmente quien ejerce el derecho de receso, sino que dicho plazo fue acordado por ambas partes. Podría discutirse en un contrato de adhesión no negociado si hubo consentimiento o no. No obstante, en aquellos contratos negociados entre las partes, no puede discutirse que hubo efectivo consentimiento ni que el plazo de preaviso fue acordado por ambas partes.
- 3.2.2.3. Decir que a través del preaviso *“se genera un desequilibrio irracional e injusto a favor de una las partes del contrato, quien por su exclusiva voluntad, se desliga del negocio”* equivaldría a decir que cada vez que una parte hace uso de una opción u otro derecho potestativo acordado en el contrato, se produce un desequilibrio irracional e injusto que viola el principio de igualdad.

Por tanto, si en un contrato de arrendamiento de inmueble, las partes pactan que el arrendatario tiene opción de prorrogar el plazo del contrato por un año más, también se generaría un desequilibrio irracional e injusto a favor del arrendatario, quien por su exclusiva voluntad extiende el plazo del contrato y obliga al arrendador a tener que quedar vinculado por dicho negocio, por un año más, lo cual no es razonable. Del mismo modo, si las partes de un contrato de suministro acuerdan que el plazo de dicho contrato es de un año, prorrogable automáticamente por períodos de un año, salvo que cualquiera de las partes manifieste que no desea que el contrato se prorrogue, debiendo para ello dar un preaviso de 60 días, también se generaría un desequilibrio irracional e injusto a favor de quien decida no prorrogar el contrato.

Asimismo, si en un contrato de prestación de servicios que constituye una relación de consumo, es el consumidor quien tiene el derecho de rescindir el contrato con un preaviso, entendemos que no podría argumentarse que dicho derecho es nulo, sobre la base de constituir un desequilibrio irracional e injusto.

Entendemos que los ejemplos citados muestran claramente que el derecho de receso con preaviso no viola el artículo octavo de la Constitución. Son las partes quienes en ejercicio de su poder normativo negocial acuerdan el plazo de receso y son ellas las más aptas para decidir si el contenido de una cláusula establece un desequilibrio irracional e injusto para una de las partes.⁴²

3.2.3. Pago de una pena

Este es el caso en que las partes acuerdan un plazo determinado para el contrato, pero establecen que una o ambas partes puedan terminarlo anticipadamente, mediante el pago de una suma de dinero u otra prestación a favor de la parte que no ejerce el derecho de receso. La doctrina es unánime respecto a que este acuerdo es válido y eficaz.⁴³

42 La Suprema Corte de Justicia uruguaya entendió que el derecho de receso otorgado a una de las partes del contrato, condicionado a un preaviso de 30 días, es válido. (LJU Tomo 136, Caso 15.513).

43 Carnelli, S., (n.19) pp. 255 y 256; Mantero Mauri, E. y Chalar Sanz, L., (n.21) p. 757; Caumont, A., (n.16) p. 387.

3.2.4. Justa causa

Este es el caso donde el ejercicio de la opción está condicionado a la verificación de un hecho objetivo independiente de la voluntad de las partes. Si dicho hecho se verifica, entonces el titular del derecho de receso podrá ejercerlo. Para que el receso sea válido, dicho hecho debe tener las siguientes características: (a) ser absolutamente objetivo; (b) estar rigurosamente individualizado al momento de perfeccionamiento del contrato; y (c) ser serio.⁴⁴

En virtud de lo expuesto en los numerales (i) y (ii) anteriores, al acordar el plazo de un contrato, las partes deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Si el contrato tendrá duración determinada o indeterminada.
- Si las partes desean tener el derecho de receso o no.

3.2.5. Pactar el receso unilateral a favor de ambas partes

La doctrina entiende que si el derecho de receso se pacta a favor de todas las partes es válido, ya que no viola el principio de igualdad.⁴⁵

4. La redacción del derecho de receso unilateral

4.1. Contrato de duración determinada sin derecho de receso

Si el contrato tiene duración determinada, las partes no podrán terminar anticipadamente el acuerdo, salvo que dicha potestad se establezca expresamente en el contrato.

Si nuestro cliente no desea que las partes puedan terminar el contrato antes del plazo acordado, entonces no es necesario redactar disposición alguna, ya que como indicamos anteriormente, el principio es que el plazo se establece a favor de ambas partes y, por tanto, ninguna de ellas puede terminar anticipadamente el vínculo sin el previo consentimiento de la contraparte. La excepción son aquellos contratos en que el plazo se presume a favor de sólo una de las partes y no de ambas.⁴⁶ En este caso, el redactor deberá incluir una disposición expresa en el contrato que no permita a ninguna de las partes a terminarlo anticipadamente.⁴⁷

Una cláusula que refleja lo anterior es la siguiente: *“El plazo de este Contrato será de un año, comenzando el 5 de agosto de 20XX a las 9:00 horas y finalizando el 5 de agosto de 20XY a las 9:00 horas y se prorrogará automáticamente por períodos iguales. Ninguna de las partes podrá ter-*

⁴⁴ Caumont, A., (n.16) pp. 387 y 388.

⁴⁵ Caumont, A., (n.16) p. 386.

⁴⁶ El contrato de depósito es un ejemplo. Por este motivo es que antes de redactar el acuerdo, el asesor legal debe estudiar a fondo el régimen jurídico del contrato que redactará. De esa manera, entre las cosas que sabrá del negocio jurídico es si el plazo se presume a favor de ambas partes (régimen general) o a favor de una de las partes.

⁴⁷ Esta disposición será válida siempre que la norma que establezca que el plazo es a favor de una sola de las partes no sea de orden público o se trate de una norma prohibitiva. En ese caso, las partes no podrán modificar dicha regla (Art. 8 del Código Civil Uruguayo, inciso segundo).

minar anticipadamente el contrato sin el previo, expreso y escrito consentimiento de la otra parte”.

4.2. Contrato de duración determinada con derecho de receso

Una vez que las partes acuerdan que el contrato tendrá una duración determinada, debemos saber si nuestro cliente desea tener el derecho de receso. Si la respuesta a dicha interrogante es afirmativa, entonces debemos preguntar a nuestro cliente si ambas partes tendrán derecho de receso o no. Si la respuesta es afirmativa, el derecho de receso será compartido por los contrayentes (ambas partes tendrán derecho a terminar anticipadamente el contrato). En ese caso, debemos preguntar a nuestro cliente en qué condiciones desea que las partes puedan rescindir:

4.2.1. Antelación del preaviso

Este es generalmente el elemento que trae más discusiones. Si bien ambas partes pueden acordar que el contrato se rescinda anticipadamente, las medidas que cada una deba tomar para prepararse para la terminación del contrato pueden ser muy distintas y, por tanto, el plazo que cada una requiera para aplicar dichas medidas también puede variar. Por ejemplo, pensemos en un contrato de suministro de combustible.

Si el cliente es una fábrica ubicada en Montevideo, no tendrá mayores dificultades en conseguir otro proveedor similar rápidamente. Por tanto, no deberá tomar grandes medidas para prepararse para la terminación del contrato y seguramente un plazo de preaviso de 30 días sea suficiente.

En cambio, si el mismo contrato de suministro es para una fábrica ubicada en una zona rural, el titular de dicho establecimiento seguramente tendrá mayores dificultades para encontrar otro proveedor y, por tanto, requerirá un preaviso mayor, de 60 o 90 días.

Con este ejemplo sencillo intentamos demostrar la relevancia que el plazo de preaviso puede tener para nuestro cliente. Por eso, al redactar el contrato, debemos preguntarle qué medidas deberá tomar para prepararse para la terminación del contrato y cuánto plazo requiere para aplicar dichas medidas. Dicha respuesta determinará la duración del preaviso. El abogado o escribano podría preguntarse por qué es necesario preguntar al cliente cuáles son las medidas que debe tomar, si alcanza con saber qué plazo requiere. La importancia de conocer las medidas es doble: conocemos más a fondo la actividad del cliente y tendremos argumentos objetivos para negociar el plazo de preaviso con la contraparte.

4.2.2. Medio en que la intención de rescindir debe ser comunicada

Esto se refiere a cómo una de las partes debe comunicar a la otra que desea rescindir el contrato. Dicho medio puede ser verbal, escrito, mediante fax, correo electrónico o por un medio fehaciente (notificación judicial, notarial o por telegrama colacionado con acuse de recibo).

4.2.3. Si el contrato debe tener un plazo mínimo durante el cual las partes no

pueden rescindir

Puede suceder que a pesar de que las partes acuerden el derecho de receso, éstas establezcan que dicho derecho sólo podrá ser ejercido luego de transcurrido un plazo determinado.

4.2.4. Si debe existir o no una causa para rescindir

Este punto refiere a si las partes pueden terminar el contrato sin dar motivo alguno o si requieren una causa para ello.⁴⁸ Si se trata del segundo caso, nuestra recomendación es describir precisamente cada causa.

4.2.5. Pago de una multa

La terminación anticipada puede estar sujeta al pago de una multa penitencial. Esta suma puede ser necesaria: (i) cuando nuestro cliente tuvo que realizar una inversión para celebrar el contrato, que no pudo recuperar por terminarse el contrato antes del plazo previsto; (ii) porque la terminación anticipada genera otro tipo de daños que son indemnizados mediante la multa; o (iii) como una forma de desincentivar la terminación anticipada.

Una vez que el profesional cuente con esta información, podrá redactar la cláusula de receso de acuerdo a los intereses de su cliente.

5. Aspecto a tener en cuenta: la modificación del contrato

Si la cláusula de receso unilateral fue redactada de acuerdo a los lineamientos indicados anteriormente, el ejercicio de dicho derecho potestativo será lícito, salvo que: (i) las partes hayan modificado dicha cláusula, (ii) la parte rescinda el contrato de mala fe o (iii) el ejercicio del derecho de receso vaya en contra de un acto previo de dicha parte.

La doctrina y jurisprudencia han afirmado que el contrato puede ser modificado por el comportamiento de las partes de manera expresa o tácita. Nuestra jurisprudencia ha señalado que consentimiento tácito: *“significa que estando en conocimiento de las decisiones del otro, no se opone a ellas”*.⁴⁹ Por su parte, la doctrina sostiene que el consentimiento tácito puede deducirse de: *“comportamientos concluyentes, activos u omisivos, que generan ciertamente en el destinatario recepticio un estado de titularidad determinada (...) que conceden significado de permisión y admisión a aquellas conductas internalizadas en el especial estado de situación en el cual acaecen...”*⁵⁰

48 De regla, en los contratos de cumplimiento continuado sin plazo determinado, el receso unilateral se ejercita sin necesidad de expresar motivo alguno. En palabras de Gamarra, *“se trata de un derecho potestativo, que se ejercita sin necesidad de expresar motivo alguno (ad nutum) y produce efectos cuando llega a conocimiento de la contraparte (declaración de voluntad recepticia)...”*. Gamarra, J. (n.23) p. 268.

49 Tribunal de Apelaciones de Familia del 1º Turno de Montevideo. Sentencia 170/2010.

50 Caumont, Arturo *“Acerca del nombre como entidad patrimonialmente relevante. Ensayo a propósito de reclamaciones económicas por su inserción en una denominación profesional”*, Revista Crítica de Derecho Privado N° 2, Cita Online: D1146/2010, <http://www.laleyonline.com.uy>.

En una consulta realizada por Gamarra⁵¹ el autor señala que una parte no puede desconocer un comportamiento propio y pretender ejercer un derecho que contradiga dicho comportamiento, por los siguientes argumentos:

5.1. Incumplimiento del deber de actuar con buena fe

Al respecto señala Gamarra que: *“Es opinión pacífica de la doctrina que una parte tiene el deber de comunicar a la otra las circunstancias que ha llegado a conocer, si son relevantes para la ejecución del contrato; este deber se acentúa cuando estamos en presencia de una relación societaria. Cuando esta situación se prolonga por mucho tiempo, es contrario a la buena fe variar ese comportamiento pasivo, con una “voltereta sucesiva” (la expresión pertenece a Roppo), reclamando el incumplimiento, impugnando los pagos repetidos que no había cuestionado antes”*.⁵²

Señala la doctrina que la buena fe, contenida en el artículo 1291 del Código Civil Uruguayo es *“una norma in blanco, concretada en un comportamiento honesto, escrupuloso, leal, sincero, fiel a la palabra empeñada, solidario con los intereses de los restantes sujetos con los que entró en una determinada vinculación”*.⁵³

5.2. Teoría del acto propio

Gelsi decía que: *“quien adopta determinada conducta y luego la cambia contradictoriamente, de modo de quedar en incoherencia a su respecto, no obra de buena fe, con lealtad, en relación a quien se ve confrontado a este abrupto e infundado cambio de conducta”*.⁵⁴ Por su parte, Gamarra enseña que: *“el autor de un comportamiento no le es lícito hacer valer un derecho que esté en contradicción con su anterior conducta, cuando ésta justifica la conclusión de que tal derecho no será ejercido luego”*.⁵⁵

La teoría del acto propio ha sido utilizada frecuentemente por nuestra jurisprudencia y se funda en el principio de la buena fe.⁵⁶ Si una parte por un tiempo prolongado se comporta de determinada manera generando una convicción (o expectativa para otros autores), en la otra parte de que dicho comportamiento continuará existiendo, no puede luego válidamente desconocer su conducta anterior e intentar modificarla.⁵⁷

51 El fragmento de la consulta puede encontrarse en: *“Suprema Corte de Justicia de Uruguay N° 127, 20/5/09, Formalismo jurídico versus principios generales de derecho. Interpretación del contrato”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXIX, (pp. 898 a 900).*

52 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, (n.51) p. 898.

53 Gamarra, J. L., *“Abuso de Derecho”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXVI, p. 636, citando a al Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno de Montevideo, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXI, ficha 79.*

54 Citado por Gamarra, J., en *“Teoría del acto propio redimensionada. Análisis jurisprudencial”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XL, p. 925.*

55 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, (n.51) p. 899.

56 Dice la doctrina que la finalidad última de la buena fe objetiva es la de *“hacer prevalecer, eventualmente, sobre el formalismo del derecho, la sustancia de la finalidad y de los intereses perseguidos por las partes”*, Gamarra, J. L., (n.53) p. 636, citando a Inzitari, *Obbligazioni: Fonti e disciplina generale*, p.484.

57 Esta teoría tiene su símil en el *Verwirkung* alemán y en el *estoppel* del *common law*.

5.3. Modificación tácita del contrato

Si ante el incumplimiento del deudor por mucho tiempo, el acreedor lo tolera, no la cuestiona y adopta una conducta pasiva, la doctrina entiende que: *“se ha producido una modificación tácita del contrato y que la conducta del acreedor es incompatible con la voluntad de resolverlo”*.⁵⁸

Gamarra agrega que no sólo la conducta de las partes posterior a la firma del contrato debe tomarse en cuenta para interpretar su voluntad, sino también aquella previa al perfeccionamiento del vínculo, especialmente la manifestada durante la etapa de tratativas.⁵⁹

Este criterio de interpretación toma mucha importancia en los contratos de ejecución continuada, con plazo de varios años. En éstos, dada la larga duración del vínculo y la frecuencia de las prestaciones, la forma en que las partes ejecutan el contrato es un criterio para descubrir su verdadera intención.

Del mismo modo, Barbieri dice que *“A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres, o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choca contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”* y que: *“En la dinámica de una relación jurídica, las partes asumen conductas que luego pretenden desconocer con un comportamiento posterior; en ésta situación se verá enfrentado el juez, quien de interpretar como contradictorio o incoherente el segundo, lo declarará inadmisibile”*.⁶⁰

6. Conclusiones

Algunos de los principales motivos por los que nuestros tribunales deben decidir si un derecho de receso fue ejercido abusivamente o no, es porque las partes directamente no regularon el receso unilateral en el contrato, o porque lo hicieron descuidadamente, sin tener en cuenta la normativa aplicable, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, ni los intereses de su cliente.

La redacción de la cláusula que regula el plazo del contrato y el derecho de las partes a rescindirlo unilateralmente puede contribuir a evitar este tipo de litigios. Si la cláusula es redactada de acuerdo a la normativa aplicable y siguiendo los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, el ejercicio por una de las partes del derecho de receso de acuerdo a lo convenido, difícilmente pueda ser juzgado como abusivo.

Decimos que es difícil que dicho ejercicio sea considerado abusivo, en lugar de decir, por ejemplo, que es imposible que dicho ejercicio sea considerado abusivo, porque,

58 Suprema Corte de Justicia de Uruguay, (n.51) p. 899.

59 Gamarra, J., *“Tratado de Derecho Civil Uruguayo”*, Tomo XVIII, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1977, página 229.

60 Barbieri, Laura, *“La doctrina de los actos propios y nuestra jurisprudencia”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXX, p. 767, citado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno de Uruguay, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXIII, ficha 963.

como analizamos en el punto 5 anterior, a pesar de la redacción del contrato, la conducta de las partes debe tomarse en cuenta para determinar si el receso se ejerció lícitamente o no. Es decir, es posible que, a pesar del texto literal del contrato, la conducta de las partes modifique dicho acuerdo o que la conducta de una de ellas constituya un acto propio. En estos casos, la parte que alegue la mala fe, el acto propio o la modificación del contrato tendrá la carga de probar dichas circunstancias y si no lo hace, primará el texto acordado por las partes. En todo caso, no obstante, la redacción adecuada del derecho de receso constituye un muy buen punto de partida para dar certeza a las partes.

7. Bibliografía

Barbieri, Laura, *“La doctrina de los actos propios y nuestra jurisprudencia”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXX.

Berdaguer, J., *“La “justa causa” de receso en los contratos de duración con plazo determinado”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXIII.

Blengio, J., *“El plazo como elemento del contrato”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo X.

Blengio, J. *“Opción”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XVII.

Blengio, J., *“Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera Parte.”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXII

Blengio, J., *“Abuso de Derecho Breves Reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXVIII .

Carnelli, S., *“El desistimiento unilateral del contrato”*, en Gamarra, J., *“Tratado de Derecho Civil Uruguayo”*, Fundación de Cultura Universitaria, 1972, Montevideo, Tomo XIV.

Carnelli, S. y Cafaro, E., *“Eficacia Contractual”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Edición de 1989.

Caumont, A., *“El pacto de desistimiento unilateral en negocio jurídico de ejecución no continuada”*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXII.

Caumont, Arturo *“Acerca del nombre como entidad patrimonialmente relevante. Ensayo a propósito de reclamaciones económicas por su inserción en una denominación profesional”*, *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 2, Cita Online: D1146/2010, <http://www.laleyonline.com.uy>

De Cores, C., Berdaguer, J., Larrañaga, L., Gamarra, J.L. y Gamarra, R., *"Obligaciones y Cuasicontratos"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Primera Edición.

Gamarra, J., *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1972, Tomo IX.

Gamarra, J., *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Fundación de Cultura Universitaria, Tercera Edición, Montevideo, 1994, Tomo XIV.

Gamarra, J., *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1977, Tomo XVIII.

Gamarra, J., *"Teoría del acto propio redimensionada. Análisis jurisprudencial"*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XL.

Gamarra, J. L., *"Abuso de Derecho"*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXVI.

Larrañaga, L. y Fernández Fernández, G., *"Límites al receso unilateral"*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXX.

Mantero Mauri, E. y Chalar Sanz, L., *"Reflexiones en torno al receso unilateral en los contratos de ejecución continuada. Crítica a una tesis novedosa"*, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Tomo XXXII.

Peirano Facio, J., *"Curso de Obligaciones"*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1966, Tomo IV.

Stark, T., *"Drafting Contracts: How and Why Lawyers do what they do"*, Walters Kluwer, Estados Unidos, 2007.

EL DERECHO A LA VIDA: SU PROBLEMÁTICA EN EL URUGUAY DE HOY

ADRIANA MONTERO

Abstract

El derecho a la vida es el punto de partida de los demás derechos humanos, su importancia es tal que no tendría objeto garantizar los demás derechos si no se lo reconociera y garantizara. Sobre la base de tal afirmación, este trabajo analiza desde una perspectiva básicamente jurídica sin dejar de lado la visión filosófica no solo su reconocimiento a nivel nacional e internacional, sino también los desafíos y problemas a los que se enfrenta en especial en Uruguay. **La aprobación por parte de Uruguay de la Ley N° 18.987 (22 de octubre de 2012) de Interrupción voluntaria del embarazo, a la que se suma su decreto reglamentario 375/012 (29 de noviembre de 2012) constituyen la nueva legislación vigente en materia de aborto en Uruguay.** La adopción de estas disposiciones pone en jaque y ataca de lleno el derecho a la vida tal como es concebido colocando a nuestro país en violación de numerosas disposiciones nacionales e internacionales. Mi objetivo con este trabajo es poner de manifiesto la gravedad del asunto y proponer el reflote de **la idea de dignidad humana**, concepto indeterminado de difícil definición, pero central para la concreción de un derecho a la vida de aplicación práctica y concreción real.

1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA VIDA

De acuerdo con las posturas doctrinarias más recibidas, podemos afirmar que el derecho a la vida es el punto de partida de los demás derechos humanos.

El derecho a la vida es la base. Es la condición indispensable para que existan los demás derechos porque está inseparablemente unido a la existencia del hombre y es, por consiguiente, el derecho que señala el grado de plenitud que el hombre puede alcanzar.

No tendría objeto garantizar los demás derechos humanos si no se reconociera y garantizara previamente el derecho a la vida. Pues se trata de aquellos derechos inherentes al ser humano que, por ínsitos a dicha condición exigen no sólo su reconocimiento por parte del Estado y la sociedad toda, sino también su preservación y la garantía de su existencia y funcionamiento pleno.

Es el derecho que tiene cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo.

Desde el surgimiento de los derechos humanos como concepto histórico en la modernidad jurídico-política, la vida ocupa un lugar fundamental en ellos.

Si estudiáramos las características de los atentados contra ella, lo primero que diríamos es que surgen invocando la libertad individual, en virtud de la cual muchas veces

se requiere la autorización y ayuda del Estado.

Otra de sus características es que, en general, van dirigidos contra la vida en sus estados más débiles, la vida naciente y la terminal. Entre ellos pueden mencionarse: el aborto, las amenazas derivadas de las técnicas de reproducción artificial, diagnóstico prenatal empleado al servicio del aborto, ciertas formas de infanticidio, la eutanasia y las políticas demográficas antinatalistas entre otros, a cuya efectiva implantación por los países en vías de desarrollo queda condicionada incluso la ayuda económica de los países ricos y de ciertos organismos internacionales.

Tal como señala P. Serna: *“Por tal razón, la reivindicación del derecho a atacar la vida ajena implica de modo necesario la exclusión social: Nuestras ciudades -ha señalado agudamente Juan Pablo II- corren el riesgo de pasar a ser ciudades de “convivientes” a sociedades de excluidos, marginados, rechazados y eliminados”*¹.

Pretender que la libertad humana se puede extender legítimamente hasta incluir un supuesto derecho a privar de la vida a otros seres humanos, solo se explica por una comprensión defectuosa de la dignidad de la persona humana y de la libertad que le es connatural.

Trataremos de reivindicar este concepto.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR URUGUAY QUE CONSAGRAN EL DERECHO A LA VIDA

Es importante recordar que el derecho a la vida integra la categoría de derechos civiles y de primera generación y está reconocido en numerosos instrumentos internacionales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos,
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,
- Convención Universal sobre los Derechos del Niño,
- Pacto de San José de Costa Rica,
- Convención para la Sanción del Delito de Genocidio,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue incorporada a nuestro derecho por la Ley N° 10.683. La misma establece:

*“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*².

1 P. Serna, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, EL DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág.26.

2 Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, incorporada al Derecho uruguayo por Ley N°

El artículo 30, que cierra la Declaración, reafirma: *“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualesquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”*³.

Como veremos más adelante la protección del derecho a la vida se ve asegurado a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Uruguay por Ley N° 13.751 (1969), la Convención Universal de Derechos del Niño ratificado por Ley N° 16.137 (1990) y la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada también por Uruguay por Ley N° 15.737 (1985).

Finalmente, la Ley N° 13.482 (1966) que ratifica la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Ley N° 17.722 (2004) que incorpora al derecho uruguayo la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Ley N° 17.347 (2001) que ratifica la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, completan el elenco de leyes nacionales que incorporan a nuestro derecho documentos internacionales que protegen el derecho a la vida y que Uruguay no puede desconocer.

3. DISPOSICIONES NACIONALES RELATIVAS AL DERECHO A LA VIDA

Nuestro sistema jurídico reconoce el derecho a la vida no solo a través de preceptos constitucionales y tratados internacionales sino también a través de normas de rango legal y lo mismo sucede con las normas que lo protegen.

El punto de partida está recogido en el artículo 7° de la Constitución de la República:

“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad.

*Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”*⁴.

Sin perjuicio del análisis más detallado del artículo 7 que haremos a lo largo del trabajo, queremos destacar el aporte del Profesor Gorosito Zuluaga, que fundado en los artículos 7 y 72 de la Constitución afirma que: *“el concebido- desde dicho momento- es titular del derecho a la vida”*⁵.

Del estudio del artículo 7 de nuestra constitución podemos concluir que existen ciertos aspectos a clarificar:

10.683, 15 de diciembre de 1945.

3 Artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Ley Nacional N° 10.683, 15 de diciembre de 1945.

4 Artículo 7 de la Constitución Nacional de la República Oriental del Uruguay.

5 Eduardo Esteva, “El orden constitucional uruguayo”, Veto al aborto –Estudios Interdisciplinarios sobre la 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez”, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2012, Pág. 89.

- El concepto de vida propiamente dicho.
- El alcance de la expresión “goce de” la vida.

4. CONCEPTO DE VIDA

En el Diccionario de la Real Academia Española encontramos el siguiente concepto:

“Intervalo de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal o vegetal hasta su muerte. Duración de las cosas”.

Partiendo de este concepto, podemos sostener que es esencial que las distintas normas, tanto de derecho interno como internacional, clarifiquen qué se entiende por “vida”, sin embargo, no encontramos en los distintos ordenamientos una definición precisa.

La doctrina nos aproxima a un concepto.

Al decir del Dr. José Korzeniak: *“Desde el punto de vista biológico, el derecho a la vida supone el derecho a nacer, el derecho a existir y el derecho a sobrevivir”*⁶.

Por su parte, el Dr. Jiménez de Aréchaga⁷ encara el análisis del derecho a la vida con tal amplitud que le permite sostener que no se trata simplemente del derecho a vivir, sino de vivir en determinadas condiciones aceptables. Por esa razón, entiende que constituyen la regulación del derecho a la vida, no solamente el artículo 7º de la Constitución de la República, sino también el artículo 26 y otras tantas disposiciones de la Sección II de la Carta.

4.1 ¿Desde cuándo se es titular de este derecho?

Resulta imposible disociar en el estudio del tema del inicio de la vida, la cuestión del inicio de la personalidad jurídica. Si bien parece evidente afirmar que se *“Todo ser humano es persona”*. No todos opinan así.

4.1.1. Análisis de la cuestión desde un punto de vista filosófico

En este apartado veremos la postura de distintos autores en cuanto al alcance del término **“persona”** y **el comienzo de la personalidad jurídica**. Analizaremos distintas posturas y esbozaremos las críticas del caso.

Para algunos autores solo son titulares de derechos *“las personas”*, cuya noción no es coextendida con la de los entes humanos. Engelhardt por ejemplo afirma, *“no todos los seres humanos son personas, no todos son auto-reflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que*

6 José Korzeniak, “Curso de Derecho Constitucional II”, Tomo I, FCU (Fundación de Cultura Universitaria), Uruguay, 1971, Pág. 151.

7 Justino Jiménez de Aréchaga, “Teoría del Gobierno”, Tomo II, Editorial Medina, Uruguay, 1947, Pág. 26.

*no son personas. Estas entidades son solo miembros de la especie humana*⁸.

Son duras palabras, pero aunque resulte difícil de creer, existen autores que sostienen esta postura.

Sin embargo, podemos afirmar en el sentido de Spaemann que: *“la personalidad es una constitución esencial, no una cualidad accidental. Y mucho menos un atributo que se adquiera poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie homo sapiens se revelan como personas por poseer determinadas propiedades, debemos considerar como seres personales a todos los individuos de la especie, incluso a los que todavía no son capaces, no lo son ya, o no lo serán nunca de manifestarlos*⁹.

Esto significa que el derecho a la inviolabilidad de la vida, que se sigue necesariamente de ese carácter, pertenece a todo ser humano desde que comienza su existencia con la fecundación hasta que se extingue con su muerte, no existiendo otro requisito.

Por otro lado, existe la postura tradicional operativa que trata de definir a la persona a partir de las operaciones que en ella se consideran más importantes, constatando la presencia de ciertas características que han sido consideradas importantes para definir a la persona.

Criticando esta posición señala V. Possenti: *“La línea del personalismo ontológico procura una determinación sustancial antes que operativa del ser de la persona. Esta escuela asignando mayor importancia a la investigación de los signos personales o indicios que puedan señalar la presencia de la persona, no entiende que el ser persona o el convertirse en tal, sean verificables solo funcional o empíricamente, pero sí es argumentable racionalmente dentro de una concepción que admita el ser y los grados de perfección*¹⁰.

*“La definición psicológica de persona parece asumir sin pruebas, tanto la identidad de la mente como la actividad síquica consciente, con un pasaje indebido del orden del ser y de la sustancia al de la función*¹¹.

Otra postura es la que tiene una concepción gradualista de la persona y de su derecho a la vida, sostenida por Parfit: *“El ovulo fecundado no es un ser humano y una persona ya desde el comienzo, lo va siendo lentamente, la destrucción de este organismo al comienzo no es normalmente equivocada, pero poco a poco se vuelve errada*¹².

El equívoco que existe en estas posiciones consiste fundamentalmente en identificar el orden del ser con el orden del obrar, disolviendo totalmente el primero en el segundo.

No parece que sea ni afortunado ni correcto el método de inferir el carácter de per-

8 C. I. Massini, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 194.

9 Ob. Cit. Pág. 197.

10 V. Possenti, “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 121.

11 Ob. Cit. Pág. 124.

12 Ob. Cit. Pág. 125; 126.

sona en un individuo basándose exclusivamente en sus operaciones. En virtud del gran desnivel que existe entre los ordenes del ser y del obrar, debería permanecer abierta la posibilidad de que la persona pueda existir aún en ausencia de sus operaciones.

Tal como señala Possenti: *“El equívoco de fundar la persona en el obrar, se refleja en la cuestión de la unidad e identidad del yo sujeto, que sin un acto primero fundante y radical, queda desparramado y disuelto en los múltiples actos que tienen lugar en un proceso temporal”*¹³.

La definición más antigua y conocida de persona, es la de Boecio, para quien la persona es *“rationalis naturae individua substantia”*. Próxima está la de Ricardo de San Víctor *“rationalis naturae individua existentia”*. Puede verificarse que estas definiciones tienen todas al mismo tiempo, los conceptos necesarios: naturaleza, individuo, sustancia, existencia, racionalidad y espiritualidad. Además no se excluye el nivel corpóreo-biológico-genético, en cuanto que la sustancia individual humana, es corpórea.¹⁴

La persona es sujeto individual y sustancial, dotado de espiritualidad y por lo mismo capaz de reflexionar sobre el todo, de relacionarse, de auto-poseerse, de tener autoconciencia, interioridad, libertad, dominio de sus propios actos. La persona existe en sí y por sí, colocándose en la cúspide de la existencia individual y realizando del modo más pleno el concepto de individualidad. Tomás de Aquino concluía diciendo que *“la persona es lo más perfecto de todo lo que hay en el universo, porque en ningún otro individuo se puede encontrar una gama tan rica de perfecciones ontológicas y operativas, una más profunda unidad que brota desde la forma sustancia”*¹⁵.

“...La singularidad de la persona se condensa en una cualidad que solo ella posee, la incomunicabilidad ontológica y la comunicabilidad intencional. Incomunicabilidad en el orden del existir, porque aquella posee y ejercita el propio acto de ser, que es solo suyo y no compartible con otros, comunicabilidad intencional en el orden del obrar, en el conocer, el amar, el dialogar, *“el vivir con”*, por lo que la persona es, una apertura al todo...”¹⁶.

En el caso de la persona, aquello que la hace ser tal, es ser un individuo de naturaleza espiritual y no el mayor o menor grado de conciencia.

*“Las características y las funciones que pueden crecer, disminuir, faltar, por este motivo no son esenciales. En particular, la privación de una cualidad, admite grados, mientras que esto no ocurre con las propiedades esenciales. En consecuencia, por el hecho de que la conciencia o los estados síquicos pueden tener grados, aquellos no constituyen una determinación esencial de la persona. Una persona humana no es menos persona si es ciega”*¹⁷.

Recordemos que las características no esenciales pueden ser poseídas primero potencialmente, después desarrollarse y al final declinar.

13 Ob. Cit. Pág. 128.

14 Ob. Cit. Pág. 132.

15 Ob. Cit. Pág. 133.

16 Ob. Cit. Pág. 134.

17 Ob. Cit. Pág. 137-138.

Al mismo tiempo, como los estados síquicos no son solo propios de las personas, sino también pueden verse en algunos animales y máquinas inteligentes, podríamos considerar persona también a estas criaturas.

Esto lleva a afirmar que el individuo humano es “*per se*” persona, aunque esté privado de conciencia. Es una naturaleza espiritual, que puede ser poseída “*in radice*”.

“Las informaciones que da la biología confieren la certeza de que por su origen, su estructura genética, su organización celular, y el sentido teleológico de la ontogénesis, desde el instante de la concepción, hay una vida humana”¹⁸.

El ser persona parece la única modalidad de existencia que conviene a la naturaleza humana.

A raíz de todo este estudio, podemos concluir que es innegable la potencialidad activa que realmente posee el embrión para realizar las operaciones propias de la persona.

4.1.2. Perspectiva jurídica de la cuestión

Diferentes respuestas se han dado en materia jurídica sobre el comienzo de la personalidad jurídica. Y la discusión está lejos de encontrar una solución.

- Existen distintas teorías que buscan dar una respuesta:
- la teoría de la concepción,
- la teoría del nacimiento,
- la teoría del nacimiento viable y
- la teoría del nacimiento viable y cumplimiento de un tiempo mínimo de vida natural.

Al mismo problema se ha enfrentado la doctrina penalista, el Dr. Langón lo ilustra claramente al hablar del delito de homicidio, dejando clara su postura respecto al comienzo de la vida:

“El homicidio consiste en “matar” a un tercero, esto es, en quitar la vida a una persona con vida independiente de la madre, por lo que siendo que hay vida humana desde el momento mismo de la concepción y ella es un proceso continuo hasta la muerte, el comienzo de la vida extrauterina debe ser definido normativamente, único modo de distinguir el paso al aborto.

...Durante mucho tiempo se consideró por la mayoría de la doctrina que había homicidio si la víctima había respirado, es decir, había penetrado aire a los pulmones, momento en que existiría propiamente una “persona” autónoma a proteger, independientemente del feto cuya vida protege la figura del aborto.

No se sostiene actualmente la vieja opinión de que para ser “persona” había que nacer viable y vivir veinticuatro horas de vida natural, argumento civilista que derivaba de las

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 141.

normas referidas a los derechos sucesorios (art 216 inc. 3)”¹⁹.

A favor del comienzo de la personalidad jurídica desde la concepción se suma la Ley N° 16.137 que ratifica la Convención Universal de Derechos del Niño.

En su articulado señala:

“En el sentido de la presente convención un niño es todo ser humano menor de 18 años”²⁰.

“Los estados parte reconocen que todo niño tiene derecho inherente a la vida”²¹.

En el Preámbulo, en su inciso 9 agrega: *“El niño en razón de su inmadurez física e intelectual tiene necesidad de protección y cuidados especiales, también en la órbita jurídica, tanto antes como después del nacimiento”²².*

Arezo Píriz analiza el art. 1° de la Convención Universal de los Derechos del Niño, señalando: *“El ser humano comienza a existir como vida autónoma desde que el material genético procedente del padre y de la madre, en el momento de la concepción -que es el instante cuando el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula- se unen para convertirse en embrión, huevo o cigoto. Este ser vivo, enteramente independiente, lleva el material genético propio no sólo de la especie humana sino, también, el de ese ser individual durante el resto de su vida. Es decir, no hay un momento en que un no nacido exista como individuo pero aún no pertenezca a la especie humana”²³.*

La CADDHH (Convención Americana de Derechos Humanos) también conocida como Pacto de San José de Costa Rica e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 15.737, establece: *“persona es todo ser humano”* y *“tiene derecho a la vida, en general, desde el momento de la concepción”*.

“A los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”²⁴.

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”²⁵.

Existe una fuerte polémica en torno al sentido del término **“en general”** dentro del Pacto.

Entiende Arezo Píriz que, según el Pacto, la vida humana está protegida desde el mo-

19 Miguel Langón, “Código Penal y Leyes Penales Complementarias comentado, sistematizado y anotado”, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Uruguay, 2007, Pág. 650-651.

20 Artículo 1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, ratificada por Uruguay por Ley N° 16.137, 28 de septiembre de 1990.

21 Artículo 6.1 de la Convención Universal de Derechos del Niño, Ley Nacional N° 16.137, 28 de septiembre de 1990.

22 Preámbulo de la Convención Mundial de Derechos del Niño, Inciso 9.

23 Arezo Píriz, “El Comienzo de la personalidad en el Derecho Positivo Uruguayo, Montevideo”, Revista Jurídica Estudiantil, 1993, Pág. 102 y 104.

24 Artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley Nacional N° 15.737, 22 de marzo de 1985.

25 Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley Nacional N° 15.737, 22 de marzo de 1985.

mento de la concepción. “A partir de la concepción, en que comienza el derecho a la protección a la vida, tenemos como sujeto de derecho activo, de esa relación tuitiva al “concebido”. A su vez, si el “concebido” (el “nasciturus” del derecho romano), es sujeto de derecho es, a la vez, persona, ya que ambos son conceptos inescindibles. Este desarrollo nos lleva a la ineluctable conclusión (de) que el concebido es persona y por consiguiente, en nuestro actual sistema, la personalidad comienza con la concepción del ser humano...”²⁶.

Para Howard el art. 4 de la CADDHH es insuficiente por sí sólo para la determinación del comienzo de la personalidad por la expresión “en general”. En este sentido afirma: “En efecto, a pesar de que el mencionado por el autor (Arezo Píriz) puede constituir un elemento coadyuvante con otros preceptos legales para admitir que se es persona desde el momento de la concepción, lo considero insuficiente por sí solo. La razón de ello radica en la redacción textual de la disposición, según la cual el derecho a la vida “estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción”. La expresión “en general” probablemente fue incluida en aras de lograr una mayor aceptación del Pacto, en cuanto, en diversos ordenamientos el derecho a la vida no se protege desde el momento de la concepción, sino desde el nacimiento; v. gr. es lo que acontece con los Estados que admiten como legítimas las prácticas abortivas”²⁷.

Sobre el significado de “en general”, Gross Espiel interpreta: “Ese “en general”, a mi juicio, fue puesto en la última etapa de la elaboración de la Convención Americana, para indicar la posibilidad de que la ley interna, por razones de “interés general”, pueda en ciertos casos excepcionales permitir el aborto, sin afectar el principio básico de que la vida humana comienza con la concepción”²⁸.

En mi opinión, la titularidad del derecho a la vida exige la personalidad. La titularidad del derecho a la vida requiere, como presupuesto necesario, que el concebido sea persona en sentido jurídico desde la misma concepción. Mal podría ser el concebido titular de un derecho sin ser al mismo tiempo sujeto de derecho. Negar la personalidad jurídica del concebido sería una afirmación contraria al ordenamiento internacional.

4.1.3. Análisis de otras disposiciones que reafirman que se es persona desde el momento de la concepción.

Dentro del elenco de disposiciones que confirman que se es persona desde el momento de la concepción, encontramos:

El artículo 21 del Código Civil Uruguayo, según el cual todos los individuos de la especie humana son personas y en consecuencia, titulares de derechos y obligaciones.

La amplitud de la disposición no distingue entre concebido, nacido o ninguna otra cualidad que pueda restringir el abanico de posibilidades dentro de los individuos humanos que son considerados personas físicas para nuestro derecho.

26 Arezo Píriz, Ob. Cit. Pág. 85.

27 Walter Howard, “Derecho de la Persona”, Volumen I, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2008, Pág. 49.

28 Héctor Gros Espiell, Derecho a la Vida – Aborto, “Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos”, Facultad de Derecho. Universidad de la República. Ciclo 1999, FCU, 2000, Pág. 161.

Sobre esta base, se afirma que toda vez que haya un individuo de la especie humana (concebido o nacido, viable o no) estamos frente a un sujeto de derechos en sentido estricto.

Siguiendo las reglas del art. 18 del Código Civil Uruguayo según el cual: *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...)”*²⁹, la expresión *“individuos de la especie humana”* remite directamente a la idea de todo ser humano, sin discriminación alguna.

En base a los conocimientos científicos actuales es sabido que son individuos humanos los constituidos por un ADN propio de un ser humano, perteneciendo a la especie humana homo sapiens sapiens, sin otras distinciones.

El art. 2° de la Ley N° 15.977, que creó el Instituto Nacional del Menor o INAME (actualmente llamado INAU o Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay) establece como cometido de dicho organismo *“asistir y proteger a los menores moral y materialmente abandonados desde la concepción hasta la mayoría de edad”*³⁰.

Esta norma engloba dentro del concepto de *“menor”* a todo ser humano desde la concepción hasta la mayoría de edad, sin realizar ninguna distinción. Algunos autores han visto en esta norma otro argumento a favor de la posición que sostiene que el Derecho uruguayo reconoce el carácter de sujeto de derecho desde el momento de la concepción. Incluir al concebido dentro de la categoría de *“menor”* y negarle el estatus de persona exigiría una interpretación forzada de esta norma.

El CNA (Código de la Niñez y la Adolescencia) no es ajeno a esta problemática y en este sentido establece: *“Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas”*³¹.

*“Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones, cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”*³².

*“El estado tiene la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto a toda forma de situaciones que pongan en riesgo su vida o inciten a la violencia, como el uso y el comercio de armas”*³³.

“El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independientemente del origen étnico, nacional o social, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, el nacimien-

29 Artículo 18 del Código Civil Uruguayo.

30 Artículo 2 de la Ley Nacional N° 15.977, de Creación del Instituto Nacional del Menor, 17 de octubre de 1988.

31 Artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

32 Artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

33 Artículo 15 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

to o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales”³⁴.

De la redacción puede concluirse que la protección de los derechos del niño no están condicionados al nacimiento, reconociendo que el concebido ya goza de ellos.

El Decreto-Ley N° 15.084, de 28 de noviembre de 1980, establece el beneficio de la asignación familiar desde la comprobación del embarazo y dispone que el beneficiario sea el hijo menor.

Las beneficiarias recurrirán al organismo competente con carnet obstétrico que acredite el embarazo y comenzarán a gozar del beneficio (que es a favor de la criatura no nacida aún) a partir del último trimestre del embarazo.

A partir de normas reglamentarias se impone al médico el deber de defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.

El Decreto 204/01, de 21 de mayo de 2001, dispone en su art. 2° que: “*el médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción*” y que “*en salvaguardia de los derechos y dignidad de la persona humana debe negarse terminantemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualesquiera fuera su modalidad o circunstancia*”.

Por último, cabe señalar que esta posición es reafirmada por nuestros tribunales. De acuerdo a la sentencia n° 23 del Tribunal de Apelaciones de Familia (T.A.F) 1° Turno, de 28 de julio de 1999 se entiende que: “*hay que darle a la palabra individuo, el sentido natural y obvio de ella, que surge de la aceptación que le confiere el Diccionario de la Real Academia Española, significa, en primer lugar, que no puede ser dividido, y, en segundo lugar, cada ser organizado, ser animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece. La nota fundamental o distinta que se desprende de tales acepciones, no resulta ser la de ser autónomo o independiente, sino la de ser indivisible con características propias dentro de los de su especie. Es esta última acepción de la palabra individuo la única correcta a juicio del Tribunal. Por ende, en el fallo se expone que “parece claro que desde la concepción existe un ser humano organizado, con características propias dentro de los de su especie y, por ende, un individuo de la especie humana al que el art. 21 del C.C. le otorga la calidad de persona*”³⁵.

De lo expuesto se concluye que son inadmisibles las posturas que nieguen la personalidad jurídica del concebido porque serían contrarias a la dignidad del ser humano. Y resulta por demás evidente que ésta es la posición recogida por el legislador a lo largo de todo el ordenamiento jurídico.

4.1.4. Alcance de la expresión “goce de la vida”

34 Artículo 14 Inciso 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia Uruguayo, Ley Nacional N° 17.823, 14 de septiembre de 2004.

35 La Justicia Uruguaya, Tomo 195, caso 13.821.

La doctrina uruguaya sostiene pacíficamente la distinción entre el derecho a la vida, preexistente a la regulación constitucional y la protección en el goce de la vida, consagrado por nuestra constitución.

Tal como señala Jiménez de Aréchaga: *“Nuestra Constitución no entiende crear esos derechos a favor del individuo, sino simplemente proclamar su existencia y garantizarla, concibiéndolos como anteriores al texto constitucional”*³⁶.

La segunda oración del artículo 7 de nuestra constitución puede interpretarse, preguntándose *“¿Importa ello decir que la ley, por razones de interés general, puede privar al habitante del derecho a la vida? No. Importa decir, que la ley, por razones de interés general puede privar al habitante del derecho a ser protegido por el Estado en el goce de la vida. Está fuera de discusión la posibilidad de que una ley, aún fundada en razones de interés general, pueda privar de derechos que son inherentes a la condición humana de acuerdo a lo que prevé el artículo 72 de la misma Sección II de la Constitución”*³⁷.

Tal como señala el Dr. Korzeniak: *“Pienso que si examinamos el texto del artículo 7º, en rigor no tendremos que estudiar el derecho a la vida, sino el derecho “a ser protegidos en el goce de la vida”. Entonces, ateniéndonos a esa expresión, es posible entender como formando parte de este derecho a la vida el derecho a la protección de la maternidad, del indigente, del enfermo, el derecho a gozar de vivienda decorosa, etc”*³⁸.

Destacamos la amplitud del concepto.

5. APROBACIÓN DE LEY DE ABORTO EN URUGUAY

A fines de 2008, el parlamento uruguayo aprobó un proyecto de ley en el que, además de establecer normas sobre la defensa del llamado derecho a la salud sexual y reproductiva, se despenalizaba el aborto.

El 14 de noviembre de ese año, el entonces presidente de la República, el Dr. Tabaré Vázquez, vetó parcialmente dicho proyecto de ley eliminando los artículos que se referían a la despenalización del aborto.

Sin embargo, el veintidós de octubre de 2012, se aprobó la Ley N° 18.987, de Interrupción voluntaria del embarazo, al que se suma su decreto reglamentario 375/012 del veintinueve de noviembre de 2012, y juntos constituyen la nueva legislación vigente en materia de aborto en Uruguay.

El régimen actualmente vigente está regulado por tres leyes distintas. Cuando se verifican los plazos y condiciones establecidos en la ley 18.987, el aborto no es delito. Para los casos en los que no se configuran los plazos y condiciones exigidos por la ley 18.987, se aplica el régimen existente hasta antes de la aprobación de esa ley (leyes 9.763 y 18.426).

36 Justino Jiménez de Aréchaga, Ob. Cit. Pág. 7.

37 Ob. Cit. Pág. 17.

38 José Korzeniak, “Curso de Derecho Constitucional II”, Tomo I, FCU, Uruguay, 1971, Pág. 152.

Tal como señalan los Dres. Altieri y Montano: *“La ley 18.987 expresamente declara en su artículo 2° que no serán de aplicación los artículos 325 y 325 bis del Código Penal (ley 9.763 de 1938), para el caso de que se den las circunstancias previstas en el texto legal. Si éstas no se dan, se aplicará la ley de salud sexual y reproductiva, n° 18.426 y la Ordenanza 369 de 6.8.2004. Esto significa que no se podrá practicar el aborto, pero sí asesorar a la mujer con respecto a las medidas precautorias que debe adoptar en caso de realizárselo por su cuenta (art. 1° de la ley y art. 4° del reglamento). Si se procede de otra forma, es decir, fuera de los requisitos de las normas citadas, se aplicará el régimen de la ley 9.763, que permanece vigente para estos casos, y se consumará el delito de aborto”*³⁹.

5.1. Una mirada hacia atrás

El primer Código Penal que rigió en Uruguay desde el año 1889 a 1934 tipificaba el aborto como delito. El segundo Código Penal, vigente desde agosto de 1934 optó por no tipificar el aborto como delito. Eso implicó que hasta la aprobación de la Ley N° 9.763 en 1938 el aborto fue una conducta permitida en Uruguay.

Sin embargo, la aprobación de la Ley N° 9763, el 28 de enero de 1938, modifica un capítulo del Código Penal de 1934 estableciendo el delito de aborto en los siguientes términos.

- Aborto con consentimiento de la mujer. Penalizaba a la mujer (Art. 325).
- Aborto con consentimiento de la mujer y colaboración de un tercero. Penalizaba al tercero (médico o no) Art. 325 Bis.
- Aborto sin consentimiento de la mujer. Penaliza al que lo causa (Art. 325 Ter).
- Causas atenuantes y eximentes: art. 328 del Código Penal: móvil de honor, para eliminar fruto de una violación, por causas graves de salud y por razones de angustia económica. La pena disminuía de un tercio a la mitad. Si había consentimiento, podía eximirse de pena. Sólo se aplicaba a los casos en que el aborto sea practicado por un médico y dentro de los tres primeros meses de la concepción (No aplicable al caso 3).

Tal como señala el Dr. Montano haciendo una valoración crítica de la ley de 1938: *“La ley que rigió el aborto de 1938 hasta 2012, sin ser perfecta tenía una serie de ventajas que podemos resumir de la siguiente manera: daba un mensaje claro de prohibición de la eliminación de toda vida inocente; en ningún caso el Estado asume el rol positivo de eliminar ninguna vida inocente; penaliza el aborto pero, al mismo tiempo deja en manos del juez la posibilidad de no penar a la mujer que ha cometido un aborto por motivos económicos, sociales, de salud, violación, etc. Como se dirá más adelante, en los hechos, hace décadas que ningún juez sanciona con prisión a las mujeres que se han realizado un aborto. En los hechos, no se puede decir que en Uruguay se “penalizaba” a la mujer que cometía un aborto, pero sí se dejaba claro que es una actividad contraria al derecho”*⁴⁰.

39 Defendiendo el Derecho Humano a la Vida (2ª Edición), Coordinadores: Laura Fárfan y Mariano Milone, Capítulo Uruguay, Pedro Montano y Santiago Altieri, Pág. 19-20.

40 Ob. Cit. Pág. 16.

En el año 2007, el Profesor Langón escribía justificando por qué no había sido incluido por Irureta Goyena en 1934 la legislación sobre aborto, a pesar de considerarlo como uno de los actos “más repulsivos, vejatorios, y contra natura a que puede descender el hombre”: *“La razón de ello se encontraba en la consideración de que el fruto de la concepción era una simple “viscera materna”, de la que ésta por consiguiente podía disponer a voluntad, a lo que se agregaban consideraciones tales como las que derivan del supuesto derecho a la maternidad consciente y a la opinión propia de la época, de que el concebido no era aún una “persona”, que no era un niño, condición que se adquiriría recién con el nacimiento, por lo que no había allí una vida humana a proteger, sino una mera esperanza de vida.*

La concepción actual, reaccionando sobre conceptos antiguos y que es la que resulta del derecho positivo nacional, tiende a considerar que el delito de aborto protege en realidad la vida humana, por cuanto desde el momento de la concepción existe un niño, que es una persona en plenitud de derechos y cuya vida es el principal objeto de protección”⁴¹.

5.2. Breve análisis de la Ley N° 18.987

Las opiniones están divididas y lo que busco no es realizar un análisis exhaustivo de la ley, lo cual me llevaría mucho más tiempo y estudio, sino invitar a la reflexión sobre lo que implica la aprobación de esta ley para el Uruguay.

Haremos una breve enunciación de sus principales puntos:

- a. El aborto debe realizarse antes de las doce semanas de gravidez.
- b. El médico deberá recoger la voluntad de la mujer.
- c. Deberá dejar constancia de que informó a la mujer sobre los “riesgos inherentes” a la intervención y el empleo de anticonceptivos en el futuro.
- d. Informará la mujer sobre planes y programas de adopción, apoyo económico y médico a la maternidad.
- e. Fuera del plazo de las doce semanas, la interrupción del embarazo sólo puede ser realizada cuando: 1) la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer, 2) cuando se verifique un proceso patológico que provoque evidentes malformaciones o anomalías del feto, o 3) cuando fuese producto de una violación dentro de las catorce semanas.
- f. En caso de menores de edad: se debe recabar el consentimiento de la menor y por lo menos de uno de sus representantes legales.
- g. Es posible el recurso de irracional disenso para ante los Jueces Letrados de Primera Instancia de Familia en Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia en el Interior del país.

41 Miguel Langón, “Código Penal y Leyes Penales Complementarias comentado, sistematizado y anotado”, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Uruguay, 2007, Pág. 719-720.

h. Al padre de la criatura no se le reconoce ningún derecho en cuanto a la decisión de seguir o no adelante con el embarazo.

i. La ley reconoce la posibilidad de oponer objeción de conciencia por parte de los médicos y personal de salud (art. 11). Pero lo hace de manera incompleta e inadecuada tal como señalan los Dres. Altieri y Montano *“porque solo autoriza a oponerla al personal médico y técnico que deba intervenir directamente en un aborto (arts. 28 y 29 del decreto), obligando al médico a “derivar personalmente a la paciente a otro médico de manera de asegurar la continuidad de la atención inmediata de la mujer”. Esto es, obliga al médico a hacer indirectamente, lo que directamente no quiere hacer. No cabe objeción de conciencia respecto de los casos de aborto por grave riesgo de salud de la mujer”*⁴².

j. Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tienen la obligación de cumplir con lo establecido en la presente ley. A tales efectos, deberán asegurarse las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos. Remarca el Dr. Altieri: *“...como puede apreciarse la objeción de ideario está regulada también de manera defectuosa. Se le puede formular la misma crítica que a la objeción de conciencia”*⁴³.

5.3. Puntualizaciones sobre el tema

La primera conclusión que podemos sacar es que no se trata de una simple legitimación del aborto como práctica. No es solo una ley permisiva, hay un compromiso del Estado en la realización de la práctica abortiva.

El art. 2° dice que no será penalizado el aborto en las circunstancias que exige la ley. Sin embargo, es algo más que una despenalización, porque tal como se establece en el artículo 10 la mujer puede exigir que se le realice el aborto sin expresión de causa, y las instituciones de asistencia médica tienen el deber de realizárselo.

“Estamos, por lo tanto, en el ámbito del reconocimiento de un derecho -aunque no de forma expresa-, y la conducta no sólo no será delictiva, sino que supondrá causa de justificación por cumplimiento de una ley (art. 28 CPU). No será una causa de justificación como la legítima defensa. Esta supone que el sujeto activo tiene el permiso de realizar algo autorizado expresamente por el derecho, pero que es considerado disvalioso: la muerte del agresor, por ejemplo. En el caso del aborto, este aparece como un derecho y, por lo tanto, como algo positivo para la ley.

*Esta ley tiene importantes consecuencias desde el punto de vista criminológico, porque lo que antes era calificado negativamente -un delito- ahora pasa a ser positivo, un derecho. O, dicho en otras palabras, lo que antes estaba mal, ahora está bien. Esto supone una cierta aprobación social de una conducta que de por sí, es intrínsecamente mala: dar muerte a un ser humano, inocente e indefenso”*⁴⁴.

42 Defendiendo el Derecho Humano a la Vida (2ª Edición), Coordinadores: Laura Fárfan y Mariano Milone, Capítulo Uruguay, Pedro Montano y Santiago Altieri, Pág. 24.

43 Ob. Cit. Pág. 25.

44 Ob. Cit. Pág. 25-26.

Esta ley tiene importantes contradicciones, quizás producto de la ardua negociación que precedió a su aprobación. En su artículo 1º establece que el Estado reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana... Sin embargo, autorizando el aborto, atenta contra ello.

Concuerdo con los Dres. Altieri y Montano cuando destacan: *“La ley manda proteger la vida humana en ese art. 1º y en el art. 6º agrega que en caso de causas graves de salud de la madre, el médico deberá intentar salvar ambas vidas. Por lo tanto, la ley reconoce la existencia del feto como paciente. Ese paciente tiene derecho a ser salvado, por lo tanto, como sujeto de derecho es persona”*⁴⁵.

Hemos seleccionado algunas expresiones de la exposición de motivos de la ley, que resultan por demás claras para ilustrar al lector sobre qué tipo de pensamiento fue el mentor de esta ley:

“Siendo el aborto una práctica masiva en nuestra sociedad, su incriminación sólo refleja la voluntad de quienes lo rechazan, lo cual redundando en una normativa que impone al todo social, la ética de una parte”.

¿Desde cuando el aborto es una práctica masiva en Uruguay?

*...La revisión de las normas que incriminan el aborto se convierte así en un imperativo. Se torna un imperativo porque es deber del legislador buscar adecuar permanentemente las leyes a lo que el consenso de la sociedad va expresando”*⁴⁶.

¿Acaso la sociedad uruguaya expresó su deseo de tener una ley pro-aborto? o responde esto solo a una cuestión política y de apoyo económico internacional.

Sobran las palabras.

5.4. ¿Por qué la Ley N° 18.987, es violatoria del orden jurídico uruguayo?

5.4.1. Perspectiva general

La elaboración de la ley positiva siempre es un asunto de responsabilidad moral. La ley positiva es una empresa humana de la razón práctica, que busca promover los bienes humanos y las verdades prácticas.

Primero, destacamos tal como señala Finnis que: *“la injusticia de una parte de la ley se extenderá hacia las otras partes, por el descubrimiento o la invención de una norma más amplia o principio, que racionalizará no solamente la injusticia original, sino otras injusticias en casos similares. Así el aborto por motivos de salud física, se extiende hasta incluir motivos de salud mental, que a su vez se extienden hasta incluir motivos de mero deseo fuerte y aversión. Los principios que justifican el aborto se amplían para así abarcar el aborto eugenésico y el infanticidio. Principios iguales o similares son tomados para sustentar la ter-*

45 Ob. Cit. Pág. 27.

46 <http://www.parlamento.gub.uy>

Consulta por número de leyes, Ley N° 18.987, Trámite Parlamentario.

minación intencional de las vidas “sub-personales” en otros estadios de la vida humana”⁴⁷.

Segundo, la promulgación de una ley es siempre, un acto de enseñanza, que se propone dar una noción de lo que la ley, la naturaleza humana y dignidad invitan o requieren.

*“Las leyes positivas injustas son falsos maestros. La justicia intrínseca de su incitación inmediata a cooperar con una conducta mala, está gravada por las falsedades que insinúan: una academia de las más amplias y extensas violaciones al bien humano para todos aquellos que retroceden ante los tentáculos del error, en lugar de, conscientemente, encontrar el camino de vuelta hacia los verdaderos principios”*⁴⁸.

En España por ejemplo, el error radica en el intento de refugiarse en los valores para poder desvincular protección jurídica y personalidad. En este sentido señala Ollero: *“Para que la vida del no- nacido no aparezca como un derecho sin titular conocido, se la presenta como “valor de obligada protección constitucional. El problema es, si se está dispuesto a regatear carácter humano a quien la biología se lo reconoce, asumiendo la carga de establecer una distinta frontera de humanidad. Querer rendir al no nacido honores de sujeto sin reconocerle a la vez la condición jurídico – constitucional de persona, lleva por esta vía a la paradoja final de situarnos ante un sujeto tan valioso, como para justificar la existencia de pintorescos derechos sin sujeto”*⁴⁹.

Por mucha relevancia que se le conceda a los bienes en el derecho español, a la hora del conflicto, los derechos de un sujeto se verán contrapuestos a un objeto o a una cosa y por muchas vueltas que se le de, no se le tratará nunca como a una persona, que fácilmente acabará llevando las de perder.

La condición de persona no se actualiza en su plenitud cuando se alcanza la capacidad de ser consciente de la propia dignidad, sino que se ejerce cuando es capaz de reconocerla en el otro. *“El derecho subjetivo deja así de considerarse como un reducto defensivo, blindado a toda sociabilidad, para convertirse en la expresión más elemental de una realidad, que el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno solo de ellos”*⁵⁰.

5.4.2. Análisis específico a luz de la normativa internacional.

En líneas generales, la ley de aborto crea “un derecho al aborto”, no reconoce ni voz ni voto al padre de la criatura y a la madre no se le exige expresar causa justificada para desembarazarse de “su hijo”.

El poder de la madre se justifica en función de un llamado “interés superior”.

Como vimos, de acuerdo al artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se afirma: *“todo ser humano tiene derecho a la vida...”*. A lo que se

47 J. Finnis, “A propósito del derecho a la vida”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 242.

48 Ob. Cit. Pág. 243.

49 A. Ollero, “Todos tienen derecho a la vida”, DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 259-260.

50 Ob. Cit. Pág. 293.

agrega que el Pacto de San José de Costa Rica conjugando los artículos 1 y 4 establece la obligación jurídica internacional de respetar la vida desde la concepción.

En este sentido Sandonato expresa: *“es una falsa interpretación ceñirse a la determinación de si el feto es persona o no, ya que el artículo protege la vida desde la concepción. El problema no es determinar con independencia del texto de la Declaración Americana, si el feto es o no persona, sino proteger la vida desde la concepción, teniendo presente la Declaración Americana. No es una cuestión de armonización jurídica entre las normas nacionales e internacionales, sino de aplicación de buena fe del texto convencional, obligatorio para el Uruguay”*⁵¹.

A esto se suma que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que: *“toda persona tiene derecho a la identidad y que ésta, tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano”*⁵².

La atribución del derecho a abortar que establece la ley, no parece estar en la línea que la Corte propone en su opinión consultiva sobre *“La condición jurídica y derechos humanos del niño”* cuando afirma que: *“con el fin de asegurar la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño”*⁵³.

En aplicación de las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional, la Corte interamericana ha reiterado en varias ocasiones que una conducta que atenta contra alguno de los derechos consagrados en la Convención Interamericana comporta responsabilidad internacional del Estado al que tal conducta es atribuible.

Tal es el caso de Uruguay, con la aprobación de la Ley N° 18.987, en violación flagrante de la convención que le impone el deber no solo de respetar los derechos en ella consagrados, sino una actitud activa de prevenir la verificación de violaciones.

5.5 Aclaración.

Es necesario destacar que estoy al tanto del caso **Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica**, pero dada su extensión y complejidad ameritaría un análisis exhaustivo y exclusivo del caso concreto imposible de realizar en este trabajo. Sin embargo, dejo en claro que comparto en su totalidad la opinión expresada por los Dres. De Jesús, Oviedo y Tozzi⁵⁴ en su trabajo respecto al análisis de esta sentencia cuya lectura invito.

51 Pablo Sandonato, “El proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Veto al aborto –Estudios Interdisciplinarios sobre la 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez”, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2012, Pág. 110.

52 Ob. Cit. Pág. 116.

53 Ob. Cit. Pág. 116.

54 De Jesús, L. M., Oviedo Álvarez, J. A., Tozzi, P. A. (2013). El caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana [en línea], *Prudentia Iuris*, 75.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf> [Fecha de consulta:.....]

6. LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA VIDA

La dignidad humana es uno de esos conceptos que todos cuantos participan en la vida política, gustan utilizar con profusión, pero que casi nadie puede definir o explicar.

La dignidad no es un obsequio ni una recompensa. Le basta a la persona, para ser digna, con su sola pertenencia a la especie humana.

El hombre puede ser caracterizado de muchas maneras pero, para el derecho es, ante todo, un ser digno.

6.1. La inviolabilidad de la dignidad humana.

La dignidad del hombre es inviolable. Está asentada en un ámbito precedido por el dualismo del ser y del deber ser. Comprende una cualidad simple e indefinible.

La dignidad del hombre es inviolable, en el sentido de que no puede ser arrebatada en y desde afuera. Únicamente puede ser lesionada por otro en la medida en que no es respetada; quien no la respeta, no se apropia de la dignidad del otro, sino que pierde la propia.

Tal como señala R. Spaemann: “Aristóteles entendió la dignidad como *“megalopsyphia”*, cuyos signos exteriores eran: **una voz profunda, paso lento, conversación escasa y reposada**. En todo ello se expresa: el que tiene grandes intenciones, tiene grandes y por tanto, pocos fines. Se considera así mismo de un gran valor que no depende de la aprobación de los demás. En cualquier caso, estima más el valor que la vida. Tampoco es exaltado. No corre para coger el tren. Para las cosas que le parecen importantes, el tren no llega ni pronto ni tarde”⁵⁵.

Por lo tanto, el concepto de dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es solo “*fin en si mismo*” para sí, sino “*fin en si mismo*” por antonomasia.

Dignidad significa algo sagrado. Es un concepto filosófico-religioso.

La dignidad de la persona es un absoluto operativo. Esto quiere decir que nadie puede determinar cuando se utiliza al hombre como medio y cuando como “*fin en si mismo*”. Solo puede ser anulada por aquel que la posee.

Cuando los intereses de un hombre son rebajados y lesionados debido a una ponderación razonable de bienes frente a otros intereses, no se hace nada que no pudiera aprobar el perjudicado en virtud de su naturaleza racional y moral. Pero con ello no se lesiona en absoluto su carácter de “*fin en si mismo*” y su dignidad humana.

Spaemann cita como ejemplo el caso de médicos que aprobaron la muerte de enfermos para investigar enfermedades mentales. Los médicos no lograron probar que con sus investigaciones se hubiesen salvado más enfermos, dado que sino, en su lugar hubiesen entrado doctores nazis que hubiesen asesinado a muchos más. “*El tribunal federal*

⁵⁵ R. Spaemann, “Sobre el concepto de dignidad humana”, DERECHO A LA VIDA, Euns, España, 1998, Pág. 89-90.

*entendió que la participación en el asesinato de hombres inocentes no puede ser en ningún caso justificado por una ponderación de bienes*⁵⁶.

Como ha escrito el citado autor del párrafo anterior, *“si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces solo puede haberlos en el supuesto de que nadie esta capacitado para juzgar si yo soy o no sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho. En virtud de su pertenencia biológica a la especie homo sapiens sapiens. Cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces de otros. La sociedad humana se convertiría en un “closed shop” y la noción de derecho humano quedaría eliminada de raíz*⁵⁷.

Por último, en cuanto al concepto de libertad, el problema radica en su conversión en valor desligado de un enraizamiento natural, reivindicado en y desde si mismo y por ello carente de limites y de fundamento.

En efecto, si no hay naturaleza, puede concluirse que cualquier uso posible de la libertad será correcto, el proceso de autorrealización humana se llevará a cabo en virtud del absurdo o de una voluntad arbitraria.

*“La desorientación de la libertad constituye pues la antesala de su muerte por suicidio”*⁵⁸.

Se da entonces la tiranía de los valores de la que hablo Carl Schmitt, los valores abstractos se alzan unos contra otros, el efecto global acaba imponiéndose por la fuerza y las primeras victimas de esa confrontación son precisamente los más débiles, los que menos cuentan política y socialmente. Los demás *“los supervivientes”* a este proceso de exclusión pactarán un catalogo de derechos y los entenderán como costos de arbitrariedad limitados.

¡La democracia que se ejercita en este marco es en realidad el revestimiento de un totalitarismo mal disimulado!

6.2. La raíz del problema es la llamada “cultura de la muerte”.

La crisis social respecto de la persona tiene que ver con el triunfo del cientificismo que caracteriza a la modernidad.

Los valores del *“ser”* ceden frente a los del *“tener”*, cuya lógica interna conduce al hedonismo, utilitarismo y al individualismo.

“El ser humano se vuelve homicida desde el momento en que deja de comprender el valor intrínseco de sí mismo y de sus obras y pasa a entenderlo desde la autoafirmación del propio yo, desde la voluntad de poder, en orden al cual, evidentemente, la presencia

56 Ob. Cit. Pág. 103.

57 Ob. Cit. Pág. 46.

58 Ob. Cit. Pág. 50.

de los otros se convierte en un obstáculo"⁵⁹.

Para ello Serna propone: 1) encontrar una nueva noción de dignidad humana, 2) reconocer el valor incondicionado de toda vida humana, 3) que la libertad jurídica y política debe concebirse enraizada en la naturaleza humana, 4) una democracia no relativista, posible y deseable, renunciando al principio de soberanía absoluta con límites infranqueables para los poderes constituidos.

La vida es siempre un bien. El derecho a la vida no puede ser objeto de disposición ni por parte de la comunidad política, ni por parte del hombre.

El derecho a la vida es un derecho inalienable. Los derechos humanos se deben reconocer a todo ser que descienda del hombre y a partir del momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier otro criterio adicional.

Lo importante es que se potencien las condiciones que promuevan el desarrollo del ser humano y con ello me refiero a promover el *"bien común"*.

Precisamente en la promoción del *"bien común"*, una democracia sin respeto de las minorías pierde su legitimidad, no solo porque su consolidación en base a un orden solo de fuerza se vea imposibilitada fácticamente, sino porque atenta contra la dignidad humana. **No olvidemos nunca que el límite está en el respeto de los derechos humanos.**

7. ¿POR QUÉ LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PERMITE LA REALIZACIÓN DE TODO SER HUMANO?

El derecho a la vida, como vimos, no puede consistir sino en una conducta de respeto y compromiso para con la vida humana propia y ajena. Cuando hablamos de vida lo hacemos referido a la vida humana, es decir, la de los individuos pertenecientes a la especie *homo sapiens* y no a las formas infrahumanas de vida animal o vegetal.

Hablar de derechos humanos supone hablar de cuatro elementos de necesaria vinculación: dos sujetos, una prestación y un fundamento. Un fundamento próximo y uno remoto. Fundamento remoto: es siempre un principio básico o muy próximo a él, y fundamento próximo: es la razón precisa, objetiva y formal por la que alguien es titular de un derecho determinado, es lo que técnicamente se llama *"título"* de ese derecho.

La justificación primera de cualquier derecho humano radica en un principio normativo *"el bien debe hacerse y el mal evitarse"*, de lo cual se deriva, tal como señala Massini que *"todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre"*⁶⁰.

La idea de salvaguardar a la persona por su intrínseca dignidad aparece entonces como algo a respetar y promover.

59 Ob. Cit. Pág. 61.

60 C. I. Massini, "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", DERECHO A LA VIDA, Eunsa, España, 1998, Pág. 184.

Esto implica ser tratado cabalmente como persona humana, no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial del hombre.

De ahí concluimos que: *“los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personería de un sujeto activo, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personería y de los que se es titular, lo reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue”*⁶¹.

¿Cuál sería el contenido de estos derechos?

Jonh Finnis y la Nueva Escuela de Derecho Natural, señalan que existen ciertos bienes humanos básicos, no para la mera supervivencia, sino para la perfección humana, estos orientan la conducta de los hombres proveyendo las razones para escoger y obrar en ciertas y determinadas direcciones, que implican la realización del hombre como tal.

Ahora ¿Cuáles son esos bienes?

Vida, conocimiento, juego, experiencia, estética, sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica y religión.

Finnis en “Nuclear Deterrence, Morality and Realism” hace una enumeración distinta, diciendo que esos bienes son: *“vida (su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad) conocimiento y experiencia estética, excelencia en el trabajo y en el juego, amistad, paz y fraternidad, paz interior, auto-integración y autenticidad, armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural”*⁶².

Cada derecho humano se ordena por lo tanto a la realización de uno o varios bienes humanos básicos y recibe a su vez de estos su justificación objetiva, así, tal como señala Massini: *“el derecho a la educación tiene por contenido y fundamento el bien básico del conocimiento, que perfecciona la dimensión racional del hombre y el derecho a la inviolabilidad de la vida se manifiesta como modo de existir autónomo propio de los entes humanos, que se manifiesta a través de la inclinación a la supervivencia y sin el cual los restantes bienes quedan sin sujeto y por lo tanto sin sentido perfecto y completo”*⁶³.

8. CUALQUIER ATAQUE AL DERECHO A LA VIDA ES ÍLÍCITO PORQUE AFECTA EL CARÁCTER ABSOLUTO DE ESTE DERECHO

¿El derecho a la vida es un derecho prima facie?

Es decir, sobrepasable o excepcionable cuando consideraciones de utilidad, interés o bienestar se opongan a su vigencia.

La noción de derechos prima facie es la traspolación de la noción de deberes prima

61 Ob. Cit. Pág. 185-186.

62 Ob. Cit. Pág. 191.

63 Ob. Cit. Pág. 192.

facie que difundió Carl Ross en la década de los 30. Es seguida también por la escuela utilitarista, al sostener que son aquellos derechos que pueden ser derogados, sobrepasados o suspendidos en el caso de que su respeto acarree consecuencias dañosas para el deudor o para la sociedad en general.

En este sentido, Judith Jarvis Thompson acepta que *“puede reconocerse el derecho a la vida al concebido, pero afirma que no obstante existen casos: v.gr. cuando el embarazo es producto de una violación, en los cuales ese derecho desaparece”*⁶⁴.

En un sentido similar, Mary Ann Warren, *“defiende la necesidad de otorgar al feto humano un cierto estatus moral y por lo tanto un cierto derecho a no ser muerto, pero que ese derecho debe ceder ante el igual o más fuerte derecho de la madre de desembarazarse de su hijo”*⁶⁵.

Nadie puede tomar en serio un derecho que esta sujeto a la condición suspensiva de que el deudor pueda no cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad.

Dicho de otro modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco o mucho, no puede ser dejado de lado o sobrepasado por consideraciones de utilidad o conveniencia. De lo contrario no estaríamos en presencia propiamente de derechos sino de *“meros edictos de tolerancia revocables”*.

Cuanta verdad hay en la afirmación de Massini: *“La fundamentación en principios éticos absolutos es propia de todos y cada uno de los derechos humanos, cada uno de estos bienes es del mismo modo una forma autoevidente del bien, ninguno puede ser un mero instrumento para la prosecución de alguno de los otros, cada uno cuando nos concentramos en él, aparece como el más importante, por eso no existe entre ellos una jerarquía objetiva. No existe prioridad objetiva de valor entre ellos. Puede sostenerse, que no hay un orden de prelación entre los derechos, pero siempre que se excluya de esta afirmación al derecho a la vida”*⁶⁶.

¿Por qué debe excluirse al derecho a la vida?

Una primera respuesta es porque se encuentra en un rango superior al resto de los derechos.

Una explicación de carácter teórico, *“es que los bienes básicos que son el fundamento de los derechos humanos, se refieren a perfecciones humanas que revisten un carácter existencialmente no autónomo, es decir, solo accidentales. En efecto, dichas perfecciones por ejemplo, el conocimiento, la experiencia, la amistad, no tienen existencia en sí, sino en un sujeto de inhesión, de carácter existencialmente autónomo, al que cualifican y perfeccionan”*⁶⁷.

Sin embargo, sin vida humana no hay posibilidad de conocimiento, de amistad, de experiencia estética, etc. Un atentado contra la vida que resulte exitoso, ataca de modo definitivo y decisivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. Puede de-

64 Ob. Cit. Pág. 201.

65 Ob. Cit. Pág. 202.

66 Ob. Cit. Pág. 207.

67 Ob. Cit. Pág. 207-208.

cirse que el atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que su ausencia impide su concreción.

9. CONCLUSIÓN

Sabemos que el hombre posee una inclinación al bien, según lo que en su naturaleza tiene de común con todos los demás hombres. En tanto que todo hombre tiende a la conservación de su existencia, es conforme a esa inclinación, que pertenece a la ley natural todo lo que conserva la vida del hombre así como todo lo que la impide.

Me pregunto: ¿sería sensato legalizar los homicidios a cualquier altura de la vida con la excusa de que la ley que los sanciona no es capaz de evitarlos? Se podrá decir que una cosa es matar a un ser humano consciente y otra muy distinta interrumpir un proceso vital, cuando aún no se ha adquirido esa consciencia. La objeción es débil, pero para ser refutada puede aceptarse. Aún en ese caso, la legalización sería un grave error, porque con ella se estaría transmitiendo al cuerpo social, la de idea de que abortar no es un crimen, no sería algo muy diferente para una mujer que depilarse. El artículo 10 de nuestra constitución establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Una vez que se deja sin efecto la prohibición de abortar, la comisión de un homicidio contra un inocente adquiere legitimidad. Es lo que pasa hoy en Uruguay.

Otra posible argumentación a favor de la disposición de la vida en formación, puede ser el dicho: *"Nosotras parimos, nosotras decidimos"*. Es verdad que nosotras parimos, pero también es verdad que la mujer hoy en día cuenta con suficientes recursos para planear cuándo tener hijos, sin embargo, una vez embarazada, ya no puede disponer de la vida que lleva dentro, por la sencilla razón de que es la vida de un tercero inocente, no la suya.

Más allá de un proceso de pérdida de valores, propio de la sociedad actual y del mundo globalizado, resultado de la aprobación de la Ley N° 18.987 que consagra un *"derecho al aborto"*, ataca frontalmente el derecho a la vida y compromete a Uruguay en materia internacional, recayendo sobre el aparato estatal toda la responsabilidad.

Frente a esto proponemos un reflote de la idea de dignidad humana, concepto indeterminado de difícil definición, pero central para la concreción de un derecho a la vida de aplicación práctica y concreción real.

GOBERNANZA DE INTERNET: COMPONENTES NORMATIVOS Y SOCIOS CULTURALES DE UN AMBIENTE MULTISTAKEHOLDER

LAURA NAHABETIÁN BRUNET¹

Resumen: El término “Internet” no abarca todos los aspectos existentes en materia de desarrollos digitales a nivel mundial. Sociedad de la información y el conocimiento es generalmente presentada como más integral y omnicomprendensiva.

La gobernanza para algunos especialistas es sinónimo de gobierno.

Esta afirmación lleva a la interpretación que la gobernanza de Internet debe ser el tema de los gobiernos por lo que la participación de otros actores sobre todo no gubernamentales, estará limitada; pero ésta no es la opinión unánime.

Los marcos regulatorios deben desarrollarse para permitir modelos de negocio que sean más baratos, que faciliten la sostenibilidad de los servicios, incluyendo las redes y tecnologías de nueva generación.

Los gobiernos tienen un papel sustancial, y existen lecciones aprendidas en Europa, América del Norte y Asia que pueden ser un sustento para la formulación de políticas públicas que faciliten las acciones a emprender y que además se verifican imprescindibles.

Casi todos los aspectos de la gobernanza de Internet incluyen un componente normativo; sin embargo, la conformación de un marco jurídico adecuado que permita moldear el ágil desarrollo de Internet está en sus primeras etapas.

Aquí se presentan reflexiones asociadas a los componentes normativos y socioeconómicos que implica este nuevo paradigma.

Palabras clave: gobernanza – internet – derechos – libertad – regulaciones normativas

Key words: governance – internet – rights – freedom – rules and regulations

1. INTRODUCCIÓN

Ya en 2003, la revista *The Economist* comenzó a escribir Internet con una “i” minúscula.

Este cambio en la política editorial se inspiró en el hecho que Internet se había convertido en un elemento cotidiano, ya no único y, lo suficientemente especial como para

¹ Docente universitario integrante del Instituto de Derecho Informático de la Universidad Mayor de la República y del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay.

justificar una letra mayúscula inicial. La palabra “Internet” siguió el destino lingüístico de telégrafo, teléfono, radio y televisión, así como otras tantas invenciones.

La cuestión de la escritura de internet / Internet con una “i” mayúscula o minúscula resurgió en la Conferencia Internacional de Telecomunicaciones, celebrada en Antalya en noviembre de 2006, en la que se introdujo una dimensión política cuando apareció el término “Internet” en la resolución de la ITU (Unión Internacional de las Telecomunicaciones) sobre la gobernanza de Internet con una “i” minúscula en lugar de la habitual, “I” mayúscula.

En esa oportunidad David Gross, - embajador de EEUU (Estados Unidos de Norteamérica) a cargo del gobierno de Internet -, expresó su preocupación en el sentido que la ortografía con minúsculas de ITU podría indicar la intención de tratar a Internet al igual que a otros sistemas de telecomunicaciones a nivel internacional que son regidos y regulados en su marco.

Algunos interpretaron esto como una señal diplomática de la intención de la ITU de desempeñar un papel más destacado en la gobernanza de internet.

Internet o internet, en cualquier caso éste fue el significado aceptado por las comunidades de Internet, ya que describe la forma en que se ha regido desde sus primeros días.

Los especialistas en telecomunicaciones consideran a la gobernanza de Internet a través del prisma del desarrollo de la infraestructura técnica. Los especialistas en informática se centran en el desenvolvimiento de diferentes normas y aplicaciones, tales como XML o Java. Los especialistas en comunicación hacen hincapié en la facilitación de la comunicación. Por su parte, los activistas de derechos humanos consideran la gobernanza de Internet desde la perspectiva de la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos.

Dependiendo de las áreas se verifican diferentes enfoques. Así, los especialistas en temas jurídicos se concentran en la agenda de derechos y en la competencia y solución de controversias. Los políticos se centran en los temas que se vinculan con sus electorados. Los diplomáticos se ocupan principalmente de los procesos de protección de los intereses nacionales.

1.1. ¿Qué significa la gobernanza de internet?

El término “Internet” no abarca todos los aspectos existentes en materia de desarrollos digitales a nivel mundial. Otros dos términos - sociedad de la información y la comunicación - son generalmente presentados como más integrales y omnicomprensivos. Y esto es así, en la medida que de esta forma se encuentran incluidas áreas que están fuera del dominio de Internet, tales como la telefonía móvil. El argumento a favor de la utilización del término “Internet”, sin embargo, se ve reforzado por la rápida transición de la comunicación global hacia la utilización del protocolo de Internet como el estándar técnico principal de las comunicaciones.

Internet sigue creciendo a un ritmo muy ágil, no sólo en términos de la cantidad de usuarios, sino también en términos de los servicios que ofrece, sobre todo de voz sobre protocolo de Internet (VoIP), que puede desplazar incluso a la telefonía convencional.

En el debate sobre la gobernanza de Internet, sobre todo en la primera fase de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, la controversia surgió a raíz del término “gobernanza” y sus diversas interpretaciones.

Según una de éstas, la gobernanza es sinónimo de gobierno.

Muchas delegaciones nacionales tuvieron esta consideración inicial, lo que lleva a la interpretación de que la gobernanza de Internet debe ser el negocio de los gobiernos y por lo tanto la participación de otros actores sobre todo no gubernamentales, debe estar limitada.

La confusión desde el punto de vista tecnológico se vio subrayada a partir de la forma en que el término gobernanza solía ser utilizado por algunas organizaciones internacionales. En efecto, el término buena gobernanza ha sido utilizado por el Banco Mundial para promover la reforma de los estados a partir de la introducción de mayor transparencia, reducción de la corrupción y el incremento de la eficiencia en la administración. En este contexto el término gobernanza estaba directamente relacionado con el corazón mismo de las funciones gubernamentales.

A esta interpretación se enfrentaron quienes con un sentido más amplio del término “gobernanza”, que incluye la gestión de los asuntos de cualquier institución, incluidas las no gubernamentales, entienden que la gobernanza es un espacio de construcción multistakeholder.

La confusión terminológica se complica aún más por la traducción del término “gobernanza” a otros idiomas.

En español, el término se refiere principalmente a las actividades públicas o de gobierno (Gestión Pública, Gestión del Sector Público, y Función de Gobierno). La referencia a las actividades públicas o gobierno también aparece en francés (Gestion des Affaires Publiques, Capacité de l' Administration, Qualité de l' administration y Mode de gouvernement). En Portugués sigue un patrón similar al referirse a los sectores público y gobierno (Gestão Pública y Administração Pública).

2. DE LA ASIMETRÍA AL DESARROLLO UNIVERSAL: COMPONENTES NORMATIVOS

Los marcos regulatorios han dado forma al mercado de las telecomunicaciones convirtiéndolo en lo que es hoy.

Los diferentes actores han sido más que relevantes en todo el proceso, no obstante lo cual, los gobiernos han desarrollado un papel más que trascendente, siendo los actores relevantes en la definición y el establecimiento de las diferentes disposiciones normativas que hoy por hoy rigen en todo el planeta.

Ahora bien, es importante tener presente que en muchas zonas, los cambios más importantes en estos marcos regulatorios no solo surgen y se desarrollan bajo lógicas gubernamentales sino que se han cumplimentado a partir de la conclusión de los procesos de privatización.

Estos cambios han sido sustanciales y en algunos casos dramáticos; a los tradicionales servicios caracterizados por las antiguas redes, con escasa penetración y prácticamente nula renovación, la densidad de la penetración ha sido exponencial.

Indudablemente las mayores demandas de conectividad se produjeron en las grandes ciudades y zonas urbanas densamente pobladas, donde se verifica tradicionalmente el más amplio mercado, debido a la mayor densidad de población.

Por lo tanto a la fecha es factible señalar que existen amplias zonas con excelentes niveles de conexión y conectividad mediante la utilización de diversas tecnologías y con posibilidad de acceso a una amplísima gama de servicios.

Sin embargo, no se trata de una situación generalizada, sino que por el contrario, subsisten amplias zonas del planeta, donde la rentabilidad de los servicios no es la adecuada y las carencias de conexión son de una cotidianidad avasallante. De aquí que no sea posible afirmar que el planeta vive inmerso en la sociedad de la información y el conocimiento, ya que ésta no es una realidad efectiva para más de la mitad de la población mundial.

Con la finalidad de afrontar el reto de la apertura de los mercados a la competencia, los nuevos marcos regulatorios incluyen el concepto de servicio universal, y la creación de fondos de acceso para subvencionar servicios no rentables. Asimismo, disposiciones normativas vinculadas con la concesión de licencias han sido aprobadas en varios países a los efectos de permitir, facilitar e incentivar la competencia y con ella la reducción de los costos de servicio a la población.

El hecho que la mayoría de las redes se verifiquen instaladas en las zonas urbanas significa que la disponibilidad de la infraestructura para el acceso a Internet es baja o muy baja en zonas rurales o en los pequeños pueblos del interior² que se encuentran lejos de las ciudades capitales. Si un ISP (proveedor de servicios en internet) quiere establecer un negocio en estas zonas, su precio para el usuario final debe incluir los costos de enlace de datos partiendo de la pequeña ciudad hacia la ciudad capital – lo que es muy caro – y a esto debe sumarse Internet con los cargos de conectividad, lo que lo dificulta enormemente por lo que se comprenden las contrariedades existentes en razón de la ecuación económica señalada.

El acceso a Internet y a las redes de telecomunicaciones significa e implica un sinnúmero de temas. No obstante, sólo llegan a ser verdaderamente importantes si ésta permite efectivamente la comunicación entre las personas y facilita la obtención de nuevas fuentes de conocimiento y aprendizaje. Las empresas y los países se benefician del acceso a Internet si se les ayuda a mejorar su productividad, mantener y aumentar sus

2 La situación de Uruguay es un tanto diferente a la realidad general de Latinoamérica ya que las estadísticas oficiales refieren a niveles de conexión que prácticamente estarían implicando a todo el territorio nacional.

ganancias y generar más puestos de trabajo para la gente.

La extrema pobreza que aún interpela a diferentes regiones del planeta producto de una asimetría vergonzante, y que, en muchos casos obedece a profundos cambios económicos, podría ser aliviada por un uso inteligente de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación como mecanismos de acceso a nuevas fuentes de información.

Hay algunas iniciativas en ese sentido, pero el discurso es mayor que la incidencia efectiva, al menos eso es lo que ha demostrado la evidencia y nada hace indicar un cambio en el corto y mediano plazo.

Indudablemente lo que se necesita son servicios que sean asequibles para las poblaciones más pobres, pero es una determinación económica que el Estado debería sanear; si no son rentables para las empresas no tendrá sostenibilidad y ésta es la clave para ese tipo de proyectos, que deben comprender tanto a los servicios de acceso a Internet como a la telefonía móvil.

Las alianzas público - privadas, en las que cada actor ofrece su mejor capacidad, a priori podrían ser la respuesta para estos problemas; de hecho existe un buen número de ejemplos al respecto.

Los fondos de servicio universal podrían utilizarse para subvencionar la columna vertebral de los precios por enlace de datos, lo que haría este tipo de proyectos mucho más viable desde el punto de vista de la sostenibilidad.

Internacionalmente considerada, la iniciativa privada podría asociarse en las diferentes regiones con agencias de financiación con la finalidad de instalar más infraestructura en las distintas zonas que así lo necesitan.

A la luz de los cambios provocados por Internet durante las últimas décadas, existe la necesidad de revisar el concepto de acceso universal a fondos por un lado y el servicio universal por otro.

Los nuevos marcos regulatorios deben ser desarrollados para permitir nuevos modelos de negocio que sean más baratos, que faciliten la sostenibilidad de los servicios, incluyendo las redes y tecnologías de nueva generación.

Los gobiernos tienen un papel sustancial en este tema, y existen lecciones aprendidas en Europa, América del Norte y Asia que pueden ser un sustento para la formulación de políticas públicas que faciliten las acciones a emprender y que además se verifican imprescindibles. Un diálogo abierto entre los organismos de regulación de las diferentes regiones debe promover el intercambio de experiencias y el desenvolvimiento de criterios comunes que se trasuntan en normatividad que facilite luego la interacción y solución de conflictos ágilmente.

Todos estos servicios sólo tendrán un verdadero sentido si se determinan disposiciones normativas con el objetivo de visualizar el desarrollo desde una visión humanista

en la que el centro sea la persona, y se procure la consolidación de la cultura local y la identidad específicas.

2.1. Instrumentos normativos

Casi todos los aspectos de la gobernanza de Internet incluyen un componente normativo; sin embargo, la conformación de un marco jurídico adecuado que permita moldear el ágil desarrollo de Internet está en sus primeras etapas.

Los dos enfoques prevalentes son:

a.- Una aproximación a la consideración tradicional del derecho, sin perjuicio de un tratamiento diferente a la evolución que han verificado otros mecanismos de comunicación. Internet ha contribuido a una evolución más rápida e integral en materia de comunicaciones, sin perjuicio que ha aportado mayores cambios desde una consideración de tipo cuantitativo antes que cualitativo. Así es que las disposiciones normativas preexistentes le son de aplicación en general.

b.- Una aproximación desde un enfoque de índole cibernético, que se basa en la presunción que internet introduce nuevas formas de relaciones sociales en el ciberespacio.

Así es que se plantea como necesario realizar una formulación integral a los efectos de regular los derechos en la red. Un argumento a favor de este enfoque se verifica en que la velocidad de la comunicación transfronteriza facilitada por internet dificulta el cumplimiento efectivo de la normatividad existente.

Una amplia variedad de instrumentos normativos han sido aprobados y son de aplicación a la gobernanza de Internet.

Cada una de las disposiciones normativas existentes consiste en reglas y sanciones. Reglas que estipulan ciertos comportamientos socialmente aceptados y sanciones que especifican castigos si éstas no son cumplidas.

Hasta la fecha, las áreas prioritarias de la normatividad vinculada con Internet han sido privacidad, protección de datos, propiedad intelectual, tributación y ciberdelincuencia.

Independientemente de qué enfoque sea el que se considere más apropiado, el principio general es que la normativa no determina que un comportamiento prohibido sea imposible, sino que únicamente lo transforma en punible. El hecho que el fraude está prohibido tanto en el mundo cibernético como en el mundo real no significa que el fraude será erradicado como resultado. Esta distinción es relevante debido a que uno de los argumentos frecuentes vinculado con el mundo del ciberespacio hace relación a que las conductas prohibidas en el mundo real no pueden ser utilizadas de manera eficiente en el virtual.

Ahora bien, las relaciones sociales son demasiado complejas, la sociedad es dinámica y muchas veces los desarrollos normativos van a la zaga del cambio social. Esto es espe-

cialmente notable en esta época, cuando el desarrollo tecnológico otorga nueva formulación a la realidad social mucho más rápido de lo que los legisladores pueden ejecutar la discusión y aprobación normativas. A veces, la normatividad se vuelve obsoleta incluso antes de su entrada en vigor y este riesgo de obsolescencia es una consideración importante en la regulación de Internet.

2.1.1 La autorregulación

La autorregulación ha sido el mecanismo propuesto como preferido para la regulación de internet.

Tiene elementos en común con las normas sociales y también múltiples diferencias, siendo la principal el hecho que las normas sociales, implican típicamente reglas tácitas y difusas y la autorregulación se basa en un conjunto explícito y bien organizado de reglas.

Las normas de autorregulación suelen codificar un conjunto de reglas.

La tendencia hacia la autorregulación es particularmente notable entre los ISPs.

En muchos países, los ISPs están bajo una creciente presión de las autoridades para hacer cumplir las normas relacionadas con la política de contenidos. Intentan responder a esta presión a través de la autorregulación mediante la imposición de ciertas normas de conducta para sus clientes.

Si bien la autorregulación puede ser una técnica regulatoria útil, persisten algunos riesgos en su uso para las zonas de alto interés público, como las políticas de contenidos en vínculo con la regulación de la libertad de expresión y la protección de la vida privada.

2.2. Jurisprudencia

La jurisprudencia es una fundamental fuente del Derecho pero además es central en la gobernanza de Internet.

Esto es así ya que las decisiones judiciales son la piedra angular del sistema jurídico norteamericano habiendo sido Estado Unidos de Norteamérica el primer país en abordar las cuestiones normativas de Internet. En este sistema, los precedentes crean derecho, especialmente en los casos relacionados con la regulación de las nuevas cuestiones, como Internet.

Una herramienta jurídica considerada por los jueces es la analogía jurídica, siendo este mecanismo el que mayormente se utiliza para resolver conflictos vinculados con internet.

2.3. Instrumentos jurídicos internacionales

La naturaleza transfronteriza de las actividades de Internet implica la necesidad de la utilización de instrumentos jurídicos internacionales. El derecho internacional público se aplica a muchas áreas de Internet incluídas las telecomunicaciones, los derechos

humanos y los delitos informáticos, entre otros. Asimismo, el derecho internacional privado es igualmente importante, para hacer frente a cuestiones relacionadas con Internet, ya que la mayoría de los casos judiciales implican cuestiones tales como contratos y responsabilidades comerciales.

Debido a la naturaleza global de Internet, las disputas jurídicas que involucran a individuos e instituciones de distintas jurisdicciones nacionales son muy frecuentes.

Sin embargo, sólo en raras ocasiones se ha utilizado el Derecho Internacional Privado para la solución de temas basados en Internet, posiblemente porque sus procedimientos suelen ser complejos, lentos y caros.

El Derecho Internacional Público regula las relaciones entre los Estados y las Organizaciones de Derecho Internacional, existiendo por tanto algunos instrumentos que le son propios que ya se ocupan de temas de interés de la gobernanza de Internet como las regulaciones de telecomunicaciones, los derechos humanos, las convenciones y tratados de protección de datos personales, entre otros.

2.3.1 Las Convenciones Internacionales

A lo largo de los años se han aprobado un conjunto considerable de convenios sobre cuestiones relacionadas con Internet por parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, siendo la ITU la entidad más importante para la preparación de un marco normativo de las telecomunicaciones para avanzar en la evolución de Internet hacia adelante.

Asimismo, se han comenzado a aprobar una multiplicidad de tratados, convenciones y declaraciones vinculadas con sus temas de análisis.³

2.3.2 El Derecho Internacional Consuetudinario

El desarrollo de las normas consuetudinarias incluye dos elementos: la práctica general (consuetudo) y el reconocimiento de que tal práctica es jurídicamente vinculante (opinio juris). Por lo general, requiere un largo lapso de tiempo para la cristalización general de la práctica.

Algunos elementos del derecho consuetudinario emergen claramente en la forma en la que el gobierno de EEUU ejerce la supervisión desde la raíz de Internet. Tiene una constante práctica de no intervención en el tema de la gestión de dominios de país (por ejemplo .ch, .uk, .ge). La práctica general es el primer elemento en la identificación del derecho consuetudinario. Debe ser objeto de consideración el hecho que tal práctica general se basa en la conciencia del gobierno de EEUU de que su gestión de los dominios de país se verifica adecuada con las normas jurídicas internacionales (existencia de una opinio iuris). Si éste es el caso, existe la posibilidad de identificar la norma internacional habitual en la gestión de las partes del sistema de servidores raíz de Internet que tienen

3 Sólo a vía de ejemplo es posible citar al Convenio N° 108 del Consejo de Europa en materia de Tratamiento Automatizado de Datos Personales, el Convenio sobre Ciberdelincuencia, Convenios de OMPI sobre Propiedad Intelectual, Declaraciones sobre libertad de expresión y acceso a la información pública, entre otros.

que ver con los dominios del país. Sería difícil extender este razonamiento a la situación jurídica de los gTLD (dominio de nivel superior genérico) - .com, .org, .edu, .net -, que no involucran otros países.

2.3.3 Soft law⁴

Soft law se ha convertido en un término que se utiliza con frecuencia en el debate de la gobernanza de Internet. Por lo general, los instrumentos de soft law contienen principios y normatividad general en lugar de las normas específicas que se encuentran habitualmente en documentos internacionales tales como declaraciones y resoluciones. Dado que no es jurídicamente vinculante, no se puede cumplir a través de tribunales internacionales u otros procedimientos de solución de controversias.

Se trata de una expresión que se ha puesto de moda recientemente. Procede de los EEUU y denomina a algunos instrumentos jurídicos que no son obligatorios, pero que influyen en la situación legislativa. Un ejemplo serían los acuerdos interinstitucionales sobre la calidad de la redacción o los actos no vinculantes de las instituciones que un Tribunal de Justicia debe considerar para interpretar los actos imperativos.

Se trata pues de una serie de normas a las que les falta uno de los elementos del concepto de norma jurídica, es decir, el efecto o consecuencia jurídica, esto es, la sanción.

Estas normas vienen a recuperar para el ámbito jurídico la característica básica de las normas sociales, dotadas de una sanción tácita que sólo supone en mayor o menor medida un descrédito o pérdida de consideración pública del que las incumple. Los Estados o instituciones que no cumplen lo que recomiendan estas normas sólo incurren en ese descrédito.

Desde el punto de vista de la finalidad, se trata no tanto de que se cumplan estrictamente sus recomendaciones como de que se cree un estado de opinión favorable a su cumplimiento. Dicho de otro modo, más que obligar, pretenden convencer.

Puesto que les falta la naturaleza de imperativas que caracteriza a las normas jurídicas perfectas, tampoco son condicionales porque su cumplimiento no depende de un hecho externo a la propia norma, y sirven para señalar la dirección que, con ánimo convincente, el legislador desea dar a la evolución de la normativa comunitaria, sería razonable decir que se trata de normas “indicativas”.

Los principales documentos de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, incluida la Declaración Final, el Plan de Declaraciones regionales de acción, tienen el potencial de desarrollar cierta normatividad. Ellos no son jurídicamente vinculantes, pero por lo general son el resultado de prolongadas negociaciones y su posterior aceptación por parte de los Estados. El compromiso que tanto los estados nacionales como otras partes interesadas han puesto en la negociación de instrumentos jurídicos no vinculantes para llegar a un consenso que es imprescindible, crea el primer elemento en la consi-

⁴ Derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria de las normas en los ordenamientos nacionales. Informe para el Consejo de Europa sobre el Documento COM(97) 626, “Legislar mejor” (A4-498/98); Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 1998.

deración de que tales documentos son más que simples declaraciones políticas.

El Soft law ofrece ciertas ventajas en el tratamiento de cuestiones de gobernanza de Internet.

En primer lugar, se trata de un enfoque menos formal, que no implica la ratificación por los Estados y, por lo tanto, no requiere de largas negociaciones.

En segundo lugar, es lo suficientemente flexible para facilitar la experimentación de nuevos enfoques y adaptación a la rápida evolución en el ámbito de la gobernanza de Internet.

En tercer lugar, proporciona una mayor oportunidad para un enfoque de múltiples partes interesadas que un estricto marco jurídico internacional con un enfoque restringido a los estados y las organizaciones internacionales.

2.3.4 Ius cogens

Ius cogens es descrito por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados como una norma imperativa de Derecho Internacional general. Es aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto en tanto norma que no admite acuerdo en contrario.

A partir de esto, no se permite su suspensión y solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

Son ejemplos de normas de ius cogens los siguientes:

- La prohibición del uso de la fuerza.
- La ley de genocidio.
- El principio de no discriminación racial.
- Los crímenes de lesa humanidad.
- Las normas que prohíben el comercio de esclavos.

En el gobierno de Internet, las normas de ius cogens podrían ser utilizadas para actividades que promuevan algunas de estas reglas en el tratamiento, por ejemplo, de la información que se sube a la web.

2.4. Jurisdicción

“La jurisdicción configura a la vez, una función y un poder, aunque este último deba perfilarse no solo como tal sino como un poder – deber y, más ampliamente aún como un conjunto de poderes y deberes que, precisamente le son asignados al tribunal para que éste pueda desempeñar su función jurisdiccional”⁵.

5 Tarigo, Enrique.- *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Fundación de Cultural Universitaria. 2da. Edición. Montevideo, 1994. Tomo I.

Ésta implica la autoridad de los órganos judiciales y estatales para decidir sobre las diferentes situaciones normativas.

La relación entre la competencia e Internet ha sido ambigua, ya que la jurisdicción recae principalmente teniendo en consideración la división geográfica del mundo en territorios nacionales. Cada Estado tiene el derecho soberano de ejercer su jurisdicción sobre su territorio. Sin embargo, Internet facilita considerablemente el intercambio transfronterizo, lo que dificulta considerablemente el monitoreo a través de los mecanismos tradicionales. La cuestión de la competencia en Internet pone de relieve uno de los dilemas centrales asociados con la gobernanza de Internet: ¿Cómo es posible “anclar” a Internet dentro de la geografía política y legal existente?

Son importantes los diferentes principios existentes para la determinación del tribunal competente en casos particulares, entre los que pueden señalarse el Principio de territorialidad que implica el derecho del Estado de gobernar a todo quien se encuentre dentro de su territorio y el Principio de la personalidad que determina el derecho del Estado para gobernar a sus ciudadanos dondequiera que estén (Principio de nacionalidad).

Otro principio importante introducido por el derecho internacional moderno es el de jurisdicción universal. El concepto de jurisdicción universal en sentido amplio determina el poder de un Estado para castigar ciertos crímenes, dondequiera y por quienquiera que se hayan cometido, sin ninguna conexión necesaria para con el territorio, la nacionalidad, o el interés especial del Estado, remitiendo incluso a consideraciones tales como acciones delictivas vinculadas con la piratería, crímenes de guerra y genocidio.

2.4.1 Conflictos de jurisdicción

Ahora bien, es posible que se verifiquen conflictos de competencias. Estos conflictos se plantean – como es sabido – cuando hay más de un Estado que reivindica la jurisdicción en un caso particular. Suele ocurrir cuando la situación de que se trata implica un componente extra-territorial (por ejemplo, involucra a individuos de diferentes estados, o transacciones internacionales). La jurisdicción competente es establecida por diferentes elementos tales como la territorialidad o la nacionalidad. Cuando se sube información en Internet es difícil la determinación de cuál es la normativa aplicable en caso de presentarse una violación al orden jurídico. La pregunta siguiente es cuál es el orden jurídico violentado.

En este contexto, casi todas las actividades de Internet tienen un aspecto internacional que podría dar lugar a múltiples jurisdicciones o al llamado efecto desbordamiento.

Además de las soluciones técnicas (geo-localización y filtrado), existen otros enfoques para resolver el conflicto de competencia que incluyen la armonización de las normativas nacionales y el uso del arbitraje.

En lo que hace relación con la armonización de las normativas nacionales, esto podría resultar en el establecimiento de un conjunto de normas equivalentes a nivel global. Con reglas idénticas en cada Estado, esta cuestión sería menos relevante.

La armonización en áreas donde ya existe un alto nivel de consenso global, como por ejemplo, la pornografía infantil, la piratería, la esclavitud y el terrorismo, se plantea como sustancial y de hecho se verifican varios avances en este sentido.

Sin embargo, en algunos campos, incluyendo las políticas de contenidos, no es muy probable que se pueda arribar a un consenso mundial en el corto plazo, dado que las diferencias culturales siguen sosteniendo un notorio enfrentamiento que no se pone de manifiesto en las primeras líneas de discusión.

Otra posible consecuencia de la falta de armonización es la migración de los materiales web a los países con menores niveles de regulación de Internet.

2.4.2 Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos de que se dispone para evitar recurrir a los tradicionales tribunales. En los arbitrajes, las decisiones son tomadas por una o más personas independientes elegidas por las partes en disputa. El arbitraje internacional en el sector empresarial tiene una larga tradición. En general, los mecanismos de arbitraje se establecen en un contrato privado en que se acepta la resolución de cualquier futura disputa por su intermedio. Una amplia variedad de contratos de arbitraje se verifican existentes, especificando cuestiones como la sede donde se desarrollará, los procedimientos, y la elección de la ley aplicable.

En comparación con los tribunales tradicionales, el arbitraje ofrece muchas ventajas, incluyendo mayor flexibilidad, menor gasto, mayor agilidad, elección de la jurisdicción, y la aplicación más fácil de laudos arbitrales extranjeros. Una de las principales ventajas del arbitraje es que supera el posible conflicto de jurisdicción. El arbitraje tiene ventajas particulares en lo que respecta a uno de los temas más complejos en las causas judiciales relacionadas con Internet, cual es la ejecución de resoluciones. La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros regula el cumplimiento de los laudos resultantes del arbitraje.

De acuerdo con este convenio, los tribunales nacionales están obligados a cumplir con los laudos arbitrales. Paradójicamente, a menudo es más fácil hacer cumplir el arbitraje en el extranjero mediante el régimen de la Convención de Nueva York que procurar la ejecución de la sentencia judicial extranjera.

La principal limitación del arbitraje es que no puede abordar las cuestiones de mayor interés público, como la protección de los derechos humanos, los cuales requieren de la intervención de los tribunales establecidos por el Estado para que sea efectiva.

El arbitraje se ha utilizado ampliamente en las disputas comerciales. Hay un sistema de normas e instituciones que se ocupa de las controversias comerciales muy bien desarrollado.

El principal instrumento internacional es la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

Tanto el arbitraje como otros sistemas alternativos de solución de controversias se utilizan ampliamente para llenar el vacío generado por la incapacidad del Derecho Internacional Privado para tratar los casos de Internet. Un ejemplo particular de un método de resolución de conflictos en casos de Internet es el de los Nombres de Dominio a través de la Universal Domain – Name Dispute Resolution Policy desarrollada por la OMPI e implementado por ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) como el procedimiento de resolución de disputas primaria.

Desde el inicio de su trabajo bajo la denominada UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) en diciembre de 1999, el Centro de Arbitraje y Mediación de OMPI ha administrado más de 30.000 casos.

La UDRP se estipula de antemano como un mecanismo de resolución de conflictos en todos los contratos que involucran el registro de gTLD (.com, .edu, .org, .net) y para algunos ccTLDs (dominio de nivel superior geográfico) también. Su aspecto distintivo implica que se aplican los laudos arbitrales directamente a través de los cambios en el DNS sin tener que recurrir a la participación de los tribunales nacionales.

De esta forma el arbitraje proporciona una manera más rápida, sencilla y económica de resolver las controversias.

No obstante, el uso del arbitraje como el principal elemento de solución de controversias en Internet tiene algunas limitaciones importantes.

En primer lugar, en la medida que el arbitraje suele establecerse por acuerdo previo, esto implica que no se cubra un área amplia de problemas cuando no hay acuerdo entre las partes (por ejemplo casos de difamación, diversos tipos de responsabilidades, delitos informáticos).

En segundo lugar, muchos analistas ven la práctica actual de fijación de una cláusula de arbitraje a los contratos regulares como una desventaja para la parte más débil en el contrato (por lo general el usuario de Internet o un cliente de e-commerce).

En tercer lugar, algunos autores están preocupados de que el arbitraje haga presión para que se extienda el sistema de utilización del precedente y comience a suprimir los diferentes sistemas de ordenación jurídica nacionales.

En el caso del comercio electrónico, podría llegar a ser más aceptable, dado el ya elevado nivel de unificación de las normas sustantivas del derecho mercantil. Sin embargo, la eventual extensión del sistema del precedente se ha convertido en una de las más delicadas cuestiones socioculturales en mérito a las implicancias de los contenidos de Internet, ya que los sistemas jurídicos nacionales reflejan los contextos culturales específicos.

2.5. Propiedad intelectual

El conocimiento y las ideas son los recursos clave en la economía global. La protección de conocimientos e ideas, a través de los derechos de propiedad intelectual, se ha

convertido en una de las cuestiones predominantes en el debate sobre la gobernanza de Internet, y tiene un fuerte componente orientado hacia su desarrollo.

Los derechos de propiedad intelectual se han visto afectados por el desarrollo de Internet, principalmente a través de la digitalización de los conocimientos y la información, así como a través de nuevas posibilidades para su manipulación. Los derechos de propiedad intelectual relacionados con Internet incluyen los derechos de autor, marcas registradas y patentes. Otros derechos de propiedad intelectual incluyen diseños, modelos de utilidad, secretos comerciales, indicaciones geográficas, y las variedades vegetales.

2.5.1 Derechos de autor

Los derechos de autor sólo protegen la expresión de una idea cuando ésta se ha materializado en diversas formas, tales como un libro, un CD o un archivo de computador. La idea en sí no es protegida por los derechos de autor. En la práctica, a veces es difícil hacer una clara distinción entre la idea y su expresión.

El régimen de derechos de autor ha seguido de cerca la evolución tecnológica y cada nuevo invento, como la imprenta, la radio, la televisión y el vídeo, ha realizado afectaciones en la aplicación de las normas de derechos de autor; Internet no es la excepción. El concepto tradicional de derechos de autor ha sido cuestionado de múltiples formas, desde el tan simple “cortar y pegar” para los textos de la Web como para actividades más complejas, tales como la distribución masiva de música y materiales de vídeo a través de Internet.

También permite a los titulares de derechos de autor, controlar la utilización de éstos poniendo a su disposición poderosas herramientas técnicas para su protección y contralor.

Estos acontecimientos ponen en peligro el delicado equilibrio entre los autores, los derechos y el interés del público, que es la base misma de la normativa de derechos de autor.

El interés público ha sido vagamente percibido por lo que los derechos no están suficientemente protegidos. Esto, sin embargo, tiende a su modificación lentamente, sobre todo a través de las numerosas iniciativas globales centradas sobre el libre acceso al conocimiento y la información como por ejemplo Creative Commons.

A nivel internacional, la protección de los dispositivos digitales se introdujo por el Tratado de Derechos de Autor de OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) de 1996. Este tratado contiene disposiciones para incrementar el régimen de protección de los derechos de autor a partir de disposiciones más estrictas vinculadas con las limitaciones de los derechos exclusivos de los autores, la prohibición de eludir la protección tecnológica de los derechos de autor y otras medidas conexas.

En EEUU, la protección más estricta de los derechos de autor se introdujo a través del DMCA (Digital Millennium Copyright Act) de 1998.

Más recientemente, varias regulaciones han sido adoptadas a nivel nacional e interna-

cional, con el objetivo de hacer cumplir un control más estricto, obligando a los intermediarios en Internet a filtrar o controlar la difusión de contenidos con derechos de autor.

Francia adoptó la ley conocida como HADOPI⁶ en 2009, que introduce el denominado procedimiento contra la violación de los derechos de autor en línea, que puede llegar a la suspensión de acceso a Internet para el suscriptor en cuestión⁷.

Luego, durante 2011 en Estados Unidos fueron promovidos dos proyectos de ley - SOPA (Stop Online Piracy Act)⁸ y la PIPA (IP Protection Act)⁹ - que preveían nuevos medios para luchar contra la piratería en línea, incluyendo el bloqueo del acceso de sitios web y la prohibición a los motores de búsqueda de vincularse con dichos sitios.

Por otra parte, se estableció el ACTA (Acuerdo Comercial contra la Falsificación)¹⁰ que se negociara fuera de los marcos institucionales internacionales adecuados habilitando regulaciones permisarias de acciones privadas inconvenientes, lo que motivó severas críticas sobre todo de asociaciones vinculadas con los derechos y libertades.

Las herramientas que son utilizadas por los delincuentes pueden ser usadas por los defensores, también. Tradicionalmente, las autoridades estatales y las empresas llevan a cabo sus responsabilidades a través de mecanismos normativos. Sin embargo, el uso de herramientas de software “alternativos” por el sector empresarial contra los infractores de derechos de autor, está en aumento.

Como un enfoque a largo plazo y de carácter más estructural, el sector empresarial presentó diversas tecnologías para la gestión de accesos a los materiales protegidos por copyright.

Microsoft introdujo el software de administración de derechos digitales para gestionar la descarga de archivos de sonido, películas y otros materiales protegidos por copyright. Similares sistemas fueron desarrollados por Xerox (ContentGuard), Philips y Sony (InterTrust).

El uso de herramientas tecnológicas para la protección de los derechos de autor encontró fundamento jurídico, tanto a nivel internacional - Tratado de OMPI - como en la DMCA. Por otra parte, ésta criminaliza la actividad que tiene por objeto eludir la protección tecnológica de materiales con derechos de autor.

Frente a todo este panorama, las preguntas son, por un lado, cuál debe ser la política a asumir por los Estados, esto es, modificar la existente o desarrollar nuevos mecanismos de derechos de autor. Por otro lado, es necesario ajustar éstos para reflejar los profundos

6 HADOPI.- Disponible en: http://en.wikipedia.org/wiki/HADOPI_law (visitado el 2/02/2014).

7 Fue derogada por Decreto 0157, del Ministerio de Cultura francés, en julio de 2013 luego de su aprobación pero con importantes recortes a sus medidas centrales por parte del Consejo Constitucional.

8 Stop Online Piracy Act.- Disponible en: http://en.wikipedia.org/wiki/Stop_Online_Piracy_Act (visitado el 2/02/2014).

9 Protect IP Act.- Disponible en: http://en.wikipedia.org/wiki/PROTECT_IP_Act (visitado el 2/02/2014).

10 Anti-counterfeiting Trade Agreement.- Disponible en: http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-Counterfeiting_Trade_Agreement (visitado el 2/02/2014).

cambios efectuados por la evolución de las TIC y de Internet, o no.

Una respuesta sugerida en el Libro Blanco sobre la Propiedad Intelectual de EEUU indica que solamente cambios menores son necesarios en la regulación existente, principalmente a través de la “desmaterialización” de los derechos de autor. Establece que conceptos tales como “fijación”, “distribución”, “transmisión” y “publicación” fue el enfoque adoptado en los principales tratados de derechos de autor, incluyendo los aspectos relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio de la Organización Mundial del Comercio y las convenciones de copyright de OMPI.

Sin embargo, la opinión contraria sostiene que los cambios en el sistema normativo deben ser profundos, ya que el derecho de autor en la era digital no se refiere únicamente al “derecho a impedir copiar”, sino también al “derecho a impedir el acceso”. En última instancia, cada vez son mayores las posibilidades técnicas de restringir el acceso a materiales digitales pudiéndose cuestionar si la protección del derecho de autor es necesaria en forma absoluta o no. Frente a esto, resta considerar cómo se protege al interés público que es la segunda parte de la ecuación del derecho de autor.

2.5.2 Protección del interés público - el justo uso de materiales con copyright

El Derecho de Autor fue inicialmente diseñado para fomentar la creatividad y la invención. Esto se debe a que combina dos elementos: la protección de los derechos de autor y la protección del interés público. El reto principal es establecer la forma en la que el público puede acceder a los materiales con derechos de autor con el fin de mejorar la creatividad, el conocimiento, y el bienestar global. Operativamente hablando, la protección del interés público está garantizada a través del concepto de “uso justo” de los materiales.

Cualquier restricción del uso justo podría debilitar la posición de los países en desarrollo.

Internet es para los investigadores, estudiantes y todos quienes estén interesados provenientes del mundo en desarrollo, una poderosa herramienta para la participación en el ámbito académico mundial y el desarrollo de intercambios científicos. Un régimen de derechos de autor restrictivos podría tener un efecto negativo en el desarrollo de capacidades en los países en desarrollo. Otro aspecto es la creciente digitalización de los oficios artísticos y culturales de los países en desarrollo.

Paradójicamente, éstos pueden llegar a tener que pagar por su patrimonio cultural y artístico cuando éste es digitalizado. En estos casos, mayormente pasa a ser propiedad de extranjeros que son quienes ostentan la calidad de titulares de las compañías de entretenimiento y medios.

2.5.3 OMPI y ADPIC

Existen dos principales regímenes internacionales de derechos de propiedad intelectual. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que gestiona el régimen de Derechos de Propiedad Intelectual, sobre la base de la Convención de Berna y el Con-

venio de París y el otro régimen dirigido por la Organización Mundial del Comercio en base a los ADPIC (Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). El cambio de coordinación internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a la Organización Mundial del Comercio se llevó a cabo con la finalidad de fortalecer su protección, especialmente en el ámbito de la observancia y la ejecución. Éste fue uno de los principales logros de los países desarrollados durante la ronda de negociaciones de la Organización Mundial del Comercio celebrada en Uruguay.

Muchos países en desarrollo tienen relación con estas modificaciones y desenvolvimientos. Los mecanismos de aplicación de la Organización Mundial del Comercio son muy estrictos, sin embargo podría reducirse el margen de maniobra de los países en desarrollo y la posibilidad de equilibrar el desarrollo necesita la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual.

Hasta ahora, el principal foco de la Organización Mundial del Comercio ha estado en varias interpretaciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual para productos farmacéuticos. Es muy probable que los futuros debates se desenvuelvan en relación con los Derechos de propiedad intelectual e Internet.

2.5.4 Responsabilidad por infracción de derechos de autor

Los mecanismos internacionales de aplicación en el ámbito de la propiedad intelectual con el devenir del tiempo, se han fortalecido considerablemente por lo que los ISPs responsables del alojamiento en eventual violación del derecho de autor, han debido adoptar medidas en caso que el material no sea retirado después de la notificación de infracción. Esto ha hecho que el régimen de derechos de propiedad intelectual tradicional sea directamente exigible en el ámbito de Internet.

El enfoque adoptado por la DMCA de EEUU y la UE es muy interesante¹¹ e implica la eximición al proveedor de servicios de toda responsabilidad por la información transmitida o almacenada en la dirección de los usuarios. Se demanda que el servicio del proveedor se desarrolló de acuerdo con un procedimiento establecido que implica notificación y retiro de los materiales en infracción¹². Esta solución proporciona cierta comodidad a los ISPs, ya que están a salvo de las sanciones jurídicas, pero también, potencialmente, los transforma en jueces del contenido¹³ y sólo parcialmente resuelve el problema, ya que los contenidos impugnados podrían ser publicados en otro sitio web, alojado por otro ISP.

11 Considérense: Directiva europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico y la Directiva europea 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Disponibles en: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l24204_en.htm (visitado el 2/02/2014).

12 El procedimiento de "notificación y retiro" se refiere a la obligación de los proveedores de servicios de eliminar el contenido de los sitios web bajo su administración si reciben una notificación o queja con respecto a la legalidad de dicho contenido específico.

13 Por temor a enfrentarse a posibles sanciones legales, algunos ISP prefieren restringir el acceso a los contenidos indicados, incluso cuando no se tiene certeza de la comisión de una infracción.

Un caso particularmente relevante para el futuro de los derechos de autor en Internet es el caso contra Grokster y StreamCast, dos compañías que producen intercambio de archivos de software. Siguiendo las disposiciones de la DMCA, la RIAA (Recording Industry Association of America) pidió a estas empresas que desistieran del desarrollo de la tecnología de intercambio de archivos que contribuye a la infracción de los derechos de autor. En un principio, los tribunales de EEUU optaron por no responsabilizar a estas empresas de software por la posible infracción de los derechos de autor, bajo circunstancias razonables. Sin embargo, en junio de 2005, la Suprema Corte de EEUU dictaminó que los desarrolladores de software fueron responsables de cualquier posible uso incorrecto de su software. La EFF (Electronic Frontier Foundation) señaló este caso como el preludio de la ola de demandas que siguió en los subsiguientes años contra individuos y proveedores de Internet¹⁴. Aunque la RIAA abandonó sus demandas de infracción de derechos de autor, aún permanecen en el centro de atención y ha sido necesario diversificar al mismo ritmo los desarrollos tecnológicos.

2.6. Marcas y patentes

2.6.1 Marcas comerciales

Las marcas comerciales son relevantes para Internet debido a la inscripción de los nombres de dominio. En la fase temprana del desarrollo de Internet, el registro de nombres de dominio se basó en llegar primero. Esto llevó a la ciberocupación, es decir, la práctica de registrar nombres de las compañías y venderlos después en un precio elevado o elevadísimo.

Esta situación obligó al sector empresarial a colocar la cuestión de la protección de las marcas en el centro de la reforma de la gobernanza de Internet, dando lugar a la creación de ICANN en 1998. En el Libro Blanco sobre la creación de ICANN, el gobierno de EEUU exigió que éste desarrollara y pusiera en práctica un mecanismo para la protección de las marcas en el campo de los nombres de dominio. Poco después de su creación, introdujo el desarrollo de la propiedad intelectual, sobre todo en lo que hace relación con las disputas vinculadas con los procedimientos de resolución de controversias de carácter universal.

2.6.2 Patentes

Tradicionalmente, la patente protege un nuevo proceso o producto de carácter técnico o el proceso de producción. Los registros de patentes dan lugar a múltiples casos judiciales que implican grandes cantidades de dinero. En algunos casos se han concedido patentes para los procesos de negocio, y algunos de ellos fueron controvertidos, como la petición de British Telecom para la obtención de los derechos de licencia de patente en los enlaces de hipertexto, que se registrara en la década de 1980. En 2002, British Telecom¹⁵ ganó el proceso, sin perjuicio que a los usuarios de Internet se les exigiría que

14 EFF - RIAA v. The People: Five Years Later.- Disponible en: <https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later> (visitado el 2/02/2014).

15 Loney, Matt.- "Hyperlink patent case fails to click. CNET News.com", 2002. Disponible en: <http://news.com.com/2100-1033-955001.html> (visitado el 2/02/2014).

pagaran una cuota por cada enlace de hipertexto creado o usado.

Es importante subrayar que la práctica de conceder patentes para software y otras relacionadas con procedimientos de Internet no ha sido aceptada en Europa y otras regiones¹⁶.

2.7. Ciberdelito

La responsabilidad penal en aplicación de la tecnología electrónica, informática y telemática si bien no es una temática nueva, implica avanzar en la catalogación de conductas inimaginables hasta hace relativamente poco tiempo y que por la vertiginosidad con que avanzan las tecnologías impone la necesidad de encontrar soluciones a una realidad que se impuso.

En efecto, las transformaciones económicas producidas por la globalización en todas sus manifestaciones han implicado un desenvolvimiento masivo de las tecnologías de la información y la comunicación con incidencias directas en todas las manifestaciones de la vida social.

A ésta no escapa la aparición de conductas que por medio de la aplicación de los sistemas informáticos y de internet, generan trastornos importantes en la comunidad nacional e internacional, los que se ven agravados por la inexistencia de disposiciones normativas acordes que faciliten la punición de las mismas.

Es imprescindible entonces, avanzar en una regulación normativa a efectos de que los diferentes países incluyan – los que aún no lo han hecho¹⁷ - en sus ordenamientos jurídicos un marco apropiado que facilite el combate a la ciberdelincuencia. Sin embargo, es importante considerar que el régimen que se adopte debería ser minimalista y sin posiciones definitivas en términos tecnológicos, de forma tal de evitar una obsolescencia inexorable pero no inmediata.

La referencia a delitos informáticos debe entenderse efectuada a “la realización de una acción que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos de un titular en un elemento informático, ya sea hardware o software”¹⁸.

El Prof. Carlos Casabona indica que se trata de conductas que atentan de forma grave a determinados bienes del individuo – pero también personas jurídicas – que presentan una configuración específica y exclusiva de la actividad informática y telemática y han sido sometidos a una tipología técnico criminológica: acceso, alteración, destrucción, no autorizados de datos contenidos en un sistema, reproducción completa o parcial de esos datos, creación de ficheros clandestinos, venta de ficheros informáticos, sustracción del

16 Información acerca del debate europeo de la patentabilidad del software, disponible en: <http://eupat.ffii.org/> (visitado el 2/02/2014).

17 La República del Perú aprobó en el mes de diciembre de 2013, su Ley de Delitos informáticos.

18 Davara, Miguel.- Delitos y fraudes informáticos. 2010. Disponible en: <http://www.davara.com/areas/otras-delitos.html> (visitado el 2/02/2014).

tiempo de sistemas de redes informáticas, telemáticas, etc. De esta forma, el computador así como los sistemas de telecomunicación a su servicio y el de sus elementos, son el objeto del delito.

Finalmente, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ha indicado que es “cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos”¹⁹.

Es muy trascendente entonces a estos efectos la consideración que ha efectuado el Prof. Enrique Pérez Luño quien ha señalado que la esfera de acción de internet hace propicia la comisión de delitos en seis ámbitos, a saber:

1. La intimidad, la imagen y el honor de las personas.
2. La libertad sexual.
3. La propiedad intelectual.
4. El orden público y la seguridad del Estado.
5. La hacienda pública.
6. La propiedad.

En este sentido es a su vez muy importante tener en cuenta tres áreas que son fundamentales y en las que la colaboración fáctica y también normativa son centrales, a saber:

2.7.1 Ciberseguridad

El término Ciberseguridad se define como los procedimientos aplicados para la gestión y protección del uso, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos e información, a través de las tecnologías de información y comunicación al momento de navegar en el ciberespacio. La Ciberseguridad es vital para los internautas ya que la confidencialidad de sus sistemas puede ser vulnerable a los ataques de virus informáticos.

La ciberdelincuencia se ha expandido mucho en los últimos años debido a la difusión de Internet. Tal es así que entre los principales avances de 2013 en la materia se destaca la creación del Centro Europeo del Cibercrimen EC3 dentro del seno de Europol²⁰, así como las múltiples regulaciones surgidas en los diferentes países que han iniciado el camino de la normatividad en esta temática²¹.

2.7.2 Ciberdefensa

La determinación conceptual específica de ciberdefensa, ha sido y sigue siendo de una importante complejidad, sin perjuicio que no se trata de una actividad novedosa ya que puede remontarse a finales del siglo pasado.

19 OCDE.- Computer related criminality: analysis of legal policy in the OECD Area. 1984.

20 Información disponible en: <https://www.europol.europa.eu/ec3> (visitado el 2/02/2014).

21 Es el caso por ejemplo de EEUU, España y Colombia.

Sin embargo, es posible afirmar que se trata de un concepto estratégico de los gobiernos que requiere la comprensión de variables tales como las vulnerabilidades en la infraestructura crítica de un Estado, las garantías y derechos de los ciudadanos en el mundo online, la renovación de la administración de justicia en el entorno digital y, la evolución de la inseguridad de la información en el contexto tecnológico y operacional.

En función de lo antedicho y su vínculo con la ciberguerra es central que se posicione el pensamiento estratégico vinculado con la defensa no solo en su consideración tradicional sino en aquélla de índole global mediante las tácticas, técnicas y procedimientos que otorguen seguridades a los ciudadanos. Por lo tanto es imprescindible avanzar a partir de una aproximación holística de todos los actores que deben implicarse en la defensa del bienestar, intereses y valores de estados libres y democráticos, de ahí su centralidad para la gobernanza de internet.

2.7.3 Ciberguerra

La referencia a ciberguerra debe considerarse efectuada al desplazamiento del conflicto - tradicionalmente bélico - al ciberespacio, mediante la utilización de las tecnologías de la información que sustituyen a los tradicionales campos de batalla. La ciberguerra es rentable y anónima permitiendo ataques a gran escala en la medida que no se verifican barreras de índole física que impidan que se propaguen los ataques.

Se trata de un hacking cuya motivación es de orden político y su objetivo es el sabotaje y el espionaje. La finalidad es la producción de alteraciones en la información y sistemas de quien se determina como enemigo conjuntamente con la protección de la información y sistemas propios.

La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre ciberguerra estableció que se trata del uso de computadores o medios digitales por un gobierno, sea con conocimiento explícito o aprobación de ese gobierno contra otro estado, o propiedad privada dentro de otro estado incluyendo: accesos intencionales, interceptación de datos o daño a infraestructura digital e infraestructura controlada digitalmente”.

Desde el punto de vista geoestratégico es posible visualizar a futuro que la ciberguerra en la actualidad no es más que la escaramuza primaria de futuros conflictos. Por lo mismo, es central tener conciencia de la gravedad de la situación y analizar las capacidades de reacción y discusión políticas seria y negociada.

Entre las amenazas más importantes a la seguridad mundial se encuentra en tercer lugar después de la guerra mundial convencional y las armas de destrucción masiva, sobre todo en la consideración que varios países han declarado tener lo que se denomina ciberarmada.

Los escenarios más complejos y difíciles de la ciberguerra hacia el futuro son:

1.- La relación entre EEUU y China que en teoría funciona sin mayores contratiempos, pero que es una relación de tensión permanente y que tiene múltiples aristas de cuidado.

En efecto, se han verificado un sin número de acusaciones en los últimos tiempos vinculadas con espionaje, denegación de servicios, acceso a infraestructuras, intervenciones en la red, ataques que parten de equipos zombies que operan como una Botnet (red de operadores infestados), entre otras. Más de la mitad de los casos reportados de seguridad comprometida remiten a ataques desarrollados desde o hacia Estados Unidos o China.

2.- Enemigos como Irán o Corea del Norte. Desde 2010, la intrusión informática en la planta de enriquecimiento de uranio iraní de Natanz y la aparición del Stuxnet²² deben tenerse como dos hitos fundamentales en la consideración geoestratégica de algunos países como Irán, Siria y Corea del Norte. El mayor problema que presentan estas armas de índole cibernético es su casi independencia de operación ya que una eventual mutación podría implicar una operación a escala no prevista e incluso contra sus propios creadores.

En este mismo sentido, es importante considerar las actividades que ha iniciado Hezbollah en el ciberespacio, así como el desenvolvimiento de la llamada OpUSA y el equipamiento a yihadistas²³ contra Siria.

Las eventuales instalaciones nucleares de Corea del Norte también han sido un objetivo central tanto de Corea del Sur como de EEUU. Así se produjeron ingresos de hackers en las redes norcoreanas lo que implicó una fuerte tensión internacional así como la nulidad del armisticio entre las dos Coreas.

3.- La situación de Rusia. Se han desarrollado importantes ataques de supuestos hackers a diferentes países con vínculo político importante con Rusia, por lo que se han adjudicado éstos a este país, sin que haya sido reconocido en ningún caso. En general se establece que se trataría de hackers por encargo cuya encomienda es la movilización de Botnets.

4.- Anonymous y el Hacktivismo. Si bien se han producido varias detenciones vinculadas con Anonymous o LulzSec, éstas no han determinado una suspensión de las campañas que efectúan estos grupos. Anonymous ha pretendido avanzar en su ubicación como defensor de derechos en la red, pero de todas formas continúa en su prédica y accionar tradicionales.

5.- Los límites difuminados de la guerra contra el terrorismo. En esta línea se verifican múltiples situaciones complejas. Así el yihadismo internacional ha iniciado la visualización de la actividad en la red con mayor extensión que el reclutamiento y comunicación de los miembros, sino que la pretensión es la utilización de metodologías diversas – incluso similares a las de Anonymous – para el desenvolvimiento de sus acciones.

Indudablemente bajo el slogan de lucha contra el terrorismo, es posible identificar consideraciones de índole populista capaz de justificar cualquier decisión bajo la lógica

²² Stuxnet es un gusano informático que afecta a equipos con Windows. Es el primer gusano conocido que espía y reprograma sistemas industriales, en concreto sistemas SCADA de control y monitorización de procesos, pudiendo afectar a infraestructuras críticas como centrales nucleares.

²³ El yihadismo es un neologismo occidental utilizado para denominar a las ramas más violentas y radicales dentro del islam político, caracterizadas por la frecuente y brutal utilización del terrorismo, en nombre de una supuesta yihad.

de la opinión y el interés públicos. Así la ciberyihad ha aparecido como un mecanismo hábil para sostener una suerte de tensión pública suficiente para “estar de acuerdo” con la vulneración de derechos que en otra instancia sería absolutamente intolerable.

El equilibrio entre las medidas es imprescindible para avanzar en la lucha contra el terrorismo y el respeto de los derechos fundamentales. Existe un riesgo real de que algunas medidas de seguridad puedan, directa o indirectamente, socavar los principios y derechos que el terrorismo pretende destruir.

Es peligroso establecer normas para el libre flujo de información, pero por otro lado, es imprescindible.

Esto no sólo puede impedir el intercambio abierto de ideas y opiniones, sino que también puede obligar a las ideas no deseadas - por ejemplo, el discurso y la propaganda por el odio,- que se expresan en forma vil, a ponerse de manifiesto lo que si bien no es difícil de contrarrestar con argumentos informados genera tensiones innecesarias y a veces, insostenibles.

Además, existe el riesgo de que las ideas y opiniones que podrían mejorar el debate abierto sobre temas polémicos sean silenciadas. El verdadero reto consiste en explotar plenamente el potencial de los nuevos medios de comunicación sin poner en peligro los derechos fundamentales, derechos y libertades civiles, incluido el derecho a la privacidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a expresar sus ideas y opiniones en todo el mundo así como también lo tienen a buscar información libremente a través de las redes electrónicas.

2.8. Privacidad y protección de datos

Privacidad y protección de datos son dos cuestiones de gobernanza de Internet que se encuentran relacionadas fuertemente entre sí.

La protección de datos es un mecanismo normativo que garantiza la privacidad. Sin embargo, cuando se habla de privacidad a qué debe entenderse efectuada la referencia.

Por lo general se define como el derecho de cualquier ciudadano a controlar su propia información de carácter personal y decidir al respecto por la divulgación o no de tal información. Tanto la intimidad cuanto la protección de datos personales son derechos de carácter fundamental. Múltiples disposiciones normativas internacionales los refieren en las diferentes épocas de su desenvolvimiento, que avanzan desde la intimidad, pasando por la privacidad, la autodeterminación informativa hasta la protección de datos personales. Así es posible citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros muchos acuerdos y convenciones regionales e internacionales de derechos humanos, que los prevén.

Las culturas nacionales y el modo de vida influyen en la práctica de la vida privada. Aunque este tema es importante en las sociedades occidentales, puede tener menor importancia en otras culturas. Las prácticas modernas de la privacidad se centran funda-

mentalmente en la privacidad de la comunicación (ausencia de vigilancia en la comunicación) y privacidad de la información (ausencia de manejo de la información acerca de los individuos). Los problemas de privacidad, que tradicionalmente han sido utilizados para centrarse en las actividades gubernamentales, han visto ampliado su círculo de injerencia y ahora incluyen al sector de los negocios.

2.8.1 Personas y Estados

No es una novedad que la información siempre ha sido una herramienta esencial para que los estados ejerzan la autoridad sobre sus territorios y poblaciones. Los gobiernos reúnen grandes cantidades de datos personales (actas de nacimiento y matrimonio, números de seguridad social, registros de votación, antecedentes penales, información fiscal, registros de vivienda, coches, propiedades, entre otros).

Las tecnologías de la información, usadas por ejemplo en la minería de datos, colaboran en la agregación y correlación de datos de muchos sistemas especializados (por ejemplo, tributos, registros de vivienda, propiedad de automóviles) al realizar análisis sofisticados, la búsqueda de patrones usuales e inusuales así como detección de inconsistencias. Uno de los principales desafíos de las iniciativas de gobierno electrónico es garantizar un equilibrio adecuado entre la modernización estatal y las funciones y las garantías de los derechos de privacidad de los ciudadanos, incluida la restricción de la recopilación de información a lo estrictamente necesario para llevar a cabo el papel de la administración pública.

Sin embargo, los últimos años han sido testigos de un aumento de la voracidad de los gobiernos para la recolección y asociación de más datos personales para la identificación obligatoria de las personas, como es el caso de los datos biométricos.

Después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en los EEUU se dictó el Patriot Act²⁴ así como normatividad similar en otros países, previéndose entre otras cuestiones las posibilidades de la autoridad para recopilar información, incluyendo previsiones vinculadas con la interceptación de la información. El concepto de interceptación legal en la obtención de pruebas fue también incluido en el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad (artículos 20 y 21)²⁵.

Por otra parte, la UE solicitó la adopción de legislaciones nacionales que permitan la conservación de los datos necesarios para identificar a un usuario durante un período de 6 a 24 meses.

2.8.2 Personas y empresas

La segunda, y cada vez más importante relación social es la que existe entre las personas y el sector empresarial. La persona facilita información personal al abrir una cuenta bancaria, efectuar la reserva de un vuelo o un hotel, realizar el pago en línea con tarjeta

24 Epic.org.- US Patriot Act. Disponible en: <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html> (visitado el 2/02/2014).

25 Consejo de Europa.- Convención sobre Cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm> (visitado el 2/02/2014).

de crédito, o incluso navegar o buscar información en Internet; múltiples rastros de datos a menudo se dejan en cada una de estas actividades.

El éxito y la sostenibilidad del comercio electrónico, depende de la creación de una amplia confianza tanto en las políticas de privacidad de las empresas cuanto en las medidas de seguridad que se establecen para proteger la información confidencial de los clientes contra el robo y el mal uso de la información. Con la expansión de las plataformas de redes sociales (por ejemplo, Facebook, Twitter), las preocupaciones en torno al eventual mal uso de los datos personales - no sólo por el propietario o administrador de una plataforma de redes sociales, sino también por otros individuos participantes en ellas se han incrementado.

En una economía de la información, aquélla sobre los clientes, incluyendo sus preferencias y perfiles de compra, se convierte en un importante producto de mercado.

Para algunas empresas, tales como Facebook, Google y Amazon, la información acerca de las preferencias de los clientes constituye una piedra angular de su modelo de negocios. Básicamente la moneda que los usuarios pagan por los servicios prestados (en línea) “para su utilización libre” son los datos personales, ya sea en forma de una cookie del navegador que indica su comportamiento en línea o una información específica solicitada en el llenado de un formulario web o al momento de hacer un pago. Y con el aumento de la cantidad de información que los usuarios revelan acerca de sí mismos, las violaciones a la privacidad se vuelven cada vez más frecuentes y sofisticadas²⁶.

2.8.3 Estados y empresas

Otro ángulo de la privacidad – quizás el menos publicitado –, tal vez sea el más importante. Tanto los Estados como las empresas recogen considerables cantidades de datos sobre las personas. Algunos de estos datos se intercambian con otros estados y empresas para impedir, por ejemplo, las actividades terroristas. Sin embargo, en algunas situaciones, como aquéllas a las que la Directiva Europea sobre Protección de Datos se aplica, el Estado supervisa y protege los datos de las personas en poder de las empresas.

2.8.4 Personas ante sí y sus pares

Un último aspecto de la protección de la intimidad, es el riesgo potencial para la privacidad que es generado por los propios individuos. Hoy en día, cualquier persona con suficientes fondos puede poseer poderosas herramientas de vigilancia; incluso un simple teléfono móvil equipado con una cámara puede convertirse en una herramienta de este tipo.

Muchas de las instancias de invasión de la privacidad se han producido, desde un simple voyeurismo al uso sofisticado de cámaras de videovigilancia, de números de tarjetas de registro de los bancos al espionaje económico.

26 Marsan Carolyne.- “15 worst Internet privacy scandals of all time. *Network World*”. 2012. Disponible en: <http://www.networkworld.com/news/2012/012612-privacy-scandals-255357.html?page=1> (visitado el 2/02/2014).

El principal problema para la protección de este tipo de violación de la privacidad es que la mayoría de la normatividad se centra en los riesgos para la privacidad derivados del Estado pero no de las propias personas en forma individual. Ante esta nueva realidad, algunos gobiernos han tomado importantes medidas iniciales.

Así el Congreso de EEUU ha aprobado la Ley de Prevención de Video Voyeurismo²⁷, que prohíbe la toma de fotos de personas desnudas sin su aprobación.

Alemania y algunos otros países han adoptado leyes de privacidad similares, evitando la vigilancia individual.

Uno de los principales instrumentos internacionales en materia de privacidad y protección de datos es el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento automatizado de Datos de Carácter Personal de 1981²⁸. A pesar de que fue adoptado por la organización regional – Consejo de Europa –, está abierto a la adhesión de estados no europeos²⁹.

Dado que el Convenio es tecnológicamente neutral, ha resistido la prueba del tiempo. Sin embargo, los desafíos planteados por el desarrollo tecnológico han provocado la necesidad de la actualización de su texto y existen borradores de propuesta que están siendo analizados desde 2012.

La Directiva de Protección de Datos de la UE (Directiva 95/46/CE)³⁰ también ha formado un marco normativo importante para el tratamiento de datos personales en la Unión Europea y ha tenido un gran impacto no sólo en el desarrollo normativo europeo sino también a nivel mundial³¹. Esta regulación también se encuentra en proceso de reforma con el fin de hacer frente a los nuevos desarrollos y garantizar una efectiva protección de la privacidad en el marco del devenir tecnológico.

Otra de las claves internacionales – aunque no vinculante – es el Documento sobre privacidad y protección los datos conocido como las Directrices de la OCDE sobre la Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales de 1980³². Estas directrices y el trabajo posterior de la OCDE han inspirado a numerosas organizaciones internacionales, regionales y reglamentos nacionales sobre privacidad y protección

27 Gov.track.Us.- Video Voyeurism Prevention Act. Disponible en:

<http://www.govtrack.us/congress/bills/108/s1301> (visitado el 2/02/2014).

28 Consejo de Europa.- Convention for the protection of individual with regard to automatic processing of personal data. Disponible en:

<http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/108.htm> (visitado el 2/02/2014).

29 Uruguay ha sido el primer país en incorporarse al sistema del Convenio N° 108 fuera de la Unión Europea. Esto fue efectuado por Ley N° 19.030, de 27 de diciembre de 2012.

30 Disponible en:

http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/l14012_en.htm (visitado el 2/02/2014).

31 Ejemplo de ello son las normas aprobadas por ejemplo en Uruguay y Argentina.

32 OECD.- Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. 1980. Disponible en:

http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (visitado el 2/02/2014).

de datos. Hoy en día, prácticamente todos los países que integran esta organización han promulgado leyes de privacidad y poseen institucionalidad encabezada por autoridades facultadas para hacerlas cumplir.

Aunque los principios de las directrices de la OCDE han sido ampliamente aceptados la principal diferencia está en la forma de implementación, en particular entre los enfoques europeos y estadounidenses.

En Europa la legislación de protección de datos es muy completa y exigente centrándose principalmente en el carácter de derecho fundamental de la misma, mientras que en los EEUU se desarrolla la regulación de privacidad en forma particular para cada sector de la economía incluyendo la privacidad financiera (Graham-Leach-Bliley Act), la privacidad de los niños³³ (Children's Online Privacy Protection Act)³⁴ y la privacidad médica (Health Insurance Portability and Accountability Act)³⁵, entre otros.

Otra diferencia importante es que, en Europa, la legislación sobre privacidad se aplica por las autoridades públicas, mientras que la aplicación en EEUU descansa principalmente en el sector privado y la autorregulación. Las empresas establecen políticas de privacidad, generando códigos de conducta que aplican hacia el interior de sus empresas. En términos generales, depende de cada una de las empresas y de las propias personas la decisión sobre las políticas de privacidad a aplicar.

La principal crítica del enfoque de los EEUU es que las personas se ubican en una posición relativamente débil, ya que rara vez son conscientes de la importancia de las opciones ofrecidas por las políticas de privacidad y carecen de información real y efectiva en relación con la importancia de la protección de sus datos personales.

2.8.5 Acuerdo de safe harbour entre los EEUU y la Unión Europea

Estos dos enfoques – EEUU y la UE – en relación con la protección de los datos personales han entrado en conflicto. El principal problema radica en el uso de los datos personales por parte de las empresas. En este sentido, las preguntas se suceden y se refieren fundamentalmente a cómo puede la UE imponer sus regulaciones sobre, por ejemplo, una compañía de software con sede en EEUU o cómo puede la UE garantizar que los datos de sus ciudadanos están protegidos de acuerdo con las reglas especificadas en la Directiva sobre Protección de Datos, de acuerdo con qué normativa serán transferidos los datos, que se circulan a través de la red de una empresa de la UE a una que se maneja en los EEUU.

La UE amenazó con bloquear la transferencia de datos a cualquier país que pudiera no garantizar el mismo nivel de protección de privacidad que estableció en su Directiva.

Esta situación llevó inevitablemente a un choque con el enfoque de autorregulación

33 Graham-Keach-Bliley Act.- Disponible en: <http://www.ftc.gov/privacy/glbact/glbsub1.htm> (visitado el 2/02/2014).

34 Children's Online Privacy Protection Act.- Disponible en: <http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm> (visitado el 2/02/2014).

35 Health Information Privacy.- Disponible en: <http://www.hhs.gov/ocr/privacy/> (visitado el 2/02/2014).

de EEUU.

Esta diferencia profundamente arraigada ha hecho muy dificultoso el desenvolvimiento de acuerdos entre éstos.

Por otra parte, el ajuste de la ley de EEUU a la Directiva de la UE no habría sido posible, ya que habría requerido el cambio de algunos principios importantes del sistema normativo de los EEUU.

Se produjo un gran avance en medio del estancamiento que se verificaba, cuando el Embajador Aaron de EEUU sugirió en 1998 una fórmula de “puerto seguro” ya que esto replanteaba todo el tema.

Esta solución implicó que las regulaciones de la UE podrían ser aplicadas a las empresas de EEUU dentro de un puerto seguro y con regulación legal. Las empresas estadounidenses manejaban información de ciudadanos de la UE y éstos podrían firmar voluntariamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos de acuerdo con los requisitos de protección de la privacidad de la UE. Después de haber firmado estos acuerdos, las empresas debieron observar el cumplimiento formal de los mecanismos acordados entre la UE y los EEUU.

Cuando se firmó en 2000 el Acuerdo de puerto seguro la noticia fue recibida con una gran esperanza en la medida que se consideró como la herramienta normativa que podría resolver problemas similares con otros países. Sin embargo, la situación no ha sido muy alentadora.

El Parlamento Europeo ha criticado esta opción por entender que no se trata de una protección suficientemente fuerte para los ciudadanos de la UE. Las compañías estadounidenses no han sido particularmente entusiastas en relación con el uso de este enfoque.

3. GOBERNANZA DE INTERNET PARA EL DESARROLLO HUMANO: COMPONENTES SOCIO - CULTURALES

3.1. Derechos humanos

El conjunto básico de derechos humanos relacionados con Internet incluye los derechos a la privacidad, la libertad de expresión, el derecho a recibir información, la protección de varios derechos culturales, la lingüística y la diversidad de minorías, y el derecho a la educación.

No es de extrañar que los temas relacionados con los derechos humanos hayan sido muy a menudo objeto de acalorados debates tanto en los procesos de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información cuanto en los de IGF (Internet Governance Forum).

Si bien los derechos humanos por lo general se abordan explícitamente, también están involucrados en los temas transversales que aparecen cuando se tratan aquéllos

vinculados con la neutralidad de la red (derecho de acceso, libertad de expresión, el anonimato), la ciberseguridad (respeto de los derechos humanos en el ejercicio de actividades de protección de la seguridad cibernética) y el control de contenidos, entre otros. La Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información ha reconocido específicamente en sus documentos la importancia de los derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo y el derecho a la libertad de expresión.

3.1.1 Los derechos reales vs los derechos cibernéticos

Paralelamente al debate jurídico conceptual que analiza si una determinada normativa se verifica actualizada y alcanza suficientemente para ser aplicada a las regulaciones de Internet o si hay una necesidad de nueva normatividad, mucho se ha debatido en los círculos de derechos humanos acerca de si los conceptos tradicionales vinculados con éstos deben ser revisados con vistas a su utilización en Internet. La APC (Association for Progressive Communication) sostiene que los derechos humanos relacionados con Internet están fuertemente plasmados en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta visión determina que los derechos humanos son los mismos en el mundo cibernético que en el mundo real. Las especificidades online de los derechos humanos están relacionadas con su aplicación.

Uno de los principales actores en el campo de los derechos humanos e Internet es el Consejo de Europa. Éste es la institución fundamental para el tratamiento de los derechos humanos en Europa, a partir del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁶ en tanto éste es su principal instrumento. Desde 2003, el Consejo de Europa ha adoptado varias declaraciones destacando la importancia de los derechos humanos en Internet.³⁷ El Consejo de Europa es también el depositario de la Convención sobre Ciberdelitos³⁸ como el principal instrumento mundial en este campo. Esto lo posiciona como una de las instituciones clave en encontrar el equilibrio adecuado entre el ser humano, sus derechos y las consideraciones de seguridad cibernética en los futuros desarrollos de Internet.

Asimismo es muy importante señalar que Finlandia es el primer país en garantizar normativamente el derecho de acceder a Internet. A partir de 2010 todos los ciudadanos

36 Consejo de Europa.- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 2010. Disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm> (visitado el 2/02/2014).

37 El Consejo de Europa adoptó las siguientes declaraciones en relación con la relevancia de los derechos humanos e internet:

- La Declaración sobre la libertad de las comunicaciones en Internet, de 28 de mayo de 2003. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031> (visitado el 2/02/2014).

- Declaración sobre Derechos Humanos y Estado de Derecho en la Sociedad de la Información, de 13 de mayo de 2005. Disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849061> (visitado el 2/02/2014).

- Declaración sobre la Agenda Digital Europea, de 29 de setiembre de 2010. Disponible en: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Decl%2829.09.2010_1%29&Language=lanEnglish&Ver=original (visitado el 2/02/2014).

38 Consejo de Europa.- Convención sobre Ciberdelitos. Ob. Cit.

de Finlandia tienen el derecho a una conexión de banda ancha de un megabit³⁹.

No obstante, el derecho de acceso a Internet se sostiene más en relación con la libertad de expresión y la información, aunque, también es importante la velocidad real de la conexión a Internet.

Sin embargo, hay opiniones reticentes a considerar la banda ancha como un derecho humano básico, cuando hay personas que todavía luchan por el agua limpia, la atención médica y los alimentos.

3.1.2 La libertad de expresión y el derecho a buscar, recibir y difundir información

La libertad de expresión en línea figura en la agenda diplomática desde 2011/2012, y particularmente en la agenda del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

La libertad de expresión en Internet también se ha debatido en numerosas conferencias internacionales. El debate sobre la libertad de expresión en línea ha sido un área muy específica que se ha tratado a nivel político en mérito a sus más que trascendentes consecuencias. Éste es un derecho fundamental, y por lo general aparece en el centro de los debates sobre el control de contenidos y la censura. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU⁴⁰, la libertad de expresión (artículo 19) es contrarrestado por el derecho del Estado a limitarla en razón de la moralidad, el orden público y el bienestar general (artículo 29).

3.1.3 Derecho de acceso a Internet

Es importante tener en cuenta que limitar la libertad de expresión en aras de la moral, del orden público, y en general, el bienestar es algo complejo de decidir y más aún de ejecutar. Así, tanto el debate como la aplicación del artículo 19 deben ser puestos en el contexto del establecimiento de un equilibrio adecuado entre dos necesidades. Esta situación ambigua abre muchas posibilidades para diferentes interpretaciones de las disposiciones normativas y en última instancia, las distintas aplicaciones son las que generan controversia en torno a una ponderación adecuada entre los artículos 19 y 29 en la realidad mundial que se refleja en las discusiones acerca de la consecución de este equilibrio en Internet.

La libertad de expresión es el enfoque particular de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, como Amnistía Internacional y Freedom House, Human Rights Watch, entre otras. De hecho es interesante considerar un estudio realizado por Freedom House donde se evalúa el nivel de penetración de Internet y de los teléfonos móviles para verificar la incidencia que éstos tienen para la libertad promedio experimentada por los usuarios en una muestra de 15 países de 6 regiones. Cubriendo los años

39 CNN Tech.- First nation makes broadband access a legal right. 2010. Disponible en:

http://articles.cnn.com/2010-07-01/tech/finland.broadband_1_broadband-access-internet-access-universal-service?_s=PM:TECH (visitado el 2/02/2014).

40 Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en:

<http://www.un.org/en/documents/udhr/> (visitado el 2/02/2014).

2007 y 2008, el estudio aborda una serie de factores que podrían afectar dicha libertad, incluyendo el estado de la infraestructura de las telecomunicaciones, las restricciones gubernamentales al acceso a la tecnología, la reglamentación marco para proveedores de servicios, la censura y el control de los contenidos, el entorno jurídico, la vigilancia y los ataques extralegales sobre los usuarios o contenidos.

Los indicadores seleccionados reflejan no sólo las acciones de los gobiernos sino también el vigor, la diversidad y el activismo del nuevo dominio de los medios de comunicación en cada país, independientemente de los esfuerzos estatales para restringirla⁴¹.

3.2. Política de contenidos

Una de las principales cuestiones socioculturales es la política de contenidos. A menudo, ésta está dirigida desde el punto de vista de los derechos humanos y encabezada por la libertad de expresión y los derechos a la información y comunicación. Pero muchas veces con contralores de parte del gobierno a los efectos de desarrollar control de contenidos, e incluso restricciones de índole tecnológica vinculadas con las herramientas para llevar a cabo estos contenidos.

Los debates se centran generalmente en tres grupos:

a.- El contenido que tiene un consenso mundial para su control. Se incluyen aquí los derechos de los niños, la pornografía, la justificación del genocidio y la incitación a la organización de actos terroristas, todos prohibidos o reconocidos por el derecho internacional.

b.- El contenido que es sensible a determinados países, regiones o grupos étnicos debido a sus valores religiosos y culturales particulares. La globalización en línea plantea retos para la comunicación de los valores locales, culturales y religiosos en muchas sociedades. El mayor control de contenido se efectúa en Oriente Medio y los países asiáticos, justificándose oficialmente por la protección de los valores culturales específicos. Esto a menudo significa que el acceso a sitios web pornográficos y de azar está bloqueado⁴².

c.- Censura política en Internet. Reporteros sin Fronteras está constantemente monitoreando el estado de la libertad de información en Internet y para el año 2013 enumeró trece países como "Enemigos de Internet"⁴³.

Ahora bien, cómo se lleva a cabo la política de contenido.

41 Freedom House.- *"Freedom on the Net. A Global Assessment of Internet and Digital Media"*. Disponible en: http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/Freedom%20OnThe%20Net_Full%20Report.pdf (visitado el 2/02/2014).

42 Girdwood, Scott.- *"Place your bets ... on the keyboard: Are Internet casinos legal?"*. Campbell Law Review N° 25. 2002. Disponible en: <http://scholarship.law.campbell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1398&context=clr> (visitado el 2/02/2014).

43 Reporteros sin Fronteras.- El reporte completo correspondiente a 2013 está disponible en <http://en.rsf.org/list-of-the-13-internet-enemies-07-11-2006,19603> (visitado el 12/03/2015).

Se verifica la existencia de una serie de temáticas que están presentes para la política de contenidos que presenta una serie de opciones legales y técnicas, que se utilizan en distintas combinaciones.

- Filtrado de contenido gubernamental

Los gobiernos que filtran el acceso a los contenidos por lo general crean un “índice de Internet” en el que se establecen los sitios web bloqueados para el acceso ciudadano. El filtrado de contenido se produce en muchos países, – cantidad que va en aumento – además de los ampliamente reconocidos en este tipo de prácticas – China, Arabia Saudita, Singapur –.

- Los sistemas de clasificación y filtrado privado

Ante el riesgo potencial de la desintegración de Internet a través del desarrollo de diversas barreras nacionales (sistemas de filtración), W3C y otras instituciones de ideas afines tomaron medidas proactivas que proponen la implementación de una calificación controlada por el usuario y los sistemas⁴⁴. En estos sistemas, los mecanismos de filtrado pueden ser implementados por un software colocado en ordenadores personales o verificar control a nivel del acceso al servidor de Internet.

- El filtrado de contenidos basado en la ubicación geográfica

Otra solución técnica en relación con los contenidos es un software de localización geográfica, que establece filtros de acceso a determinados contenidos web de acuerdo con las características geográficas o nacionales de origen de los usuarios.

Las compañías de software de localización geográfica afirman que pueden identificar el país de origen sin error y la ciudad en aproximadamente el 85 % de los casos, especialmente si se trata de una gran ciudad⁴⁵. Desde el caso de Yahoo! en 2000⁴⁶, la precisión de geo - localización ha aumentado aún más mediante el desarrollo de software de geo - ubicación sofisticada.

- Control de contenido a través de motores de búsqueda

El puente entre el contenido del usuario final y la Web suele ser un motor de búsqueda. Las autoridades chinas iniciaron uno de los primeros ejemplos de control de contenido a través de motores de búsqueda⁴⁷.

44 Resnick, Paul, Miller, James.- “*PICS: Internet Access Controls Without Censorship*”. 1996. Disponible en: <http://www.w3.org/PICS/iacwcv2.htm> (visitado el 2/02/2014).

45 Akami afirma que puede identificar la ubicación geográfica de las personas a partir de sus códigos postales. Éste es el límite tecnológico. La información acerca de las direcciones de la calle no se puede obtener de números IP. Silicon Valley Quova Inc., uno de los principales proveedores de esta tecnología, afirma que puede identificar correctamente el país del usuario de la computadora en un 98 por ciento de las instancias y la ciudad en cerca del 85 por ciento de las veces, pero sólo si se trata de una gran ciudad. Estudios independientes han fijado el índice de precisión de este tipo de programas, que también se venden por empresas como InfoSplit, Digital Envoy, NetGeo y Akami, de 70 a 90 por ciento.

46 Se determinó la posibilidad de conocimiento de acceso de los usuarios a un sitio alojado por Yahoo!, vinculado a propaganda de exaltación del ideario nazi en Francia.

47 Si los usuarios introducen palabras prohibidas en Google Search, pierden su conectividad durante unos minutos. La respuesta del Departamento de Información chino establece: “... es bastante normal con algunos de los sitios de Internet que a veces se puede acceder a ellos y, a veces no se puede. El Ministerio no ha recibido información acerca de que Google esté bloqueado. El filtrado de búsquedas fue una fuente de tensión entre Google y las autoridades chinas que culminó

El peligro de filtrado de los resultados de búsqueda, sin embargo, no viene sólo de la esfera gubernamental; los intereses comerciales pueden interferir también, en forma más o menos obvia y penetrante. Algunos autores han comenzado a cuestionar el papel de los motores de búsqueda - especialmente de Google, considerando su posición dominante en las preferencias de los usuarios - en la mediación de acceso de los usuarios a la información y para advertir sobre su poder de influir en el conocimiento y preferencias de los usuarios.

4. COLOFÓN

Como afirmación definitiva y concluyente es posible sostener que las aristas son múltiples, los centros de interés variados pero el elemento común lejos de ser la tecnología, lo es la persona y sus derechos, desde las diferentes perspectivas y centralidades.

En la medida que el centro de la acción pública es la persona, el individuo humano no puede ser entendido como un sujeto pasivo, mero receptor o destinatario de las decisiones políticas. Como bien se ha destacado, “definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención sino, sobre todo considerarla la protagonista por excelencia de la vida política. Aquí se encuentra una de las expresiones más acabadas de lo que entiendo por buen gobierno, por buena administración en el marco democrático ... Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción política significa, en primer lugar, perfeccionar, mejorar los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. El buen gobierno, la buena administración ha de mirar precisamente la generación de ese ambiente en el que cada ciudadano pueda ejercer su libertad en forma solidaria.”⁴⁸

con la decisión adoptada por Google en enero de 2010 para redirigir búsquedas realizadas en Google.cn a sus servidores basados en Hong Kong. Sin embargo, más tarde ese año, Google invirtió su decisión bajo la presión de la negativa del gobierno chino para renovar su contenido del proveedor de licencias de Internet.

48 Delpiazzo, Carlos.- “Marco conceptual de la gobernanza con especial referencia a Internet”. Ponencia preparada para el XII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Zaragoza, 2008.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

SANTI ESTEFAN, Alejandro

Alcance del poder-deber del juez de desechar prueba manifiestamente innecesaria en la audiencia preliminar

LANGÓN, Miguel

Excepciones a la obligatoriedad de la acción penal (la consagración del principio de oportunidad)

ALCANCE DEL PODER-DEBER DEL JUEZ DE DESECHAR PRUEBA MANIFIESTAMENTE INNECESARIA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

ALEJANDRO SANTI ESTEFAN

1. Planteo del problema

Actualmente, la ley procesal establece con claridad que en oportunidad de la audiencia preliminar, cuando el Juez dicta el auto de admisión de los medios de prueba que serán diligenciados, tiene el poder-deber de desechar los medios que resultaren inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes y manifiestamente impertinentes (arts. 24 numeral 6, 144 y 341 numeral 6 CGP).

La reforma procesal de la Ley N° 19.090 introdujo una variación en la redacción del art. 341 numeral 6 CGP y en el art. 144 CGP a los efectos de lograr la debida coordinación de esas normas con el art. 24 numeral 6 CGP. Antes, para establecer cuáles eran los medios de prueba desechables, había que coordinar esas normas que tenían variantes en su redacción, para concluir que salvo la inadmisibilidad como categoría general de inadecuación del medio al ordenamiento jurídico, las restantes calificaciones negativas debían darse en forma patente (manifiesta) para que se debiera disponer el descarte cuasi liminar del medio.

Sin embargo, la reforma procesal, conforme a una plausible técnica legislativa, no ingresó en la definición legal de las ideas de inadmisibilidad, impertinencia, inconducencia, ni expresamente (al menos no en el art. 341 numeral 6) en la definición de prueba innecesaria.

El problema que se intenta despejar aquí, si es que se logra persuadir de lo que se estima correcto, es determinar qué debe razonablemente entenderse por prueba manifiestamente innecesaria en el ámbito del art. 341 numeral 6 CGP.

En otras palabras, se intenta aquí desentrañar cuál es el alcance del poder-deber del Juez de desechar prueba por esa calificación negativa del medio. La cuestión es de evidente importancia práctica porque dice relación con algunos aspectos cardinales del debido proceso, específicamente incide en el derecho a la prueba, tal como se comentará más abajo.

2. La necesidad de prueba y su vinculación con la idea de prueba innecesaria

Ante la pregunta: ¿qué hay que probar en el proceso?, la respuesta es, sin perjuicio de las cargas probatorias que gravan a las partes, que en el proceso es necesario probar

aquellas invocaciones de hecho, realizadas exclusivamente por las partes, que constituyan el soporte fáctico de las pretensiones o defensas, que sean controvertibles y hayan sido efectivamente controvertidas en la etapa de proposición.

No obstante, como es natural, la falta de controversia fáctica en procesos sobre cuestiones indisponibles no enerva la necesidad de probar los supuestos de hecho constitutivos de la pretensión del actor, o los supuestos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella. El art. 137 CGP es claro al respecto, bajo el *nomen juris* "Necesidad de la prueba". Excepciones a esa regla surgen del art. 138 CGP según el cual no es necesario probar aquellas invocaciones que refieran a hechos notorios, los evidentes y los hechos presumidos por la Ley (a los que cabría agregar a aquellos alcanzados por la cosa juzgada).

Es posible decir, que ese criterio en el plano abstracto, genérico, no específico, de qué es necesario probar en el proceso establecido en el art. 137 CGP para cualquier proceso civil (la necesidad de la prueba), se traslada con un menor grado de abstracción, es decir, con mayor concreción, a la idea de fijación del objeto de la prueba disciplinada en el art. 341 numeral 6 CGP también para todo proceso civil, pero ya desde la perspectiva concreta y real de la tarea del Juez (de la actividad) a la hora de su delimitación en un proceso dado.

En términos más sencillos, si en todo proceso es necesario probar las invocaciones de hecho controvertidas (necesidad de la prueba), ese y no otra cosa es el objeto de la prueba de todo proceso. Luego el objeto de la prueba de un proceso en concreto tendrá que ser establecido mediante la delimitación judicial de cuáles de las específicas invocaciones fácticas invocadas (comprendidas también en el objeto del proceso o tema a decidir) fueron efectivamente controvertidas. Cuando en un proceso ya fue delimitado el objeto de la prueba, lo que ya se sabe es qué hechos tendrían que probarse y qué pasará si no se prueban conforme a las reglas de la carga de la prueba. Siendo ello así, cuando ya se saben qué hechos pueden ser materia de prueba en un proceso concreto, es que el Juez de ese proceso tiene el poder-deber integrante de su situación de jurisdicción de determinar cuáles medios de prueba serán admitidos. También cuáles son rechazados por su inadecuación al ordenamiento jurídico (inadmisibilidad), por tratarse de medios que claramente no son jurídicamente hábiles para acreditar el hecho incluido en el objeto de la prueba (manifiesta inconducencia), por referir el medio de prueba a la acreditación de un hecho claramente ajeno al objeto del proceso y al objeto de la prueba (manifiesta impertinencia) o, finalmente, según la Ley, por ser manifiestamente innecesario el medio.

La vinculación entre las ideas de necesidad de la prueba y delimitación del objeto de la prueba que se ha tratado de demostrar más arriba, permite concluir que cuando se habilita al Juez a desestimar un medio de prueba en la audiencia preliminar por su manifiesta innecesidad, se está confiriendo el siguiente poder-deber: el Juez puede y debe desechar en la audiencia preliminar, además de en otros supuestos, aquellos medios de prueba que hayan sido ofrecidos para probar hechos o en puridad confirmar alegaciones de hecho que han quedado fuera del objeto de la prueba (aunque relativas al tema a decidir u objeto del proceso). Ya sea por la admisión expresa o por la falta de controversia.

En resumen, desde esa perspectiva, un medio de prueba es manifiestamente inne-

cesario, cuando el hecho que se pretende probar con ese medio, que forma parte del objeto del proceso (que está compuesto por lo pedido, pero también por los hechos que sostienen el pedido) y por tanto tiene vinculación o forma parte del asunto, ha resultado exiliado del objeto de la prueba (por admisión expresa o falta de controversia). Y esa interpretación, además de conectar la idea abstracta de necesidad de la prueba, con la de delimitación en un caso concreto del objeto de la prueba, también es coherente con el rito procesal establecido en forma lógica en el art. 341 numeral 6. Es que la regulación de la audiencia preliminar es de toda lógica y por eso una vez delimitados el objeto del proceso y el objeto de la prueba, es decir, cuando ya se sabe cuál es el tema a decir y qué hechos han sido controvertidos y tienen necesidad de prueba, recién entonces el Juez admitirá o rechazará los medios ofrecidos, siendo una de las calificaciones/operaciones para esa decisión el verificar si el hecho que se quiere probar con un medio de prueba está en objeto de la prueba y por tanto si a su respecto hay necesidad de prueba y utilidad en su producción.

Desde esta perspectiva, cuando es claro, patente, evidente u obvio para el Juez ya en la audiencia preliminar que el medio de prueba ofrecido no dice relación con un hecho integrante del objeto de la prueba, entonces el Juez deberá desechar el medio por manifiesta innecesariedad.

Y la operación de comparación entre el medio (en puridad el hecho para cuya acreditación ha sido ofrecido el medio) y el objeto de la prueba podrá ser más o menos difícil según la complejidad del caso. Pero siempre, por más complejo que sea el asunto o caso judicial, habrá supuestos donde sin mayor esfuerzo pueda ser advertido por el Juez que un medio de prueba ha resultado manifiestamente innecesario, porque por ejemplo un hecho invocado por el actor en la demanda (que el día del accidente llovía) fue expresamente admitido por el demandado al contestar (que es cierto que el día del accidente llovía). Es en estos casos, claros, patentes, indubitables, que la Ley confiere al Juez el poder-deber de desechar el medio de prueba por manifiesta innecesariedad (el acto si bien refiere a un aspecto del objeto del proceso está fuera del objeto de la prueba y carece de utilidad). Por eso la Ley acude al término “manifiestamente”, porque si hay alguna duda sobre si el medio pudiera probar algún extremo fáctico comprendido en el objeto de la prueba, entonces corresponderá su admisión, ordenación, diligenciamiento y valoración.

Esta perspectiva clásica sobre el sentido de la “prueba innecesaria” no es pacíficamente admitida, pues puede sostenerse también (y se sostiene con serios fundamentos) que la referencia del nuevo art 341 numeral 6 CGP a la prueba innecesaria refiere a otra cosa distinta.

3. La prueba innecesaria vinculada a la prueba superabundante o como categoría de la suficiencia de la instrucción

Puede entenderse la referencia del art. 341 numeral 6 CGP a la posibilidad jurídica (en realidad poder-deber) del rechazo cuasiliminar en audiencia preliminar de la prueba manifiestamente innecesaria como algo diferente al rechazo de medios que hayan

sido ofrecidos para acreditar alegaciones fácticas exiliadas de su necesidad de confirmación, ajenas al objeto de la prueba (aunque con pertenencia al objeto del proceso o asunto a decidir).

No se reconoce desde esta perspectiva una ligazón directa entre los conceptos genéricos de necesidad de la prueba del art. 137 CGP y delimitación del objeto de la prueba, con el problema del rechazo de prueba por manifiesta innecesaridad. Se toma otro camino hermenéutico.

Para esta postura parecería ser que el problema de los medios ajenos al objeto de la prueba ya quedó resuelto antes al delimitar el objeto de la prueba, o si se quiere, aún en el auto de admisión de prueba (de calificación) cuando se rechazan medios manifiestamente impertinentes. Ello por cuanto es claro que los hechos que no requieren prueba, en realidad lo que producen con la prueba que se ofreció a su respecto es un problema de impertinencia y no de necesidad. Si un hecho alegado por el actor está fuera del objeto de la prueba porque por ejemplo no fue controvertido o fue admitido expresamente por el demandado (o el demandado no lo contradijo categóricamente sino con evasivas), entonces la prueba a su respecto es manifiestamente impertinente, porque se trata de un medio ofrecido que dice relación con un hecho absolutamente ajeno al objeto de la prueba.

Descartada desde esta óptica la conexión entre la idea de necesidad de la prueba con objeto de la prueba y luego con prueba necesaria (innecesaria), entonces se procura otro sentido a la expresión legal prueba “manifiestamente innecesaria”.

De allí se colige que prueba innecesaria es otra cosa, tales como aquellos medios diversos que se ofrecen para acreditar un mismo hecho. Si hay varios medios de prueba ofrecidos para acreditar un mismo hecho, el Juez podría declarar la innecesaridad de alguno de esos medios reiterativos, por existir una suerte de falta de utilidad del acto procesal. Los medios de prueba ofrecidos que sean claramente superabundantes por apuntar todos a la acreditación de un mismo hecho pueden ser objeto, para evitar la reiteración, el dispendio de esfuerzos y recursos, del descarte de alguno o algunos de ellos (no todos, como es obvio) por ser medios manifiestamente innecesarios¹.

Así se ha dicho que prueba manifiestamente innecesaria “*es aquella que habiendo pasado todos los controles logra su admisión al proceso, por ser admisible, conducente y pertinente, pero se torna inútil ya que el cúmulo probatorio es suficiente para acreditar el hecho que se pretende probar. ‘Ello implica la existencia de otras pruebas ya diligenciadas que dan cuenta acabada del hecho a probar’*”².

Cabe distinguir esta operación de descarte con la que se produce cuando el Juez afirma, en el medio del juicio, que está “suficientemente instruido”; cosa que jamás podría defenderse como correcta. Quienes acuden a la innecesaridad por superabundancia del medio de prueba colocan al Juez en una posición de calificación para la admisión o re-

1 Cfr. Abal Oliú, Alejandro, “Admisibilidad, pertinencia, conducencia y necesidad de los medios probatorios”, en RUDP 3-4/2010, p.782.

2 Klett. Selva, Proceso Ordinario en el Código General del Proceso, t. II, FCU, Montevideo, 2014, p. 123.

chazo del medio, con independencia de la valoración. El Juez mira para qué fue ofrecido el medio, qué hecho se pretende probar con ese medio y si el hecho claramente ha sido objeto de múltiples medios, que implicarán dilaciones y dispendio de esfuerzos, entonces descarta algunos por manifiesta innecesaridad³. Cosa distinta es lo que hace mal el Juez, cuando en medio del proceso, mucho antes de la Sentencia Definitiva, luego de admitir varios medios de prueba, deja algunos sin diligenciar expresando estar “suficientemente instruido”. Aquí el Juez realiza una operación intelectual sobre el resultado de las pruebas rendidas que redunde en la innecesaridad de diligenciar más prueba, que supone una valoración del Juez hecha fuera de la Sentencia y antes de ella, lo que supone un claro vicio de prejuzgamiento.

4. Juicio crítico sobre la prueba innecesaria como ajena al objeto de la prueba o como prueba superabundante. Solución al problema del abusivo ofrecimiento de prueba voluminosa con fines dilatorios.

Es verdad que la identificación de la prueba manifiestamente innecesaria con aquella que no necesita ser incorporada al proceso por referir en forma patente a hechos no controvertidos o admitidos y por tanto fuera del objeto de la prueba, en gran medida se confunde con la calificación de prueba manifiestamente impertinente⁴. Y es claro que el art. 341 numeral 6 refiere como cosas distintas a la prueba manifiestamente innecesaria y la manifiestamente impertinente, así que no pueden ser lo mismo. El pleonismo normativo, en principio debería descartarse.

Al mismo tiempo, no puede compartirse que este género diverso conocido como medio “manifiestamente innecesario” refiera a que el Juez pueda desestimar medios de prueba por superabundancia; entendida esta última por la circunstancia de que un mismo hecho ha sido objeto de ofrecimiento de varios medios de prueba.

Esta última postura no puede compartirse porque, a nuestro criterio y sin perjuicio de respetar profundamente la enjundia y gran conocimiento de sus autores, se trata de una interpretación legal que colide con el principio constitucional del Debido Proceso, más específicamente con el Derecho a la Prueba y la Inviolabilidad de la Defensa. Uno de los componentes del Debido Proceso es tener la oportunidad de ofrecer prueba en sustento de la postura afirmada. La parte tiene Derecho a la Prueba y podría decirse Derecho a Probar. Entonces, es dable y legítimo que la parte ofrezca más de un medio de prueba para acreditar un mismo extremo de hecho. Se trata del cumplimiento más acabado de la carga de probar. El oferente de prueba no conoce de antemano cuál será el resultado de la prueba ofrecida y está en la debida diligencia de un buen litigante agotar todos los mecanismos a su alcance para acreditar un hecho a su favor en el proceso, precaviéndose de las falencias de valoración (de convicción) que algunas pruebas puedan llegar a tener.

Lo que nos parece no se observa, o no por lo menos no se destaca, cuando se defiende la tesis de la prueba superabundante, formulada obviamente desde la óptica del Juez,

3 Klett, Selva y otros, “La posibilidad de prescindir del diligenciamiento de prueba en el CGP”, en libro de las Xas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia del Sacramento, 1999, ps. 327 y ss.

4 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, T. IV Las Funciones Procesales (continuación), FCU, Montevideo, 2014, p. 95.

es que si los medios admitidos por el Juez no logran probar el hecho y los otros medios fueron desestimados antes, entonces se estará perjudicando a la parte que había ofrecido otros medios, que de pronto si hubieran sido diligenciados habrían logrado probar.

Una perspectiva sistémica y a partir de las situaciones jurídico-procesales también conduce a rechazar la existencia de un poder-deber del Juez de descartar medios de prueba notoriamente superabundantes. Si las partes tienen derecho a la prueba, derecho a probar y además la carga procesal de ofrecer medios de prueba para confirmar sus alegaciones de hecho, la contracara de esa situación jurídica no puede ser la de un poder-deber del Juez de desestimar casi liminarmente, mucho antes de la etapa de valoración, algunos de los medios de prueba ofrecidos en cumplimiento de la carga por superabundantes.

Perece ser entonces, que la prueba manifiestamente innecesaria del art. 341 numeral 6 CGP no se identifica con la que puede descartarse por superabundante, sino con aquella que no corresponde admitir por haber quedado los hechos que pretenden ser probados fuera del objeto de la prueba, aunque comprendidos en el objeto del proceso, por la falta de controversia (silencio o respuesta no categórica) o por una admisión expresa de la contraparte.

Habrà sí que establecer una diferenciación con la prueba manifiestamente impertinente, para evitar la confusión. Parece ser que esta última refiere a la acreditación de hechos no solo ajenos al objeto de la prueba sino ajenos también, desde la génesis, al objeto del proceso. Con ese ajuste se elimina la confusión. Si en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de un contrato de arrendamientos de servicios se ofrece la declaración de un testigo para que declare sobre un accidente de tránsito sufrido por uno de los contratantes, la prueba será manifiestamente impertinente por ser ajena al objeto del proceso, es decir, a la cuestión debatida y por ende también al objeto de la prueba. También será manifiestamente impertinente la pericial ofrecida para establecer las ganancias perdidas por la víctima del accidente, si el rubro lucro cesante no fue pedido en la demanda. Ahora, será manifiestamente innecesaria la prueba por informes a un servicio meteorológico sobre el estado del tiempo en el lugar y hora en que ocurrió el accidente, si la cuestión o no fue controvertida o fue admitida por el demandado. El exilio de la prueba innecesaria no es producto de que la cuestión escape al objeto del proceso, sino porque la cuestión no necesita ser probada y ha quedado fuera del objeto de la prueba por la admisión o falta de controversia.

En definitiva, la prueba manifiestamente innecesaria sería aquella que debe rechazarse por el Tribunal en la audiencia preliminar no por tratarse de medios superabundantes (mucho menos por suficiente instrucción) sino por tratarse de medios de prueba ofrecidos para probar hechos que, si bien integran el fundamento de la pretensión o defensa incluida en el objeto del proceso, claramente no integran el objeto de la prueba por haber quedado fuera de él sucesivamente por admisión o falta de controversia u alguna otra razón procesal.

El Juez no puede ni debe rechazar un medio de prueba por parecerle superabundante, porque de esa manera, sin advertirlo, está perjudicando a la parte que ofreció los medios

en ejercicio de su carga procesal de probar. Se está vulnerando a su vez una estrategia procesal legítima de intentar acreditar un hecho por todos los medios posibles y ante la eventualidad del fracaso de algunos. Se está afectando el derecho de lograr la convicción del Juez por medio de pruebas que ratifiquen el resultado de valoración de otras (Inviolabilidad de la Defensa). Se está violando el Derecho a la Prueba y el Derecho a Probar.

Si existieran abusos de una parte en un ofertorio de prueba intencionalmente superabundante, no con el objetivo lícito de probar, sino para dilatar el proceso complejizándolo para evitar que se llegue con una duración razonable a la eliminación de la insatisfacción jurídica (a la cosa juzgada), no es el mecanismo de la prueba innecesaria “estirado” en su sentido el que debe aplicarse, sino la calificación del acto de ofrecimiento de prueba como un acto abusivo e ilícito, emitido con dolo, carente de veracidad y buena fe (arts. 62 y 63 CGP) y por tanto nulos. Así podría descartarse ese modo aluvional de ofrecer prueba con una finalidad espuria bajo el mecanismo de la prueba inadmisibles por contraria al ordenamiento jurídico, pero no como innecesaria. El rigor de la decisión judicial para descartar la prueba por inadmisibles será entonces más intenso, pues el Juez deberá justificar por qué identificó al ofertorio de prueba como abusivo y no mediante el expediente de acudir tan libremente a elegir algunos en desmedro de otros medios por encontrarlos de antemano superabundantes.

EXCEPCIONES A LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL (LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD)

MIGUEL LANGON

La acción penal es pública, obligatoria y necesaria para el Ministerio Público, salvo las “excepciones establecidas por la ley”¹.

Como es sabido el M.P. es el titular de la acción penal², teniendo no obstante atribuciones para “no iniciar investigación” (art. 45.c), “proceder al archivo provisional” (art. 45.d), y aplicar el “principio de oportunidad reglado” (art. 45.e), sin perjuicio naturalmente de “solicitar el sobreseimiento” (art. 45.h), cuando correspondiere.

Su intervención en el proceso, sin embargo, “se regulará por las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal”³, las que por lo tanto integran el conjunto de normas que regulan su actuación, debiendo integrarse todas estas disposiciones aplicables por remisión, conforme al criterio de interpretación que regula el artículo 14 del C.P.P.⁴.

Dentro de los presupuestos para el ejercicio de la acción penal, hay un capítulo, que es el motivo esencial de este trabajo, que refiere expresamente a las “excepciones al principio de obligatoriedad”, tan enfáticamente ordenado por la ley⁵.

Conforme a ello el fiscal puede, de pleno derecho, porque tiene facultades para ello, no iniciar o dar por terminada una investigación, en los siguientes casos:

- Si los hechos relatados en la denuncia no constituyen delito
- Si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, conforme a la prueba disponible, o

1 Esta regla se repite dos veces, con marcado énfasis, en el texto de ley que tenemos a consideración. Artículo 6 C.P.P.: “(Oficialidad). La acción penal es pública y su promoción y ejercicio corresponden al Ministerio Público, salvo las excepciones establecidas por la ley”. Artículo 82: “La acción penal es pública, Su ejercicio corresponde al Ministerio Público y es necesario, salvo las excepciones establecidas por la ley”.

2 Art. 43.1 C.P.P.: “El Ministerio Público en el titular de la acción penal. Deberá practicar todas las diligencias que sean conducentes al éxito de la investigación”

3 Art. 44.1

4 Art. 14: “(Interpretación e integración). 14.1. Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es el juzgamiento del caso concreto con todas las garantías del debido proceso, En caso de duda, se deberá recurrir a las normas generales fundamentalmente las que emanen de la Constitución de la República, de los principios generales de derecho y de los específicos del proceso penal, debiéndose preservar y hacer efectivas las garantías de debido proceso. 14.2. En caso de Vacío legal, se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios constitucionales y generales de derecho, a los principios específicos del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso. Están vedadas la solución analógica y la interpretación extensiva perjudiciales al interés del imputado”.

5 Capítulo II del Título III referido a la acción penal, arts. 98-100.

- Si las actuaciones cumplidas no hubieren producido resultados que permitan la continuación útil de la indagatoria⁶.

Esta es una de las normas en que se pone más claramente de manifiesto el alto grado de discrecionalidad que se les concede a estos funcionarios para disponer de la acción penal, que, de regla, están obligados a llevar adelante en todos los casos (principio de la obligatoriedad y de la necesidad de la acción).

De allí resulta el cuidado que debe tenerse en su designación y ascenso, siendo destacable que la propia ley establece, más allá de lo que surja de la regla de la publicidad y transparencia de la actuación funcional, un control interno que puede llegar a ser muy efectivo y convertirse en el verdadero control de un poder que de otro modo pudiera llegar a ser excesivo.

En efecto, la ley otorga tanto al denunciante como a la víctima el derecho de solicitar, si lo estima del caso, al tribunal que ordene el reexamen del caso por el fiscal subrogante, dentro de los treinta días de haber sido noticiado.

Se oirán entonces en audiencia las razones del reclamante y del fiscal actuante, pudiendo el juez, si estima que no están suficientemente probados los fundamentos aducidos por el fiscal, disponer el reexamen por el fiscal subrogante, lo que se hará en dicha audiencia, sin admitirse recurso alguno sobre dicha resolución, debiendo notificarse lo actuado al jerarca del M.P., para que tome conocimiento del caso, a los efectos que viere corresponder⁷, siendo la resolución de este fiscal subrogante, decisiva en cuanto a la continuación o no del trámite⁸.

Esta disposición es muy importante porque atenúa la crítica que pudiera hacerse al excesivo poder otorgado al fiscal actuante, que podría llevar la natural discrecionalidad de su actuación, legalmente permitida, al campo prohibido de la arbitrariedad.

El doble examen de parte del Ministerio Público da pábulo a considerar suficientemente superada esta cuestión, sobre todo porque hubo allí control judicial y por la publicidad del trámite que quita toda opacidad al proceso, y permite un juicio tanto del superior, como de la sociedad toda respecto del quehacer del representante de la sociedad.

De cualquier modo, si se produjeran hechos nuevos o se aportaren nuevos elementos de prueba, el fiscal podrá en todo caso iniciar o continuar la investigación interrumpida, por lo que el mandato de no prosecución es siempre revocable, y no causa estado definitivo⁹.

La novedad más importante que introduce el nuevo Código del Proceso Penal en nuestro sistema, es la consagración del principio de oportunidad¹⁰, que le otorga al fiscal la potestad de no iniciar la persecución penal o de abandonarla si ya hubiere sido inicia-

6 Artículo 98 C.P.P.

7 Art. 98.2 y 3.

8 Art. 98.4.

9 Art. 99.

10 Art. 100.

da en los casos que se exponen a continuación:

- ✓ Cuando se trata de “delitos de escasa entidad que no comprometan gravemente el interés público”, a menos, dice la ley, “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;
- ✓ Si se trata de delitos culposos que hayan irrogado al imputado “una grave aflicción” cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena, y
- ✓ Cuando hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y se presuma que no haya de recaer pena de penitenciaría.

Trataremos de analizar brevemente estas tres modalidades o requisitos objetivo-subjetivos que pueden llevar al fiscal a adoptar una posición de no prosecución del caso, no obstante la criminalidad de la conducta presuntamente desarrollada por el concernido.

- a) La determinación de la “escasa entidad de los delitos” plantea un arduo problema de interpretación.

En primer lugar, parecería que los delitos de escasa entidad son, sin duda alguna, las contravenciones o faltas establecidas en el Libro III del C.P., conforme además a la división tripartita de los delitos que estableció el artículo 2 del citado cuerpo de ley.

Sin embargo puede pensarse, y yo así lo entiendo, que, además de las faltas habrían en el magín del legislador delitos propiamente dichos que no son graves, estableciéndose con ello una categoría intermedia entre los delitos y los crímenes que serían los delitos no graves, salvo que pretendiera entenderse que no son graves los delitos que no son crímenes lo que me parece francamente inaceptable, por obvias razones que me permito omitir en beneficio de la brevedad.

La gravedad óptica, por así decirlo, de las figuras criminales se puede determinar conforme a dos parámetros principales: a) la naturaleza del bien jurídico objeto de la protección (que sería lo más lógico y sistemático, según la escala axiológica que surgiría de la propia Constitución, Art. 7 de la Carta), y b) según el monto de la pena irrogada a cada figura, un criterio más empírico que científico, pero más real tal vez que el primero, no siendo claro el criterio diferenciador, dado la falta de lo que llamamos “dosimetría” penal, por cuanto las diferencias entre la pena de la violación por ejemplo, que es un delito contra la libertad o contra las personas (art. 272 C.P.) y la de la rapiña, delito contra la propiedad (art. 345 C.P.), son enormes y no permiten tener claro cuál es la política del legislador al respecto, si es que hay alguna en consideración.

Pero según el texto legal no es suficiente que el delito sea de “escasa entidad”, sea ello lo que fuere, sino que además, copulativamente ese delito menor, no debe comprometer “gravemente” el interés público, de lo que puede inferirse que para el legislador hay delitos de escasa entidad que sí pueden, sin embargo, comprometer de gravedad ese tipo de interés, lo que parece ser contradictorio.

Con ello se advierte que todo se ha subjetivizado en gran manera, por cuanto es el fiscal el que debe determinar, caso a caso:

- ✓ si el delito es o no grave,
- ✓ si compromete o no el interés público,
- ✓ en qué consiste dicho interés, y
- ✓ si el compromiso es a su vez grave, con lo que prácticamente desaparecen o se confunden los requisitos supuestamente objetivos con el subjetivo que deriva de la libre interpretación del operador fiscal de turno, quien después de considerar todo eso, recién entonces determinará que no es oportuno seguir adelante o iniciar un procedimiento penal al respecto.

La redacción es muy deficiente en este punto porque, además de todo lo dicho, la ley parece considerar que pueden haber delitos de escasa entidad que no comprometen ningún interés público y que, no obstante ello, se castiguen con penas privativas de libertad superiores a los dos años de duración, que, en nuestro sistema se denominan tradicionalmente como penas de penitenciaría, con todas las consecuencias prácticas que la jurisprudencia y la costumbre han otorgado a dicha calificación.

Lo único claro y objetivo es que, cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones cometa un delito de escasa entidad que no compromete gravemente el interés público y que no tenga pena mínima de penitenciaría, el Ministerio Público está impedido de acudir al principio de oportunidad como excepción a la oficialidad de la acción.

- b) En segundo lugar se autoriza al fiscal a recurrir al principio de oportunidad (es una facultad reglada que se otorga al funcionario), para dictar un mandato de no prosecución en los casos en que el concernido haya sufrido lo que se llama una “pena natural”, que en el lenguaje de la ley supone objetivamente un delito culposo o imprudente “que haya irrogado al imputado una grave aflicción” cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que derivan de la aplicación de una pena, como puede ser el caso paradigmático del padre que conduciendo en estado de ebriedad provoca culposamente la muerte del hijo que lo acompaña.
- c) También se puede acudir al principio de oportunidad cuando el transcurso del tiempo ha disminuido el interés o alarma social que pudo haber provocado el delito, término que la ley fija en los cuatro años desde su comisión y se presume que no habrá de recaer pena de penitenciaría, y no concurra alguna de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción.

Pese a los términos utilizados por la ley, no debe confundirse esta aplicación del principio de oportunidad con la extinción del delito por el paso del tiempo que plasman los casos de prescripción.

En efecto la prescripción extingue el delito o la pena en su caso, mientras que la clausura de los procedimientos siempre es sin perjuicio, y no supone por tanto extinción del ilícito sino simplemente su no prosecución en ese momento histórico, por cuanto el lapso

transcurrido habría hecho cesar la alarma social que la conducta criminal pudo producir en el seno de la comunidad, o habría hecho decaer el interés por su persecución.

Desde el punto de vista objetivo el caso debe ser de naturaleza correccional, por cuanto si se previere una pena impeditiva (de penitenciaria), no procede aplicar el instituto.

Esto es evidente cuando la pena máxima del delio en cuestión sea de prisión, debiendo tenerse presente que, en el caso de que el guarismo superior fuere de penitenciaria, todo dependerá de la apreciación subjetiva del magistrado actuante.

A nosotros no nos agrada la expresión “alarma social”, pero debo reconocer que la misma ha tomado ya hace tiempo carta de ciudadanía en nuestra jurisprudencia práctica, y parece evidente que no puede insistirse en el argumento de dicha alarma, para continuar una investigación tanto tiempo demorada, cuando han transcurrido cuatro años de los hechos sin haberse tomado resolución, lo que habilita al fiscal a proceder como indica la norma, y dar un “mandato de no prosecución”, que puede ser muy bienvenido en orden a la economía procesal, la salvaguarda de recursos y a la idea que de lo no trascendente *non cura pretor*.

La interpretación en todo caso es *favoris rei* o *pro homine* o *pro libertatis*, por lo cual no tengo mayores reparos que formular, como sí los sostengo todavía con la norma que permite procesar con prisión preventiva basado en la susodicha e indeterminada “alarma social”, que puede significar en los hechos un mero sometimiento del judicario a la grito de la gente o al poder distorsionador que puedan ejercer sobre los magistrados los medios masivos de comunicación, o a cualquier forma de presión sobre el mismo de cualquier procedencia que fuere.

El principio de oportunidad puede verse también, desde el punto de vista doctrinario, como una manifestación del principio cardinal de la proporcionalidad, que vino a complementar el de lesividad, y que acaba de ser declarado integrado a la Constitución por la Suprema Corte de Justicia integrada, en Sentencia N° 104/2015, de 24.4.2015, por considerarlo una derivación del artículo 72 de la Constitución, que “positivizó” las reglas fundamentales del derecho natural a nuestro ordenamiento, al cual deben someterse todos los magistrados del país, que deben realizar el juicio de constitucionalidad y de convencionalidad, para preservar la identidad del sistema.

La regla de la oportunidad, bien aplicada por los fiscales, a la luz del día, bajo control de la superioridad, de las partes del 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.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago
Subcontratación y trabajo portuario

SUBCONTRATACIÓN Y TRABAJO PORTUARIO

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia núm. 40/2015 recae en el recurso de casación de un juicio donde se enfrentan estibadores de una empresa de servicios portuarios con ésta y con empresas arroceras que la contrataban. La empresa está habilitada como operadora en el puerto de Montevideo, para desempeñarse en la carga y descarga de arroz y las cuatro grandes exportadoras contrataban sus servicios.

Los actores en el juicio reclaman el pago de horas extras, la indemnización por despido y la responsabilidad solidaria o subsidiaria de los arroceras.

En primera instancia la juez no hizo lugar a la demanda.

En segunda instancia el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno acogió el reclamo de horas extras y despido y desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva de las empresas arroceras, condenándolas también.

La sentencia de la Corte que comentamos mantiene por unanimidad la condena en horas extras e indemnización por despido pero acoge la falta de legitimación y no se condena como responsables solidarios a las empresas que contrataron el servicio de estiba.

1. Conjunto económico

Respecto de una de las arroceras, Saman, los trabajadores demandan por responsabilidad directa, ya que siendo titular del 40% del paquete accionario de Tacua S.A., conforman entre las dos un conjunto económico, lo que implica que el deudor sea el grupo.

Pero la Corte entiende que asiste razón a Saman y rechaza la responsabilidad directa en calidad de empleadora. Acude para ello a los mismos argumentos que sostuviera al desestimar la existencia de un conjunto económico entre las mismas empresas, en casos prácticamente idénticos a los que se remite. Se trata de la sentencia no. 307/2013, dictada en autos “Yáñez, Claudio y otros c/ Tacua S.A. y otras – Demanda laboral - Casación”, y la sentencia no. 308/2013, dictada en autos “Giménez Silveira, Diomar y otros c/ Tacua S.A. y otros – Demanda laboral - Casación”.

En esas sentencias del año 2013 en relación al pretendido conjunto económico se puede leer lo siguiente:

“En lo que hace a la conceptualización y notas caracterizantes de la categoría “conjunto económico”, ha señalado este Alto Cuerpo: “cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas en un todo complejo, pero integral, porque responden a un mismo interés, nos encontramos frente a una realidad, seguramente más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio, como lo señala la mejor doctrina nacional”

(Sentencia No. 133/2006).

Se trata de hacer prevalecer por encima de las formas jurídicas, y teniendo en cuenta las especialísimas particularidades del derecho del trabajo frente al derecho común, a la realidad laboral que vive el trabajador, que, muchas veces, no está en condiciones de conocer el complejo entramado de las relaciones empresariales y, actuando de buena fe, responde a quien le brinda trabajo, hecho que, por tanto, supone la atribución de personería en la materia.

No se requiere, por consiguiente, para la aplicación del instituto, la prueba de fraude o dolo, exigencia propia del derecho comercial, que consagra el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica (art. 189 de la Ley de Sociedades Comerciales, No. 16.060), figura afín a la del conjunto económico, pero con diferencias sustanciales en atención a los distintos bienes jurídicos tutelados, que determinan, en materia laboral, la incidencia de los principios antes mencionados (v. Sentencias Nos. 330/1997, 57/2004 y 284/2004).

Aplicando tales conceptos al caso en análisis, la circunstancia de que Saman sea titular de parte del capital accionario de Tacua S.A. no configura, per se, que constituyan un conjunto económico. Ello por cuanto no existe un interés económico común subyacente entre las co-demandadas, ni tampoco existen indicios que demuestren de forma concluyente identidad ni conexión en la actividad de ambas. Los hechos que surgen acreditados en autos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, no llevan a la convicción de que exista un conjunto económico entre Saman y Tacua S.A., por lo que no procede extender a la primera la responsabilidad por deudas de la segunda.

Una participación accionaria que no está acompañada del dominio y efectivo control de la empresa no permite considerar a Saman parte de un conjunto económico con Tacua S.A.

El dominio y efectivo control son extremos de hecho que la parte actora no acreditó. Por el contrario, surge probado que Tacua S.A. no solo prestaba servicios para Saman y las restantes arroceras co-demandadas, sino que también prestaba servicios como operador portuario a otras empresas de diversos sectores de actividad."

Comentamos dos puntos que son relevantes en este texto: primero que sostiene correctamente que para declarar que existe un conjunto económico no alcanza con la participación accionaria de una empresa respecto de otra, se requiere dominio y efectivo control.

Segundo punto a destacar: que para el fallo siguiendo la doctrina nacional mayoritaria es posible que exista conjunto económico aunque no se pruebe la voluntad de fraude como reclama la ley de sociedades comerciales.

En efecto, para levantar la separación formal de dos empresas distintas pero concertadas alcanza que actúen en conjunto y se puedan determinar algunos o la mayoría de los elementos relevantes para identificar el grupo de empresas que habremos de ver. En el fallo de la Corte no se traen a colación porque pareció suficiente que no se tratara más que de un accionista sin control y la consideración de que el prestar servicios a todas las compañías, no sólo a ella hacia que no se diera la nota de exclusividad entre la contratada y la contratante o entre la controlada y la controlante.

La jurisprudencia elaboró la idea de conjunto económico con el afán de “extender la responsabilidad laboral más allá de los estrictos términos de la personalidad jurídica del titular empleador”. Se busca proteger a los acreedores laborales en supuestos de insolvencia, o para cuando, sin estar en tal situación, los mismos no pueden hacer efectivos sus créditos, haciendo responsable a la sociedad dominante.

En su momento hicimos un elenco de elementos que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para considerar que existe grupo de empresas o conjunto económico y son los siguientes:¹

a). que haya una *dirección unitaria*, es el rasgo definitorio. Las decisiones son adoptadas por la sociedad dominante del grupo, o por un órgano rector común a todas, o las autoridades son comunes. Comprende no sólo la toma de decisiones sino también el control sobre el nombramiento y actividad de las personas encargadas de ejecutarlas.

b). que existan *empresas formalmente independientes*. Ello lleva a la obligación de distinguir con cuidado -para excluirlo- aquella situación en la cual las empresas sean realmente independientes. Porque pueden haber conjuntos horizontales donde se constatan empresas diferentes que forman un grupo, o ni siquiera, pero que tienen sí coordinación entre ellas, y que -al margen de la propiedad de una y otras-, son realmente independientes en la gestión.

c). que existan *prestaciones laborales indiferenciadas y/o trasiego de personal* de una empresa a otra. Se trabaja indistintamente para todas y habitualmente la carrera profesional se sigue saltando de puestos entre ellas. Hay una prestación de trabajo simultánea o sucesiva en favor de las diferentes empresas que componen el grupo, o para el grupo mismo, con independencia de cuál sea la sociedad a la que estén formalmente adscritos. Ello genera la constatación de la existencia, de hecho, de una plantilla única;

d). A raíz de los elementos anteriores habrá una organización que traduce la *actuación conjunta* e integrada de las sociedades. Forman un todo dentro del cual destaca muchas veces una sociedad madre (matriz), aunque no sea indispensable que la haya. Esa organización entre las empresas o sociedades hace que constituyan precisamente un grupo o conjunto.

e). Como resultado de lo anterior también existe una *apariencia externa unitaria*. Si de cara al exterior lo que aparece es una única empresa ello lleva consigo un motivo sólido para declarar la responsabilidad solidaria del grupo, en aras de la seguridad jurídica y del principio de que quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad.

En cuanto a la comunicación de responsabilidades y dejar de lado la independencia entre las sociedades implicadas, se debe requerir la existencia de un abuso de derecho o de un fraude de ley como hace la doctrina y jurisprudencia española. En el supuesto de que concurra en la actuación del grupo una utilización abusiva de la personalidad

1 S. Pérez del Castillo, *Conjunto económico y grupos de empresa*, publicado en “Grupo de los miércoles: La Descentralización empresarial y el Derecho del trabajo”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2000, pág. 175.

jurídica o independiente de cada una de las empresas, en perjuicio del trabajador, la jurisprudencia se atreve a levantar el velo de la personalidad jurídica declarando la comunicación de responsabilidades empresariales entre las sociedades pertenecientes al grupo persiguiendo con ello que no se utilice la legalidad para obtener finalidades que van más allá de las que la Ley persigue o protege.

Como dice Camps Ruiz “nos encontramos ante una jurisprudencia de indicios, que valora la presencia de un conjunto de circunstancias para concluir, a partir de esa compleja situación fáctica, que se ha producido una utilización desviada del instituto jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, con personalidad y patrimonio independientes, y que, por tanto, está justificada la ruptura de ese beneficio de la independencia patrimonial y el establecimiento de la comunicación de las responsabilidades empresariales” ⁽²⁾.

Nada de esto existió en el caso objeto de comentario. La independencia de las empresas Tacua y Saman no era sólo formal. No existió dirección unitaria ni prestaciones indiferenciadas o trasiego de personal de una empresa a otra. La sentencia repara en que la participación accionaria no alcanza y requiere dominio y efectivo control de una sobre otra.

2. Subcontratación laboral y contratación comercial

Y entrando en el punto medular de la sentencia se trata de la diferencia entre la subcontratación y la vinculación de naturaleza comercial. Esta última no tiene efectos a la hora de configurar el sujeto empleador y menos de las extensiones de responsabilidad por deudas laborales entre las empresas ligadas por lazos de provisión de insumos o servicios. Por muy interdependientes que sean, no existe aquí motivo para pensar que medie descentralización espuria.

Se debe decidir si entre la operadora portuaria y las arroceras se produce un supuesto de subcontratación laboral y consecuente responsabilidad solidaria prevista en la ley 18.251, artículo 1 literal “a”.

Las demandadas hicieron hincapié en el giro al que se dedican: son empresas destinadas a la producción y comercialización de arroz. El sector de actividad no comprende la operativa portuaria consistente en la estiba de carga, operativa que por otra parte se encuentra reservada a empresas expresamente habilitadas para ello por la Administración Nacional de Puertos. En cambio Tacua S.A., empresa transportista y con habilitación para desarrollar sus actividades en el puerto de Montevideo, sí lo tiene y por ello la contratan.

Respecto de este punto, la Suprema Corte de Justicia ya se ha pronunciado en casos sustancialmente idénticos, con participación de las mismas empresas aquí demandadas (Sentencias Nos. 307/2013 y 308/2013 antes referidas). Siendo así se remite ahora “*íntegramente al exhaustivo análisis de la cuestión realizado en los antecedentes citados.*”

2 CAMPS RUIZ, Luis Miguel, en Baylos -Collado, *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, p. 100

En esas sentencias la Corte señala que para *“determinar cuándo la subcontratación puede operar como mecanismo expansivo de la responsabilidad por créditos laborales, cabe acudir a un certero estudio del Prof. Santiago Pérez del Castillo que mantiene vigencia en su enfoque de la cuestión:*

“Se plantea también la cuestión de apreciar si hay un verdadero subcontratista o si en cambio existe una mera apariencia de tal que encubre la realidad de un empleador principal único...En tales casos a las empresas independientes, pero vinculadas estrechamente con la principal, se les suele llamar subempresas o subcontratistas. Con frecuencia la tarea de distinguirlas de los meros intermediarios o simples prestanombres presenta dificultades. Para procurar hacerlo se han utilizado los siguientes criterios:

- a) Que la empresa principal contrate a la subempresa por un precio determinado en forma total.*
- b) Que la empresa dependiente (subempresa) suministre la materia prima y utilice instrumentos y herramientas propios.*
- c) Que tenga solvencia económica y que ofrezca garantías del cumplimiento de las condiciones de empleo.*
- d) Que tenga autonomía efectiva en sus tareas, tanto en los aspectos técnicos como directivos.*
- e) Que no trabaje en exclusividad para el empresario principal.*
- f) Que el enrolamiento de los trabajadores no esté sometido a la aceptación del empresario directo o principal.*
- g) Que las órdenes sean impartidas por los directivos de la subempresa.*

Los criterios expuestos no necesariamente deben darse de manera simultánea. Se trata de una lista de circunstancias de hecho, que pueden servir de base para diferenciar una hipótesis de otra. Existiendo buena parte de las pautas mencionadas nos encontraremos ante una empresa independiente... Estamos también frente a otros indicios cuando los trabajadores reciben las mismas ventajas que recibirían por la prestación de servicios directamente a la empresa principal o beneficiaria; y cuando no se lleva a cabo por este medio una actividad inherente al giro principal de la empresa beneficiaria. Aunque estas dos circunstancias pueden servir de pautas para analizar determinadas situaciones de hecho, en rigor constituyen reglas jurídicas que pueden advertirse en algunas legislaciones sobre el punto. En otras palabras: conductas que deben ser asumidas y no tanto criterios para distinguir una situación de otra.

Pero si se dan sirven también como pautas” ³.

Con las precisiones conceptuales que vienen de señalarse, cabe referir al alcance del régimen actual en materia de subcontratación laboral.

³ cf. Santiago Pérez del Castillo, *“La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa”*, en *“Fallos de Casación: Suprema Corte de Justicia 1992-1993”*, Ed. Del Foro, 1994, págs. 314 y ss.

3. Régimen jurídico de las Leyes Nos. 18.099 y 18.251.

Las sentencias de 2013 transcriben en esta parte los artículos centrales del nuevo marco normativo respecto de la subcontratación en materia laboral.

El artículo 1, inciso primero, de la Ley No. 18.099 consagra la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales de todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra; y lo hace en estos términos: “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores”.

Diversos estudios sobre esta norma señalaron dificultades derivadas de la falta de precisión respecto del alcance de las categorías “subcontratación”, “intermediación” y “suministro de mano de obra”. Eso llevó a la aprobación al año exacto siguiente de la ley 18.251.

El artículo 1, literal “a” de la Ley No. 18.251 establece cuándo se verifica un supuesto de subcontratación comprendido en la Ley No. 18.099: “Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”.

Para interpretar la significación de ésta última las sentencias se apoyan en la opinión de Nelson Larrañaga y de Alejandro Castello y Osvaldo Racciatti.

i. La opinión de Larrañaga

De acuerdo con esta norma debe presentarse tres elementos: (i) que exista un contrato civil o comercial entre dos empresas, una llamada principal y, otra, auxiliar, cuyo objeto sea el encargo que le realiza la empresa principal a la empresa auxiliar, para que ésta ejecute con sus trabajadores dependientes, obras y servicios por su cuenta y riesgo; (ii) la obra o servicio debe estar conectado con la actividad normal o propia del establecimiento; y, (iii) la obra o servicio contratado pueden ejecutarse dentro o fuera del recinto de la empresa.⁴

De los elementos mencionados, dadas las características del caso a resolución, cabe detenerse en la segunda: que la obra o servicio contratado esté conectado con la actividad normal o propia del establecimiento.

⁴ Nelson Larrañaga Zeni, “El derecho actual de las relaciones laborales uruguayas”, Ed. Amalio M. Fernández, 2010, págs. 344 y ss.

Y en este sentido, el autor antes citado releva que conforme al texto de la norma y sus antecedentes en derecho comparado, la interpretación de este aspecto de la norma requiere en primer lugar determinar cuál es la actividad o actividades inherentes a su ciclo productivo, para lo cual debe identificarse qué obra o servicio ofrece en el mercado —en el presente caso: producción y comercialización de arroz—.

Acto seguido, señala Larrañaga que “deben desmenuzarse las distintas operaciones que se cumplen en dicha empresa para llegar a producir la obra o servicio que ofrece....Estas micro actividades inherentes al ciclo productivo son las que realmente constituyen tercerización o descentralización productiva y por ende están comprendidas en las Leyes 18.099 y 18.251....El resto de las actividades colaterales, complementarias o inespecíficas de la empresa principal, que no son inherentes a su ciclo productivo y por ende no forman parte del mismo, no están comprendidas en la Ley. Por lo tanto, cualquier contrato que la empresa principal celebre con una empresa auxiliar y tenga por objeto estas actividades no integradas al ciclo productivo, no estará alcanzada por las Leyes 18.099 y 18.251. La Ley hace una excepción a este respecto e incluye algunas actividades que en general no integran el ciclo productivo de la empresa principal: mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia....La razón por la cual la Ley se aparta de la lógica del ciclo productivo integrado obedece a que en las mencionadas actividades la administración laboral identifica los mayores incumplimientos” (ob. cit., págs. 347 y 348).

ii. La opinión de Racciatti y Castello

Estos autores han consignado que la subcontratación laboral en el régimen hoy vigente requiere que las obras o servicios encomendados por la empresa principal al tercero presenten alguna de las siguientes características:

“(i) se trate de obras o servicios imprescindibles y de primordial importancia para la realización del ciclo productivo o de la actividad que constituye el objeto social de la empresa, de modo que sin el concurso de esas operaciones no pueda obtenerse el producto final que ofrece la empresa principal en el mercado;

(ii) sean inherentes o se encuentren indisolublemente vinculadas a la actividad principal de la empresa comitente, entendida como función principal, neurálgica o vital de la misma;

(iii) se trate de actividades de limpieza, seguridad, vigilancia o mantenimiento”⁵.

iii. La aplicación de estas opiniones al caso

Para descartar que exista subcontratación según el texto legal el fallo se apoya de manera especial en que la estiba portuaria no pertenece al corazón del negocio de las co-demandadas. Concluye que la relación de Tacua S.A. con los recurrentes no configura un caso de subcontratación laboral dentro del ámbito de aplicación de la legislación especial.

Las hoy recurrentes son empresas productoras y comercializadoras de arroz, ya por que surge

5 Alejandro Castello, Octavio Carlos Racciatti, “Subcontratación, Intermediación, y Suministro de Mano de Obra – Informe Nacional de Uruguay”, en compilación de trabajos de la “Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 6 de junio de 2008”, parágrafo 73, pág. 170

probado en autos, ya por lo notorio de tal calidad en nuestro medio.

Partiendo de esa realidad, es claro que dentro del ciclo productivo de una empresa que produce y comercializa arroz, no se encuentra la actividad propia de un operador portuario, como lo es la estiba. La carga del arroz en buques no es una actividad inherente o indisolublemente ligada a la producción y comercialización de arroz.

La regulación legal no contempla como hipótesis de subcontratación aquellas en que el encargo de la empresa principal a la auxiliar refiere a actividades colaterales o complementarias (salvo las excepciones expresamente previstas: vigilancia, seguridad, mantenimiento y limpieza, cuyo tratamiento como excepción a texto expreso por la norma revalida la interpretación que aquí se propugna).

Por ello, en posición contraria a la planteada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo actuante, se entiende que no resultan de aplicación las ya reiteradamente citadas Leyes Nos. 18.099 y 18.251, en tanto no se cumplen los requisitos previstos en ellas para habilitar su aplicación.

La Sala de segundo grado había concluido en forma equivocada que las recurrentes son responsables “en forma subsidiaria y solidaria, por haber recurrido, como subcontratista o intermediario, a la operadora portuaria.

Al no verificarse ninguno de los supuestos de las referidas Leyes, en tanto las empresas recurrentes son clientes del empleador eventual de los actores, se concluye en su falta de legitimación pasiva en esta litis, por lo que se irá a la revocación de la sentencia de segunda instancia en este aspecto, para confirmar lo resuelto en el primer grado.”

iv. Nuestros comentarios.

Hasta aquí el pasaje de las sentencias mencionadas por la que hoy comentamos remitiéndose y compartiendo la configuración jurídica respecto de casos donde el vínculo entre la prestadora de servicios y las arroceras contratantes debía ser analizado. El análisis que efectúan los fallos de 2013 sobre este caso sigue siendo compartido por la Corte en su integración actual.

Existen otras líneas posibles para analizar la pertinencia o no del régimen especial de responsabilidad por los créditos laborales de las tercerizadas. En el caso hay tercerización porque una cierta tarea no propia de la médula de la empresa principal se comete a un tercero. Son muchas las razones para que eso sea así y se justifique el esquema eliminando la sospecha de manejo fraudulento para disminuir las garantías para el trabajador. Hay tercerización pero no subcontratación con el alcance que quiere darle nuestra ley 18.251 y las consecuencias que esa configuración trae consigo.

Nuestra definición legal es muy amplia y en realidad no es exactamente una definición cerrada sino abierta con cuatro referencias o elementos que se deberán dar para apreciar si existe o no subcontratación. Habrá subcontratación a la cual la ley quiere agregarle consecuencias siempre que:

- i) los trabajos del subcontratista se integren en la organización de la empresa principal;
- ii) o formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento;
- iii) tanto que se trate de una actividad principal o accesorio;
- iv) cuanto que se realice fuera o dentro del establecimiento de la empresa principal.

Cada uno de estos cuatro elementos de la definición legal plantean opiniones dispares a la doctrina y la jurisprudencia.

Subcontratista podría ser una subempresa cuya actividad no se encuentre integrado a la organización de la empresa principal (i) y por tanto no se darán las consecuencias que la ley señala.

El aspecto (ii) -que el trabajo de la subcontratista sea de la actividad normal o propia de la empresa principal- hace referencia a la actividad principal de esa empresa contratante o patrono según término de la ley. En el caso de la sentencia comentada se entiende que la actividad portuaria no es propia de las empresas arroceras.

Cuestión diferente puede ser si la subempresa operadora de servicios portuarios está *integrada* a la organización principal (i). Siempre habrá una coordinación mínima entre la tarea propia de la arrocería y la tarea propia de la estibadora. Esa coordinación puede llegar a ser una integración aunque sea menor. Fue relevante en este caso un aspecto que no está incluido en los elementos que la ley considera: es la exclusividad en el trabajo de la subempresa. Exclusividad sería equivalente a integración. En el caso no existía tal, se prestaban servicios portuarios para todas las arroceras y para empresas dedicadas a otro tipo de exportación.

Que se efectúe fuera del establecimiento (elemento señalado con el literal iv), no es determinante.

¿Qué ocurre con el elemento iii)? Al señalar que en relación al concepto de subcontratación, a pesar de la definición legal, subsisten las controversias y matices en el plano doctrinario y jurisprudencial, Rodríguez Azcúe⁶ alude a elementos del alcance del concepto como “integración en la organización principal”, “actividad normal o propia”, y carácter enunciativo o taxativo de las actividades accesorias. Afirma que en la jurisprudencia se pueden apreciar fallos que adoptan una u otra posición. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° turno, en las sentencias N° 469, de 20 de octubre de 2011, N° 558 de 7 de diciembre de 2012; N° 239/2012, de 17 de julio de 2012, así como el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, en la sentencia 253/2010 de 15 de setiembre de 2010, consideran que la lista es enunciativa, posición sustentada en doctrina por Garmendia y Gauthier (*Tercerizaciones ...*, ob. cit., p. 104); mientras que el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 1° t, en sentencia N° 31, de 11 de setiembre de 2009, el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 9° t, en sentencia N° 50

6 ÁLVARO RODRÍGUEZ AZCÚE, *Derechos y deberes en la subcontratación*, relato uruguayo a las XIX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colón – Entre Ríos Mayo de 2015.

de 12 de junio de 2012, han entendido que la lista de actividades incluidas dentro del paréntesis es taxativa, posición sustentada en doctrina por Rosenbaum y Castello (*Subcontratación e ...*, ob. cit., p. 151), así como Raso Delgue (*La contratación ...*, ob. cit., p. 341).

A nuestro juicio vale sostener esta última posición porque es la forma de entender la exigencia inicial de que sean obras integradas o propias de la actividad normal. Siendo así serán principales. Podrán ser accesorias en los casos mencionados expresamente mantenimiento, seguridad, limpieza o vigilancia. Adviértase además la ausencia de un término como etcétera o de puntos suspensivos, que sería lógico en una lista enunciativa de ejemplos.

4. Horas extras

En lo que hace al rubro horas extraa, la sentencia de la Corte señala que de los recibos aportados por Tacua surge lo que se le abonó a los actores como horas simples, pero no existe constancia de que las horas extras les hayan sido pagadas.

Y agrega “*si bien cuestionó la liquidación formulada por su contraparte, no aportó prueba que permitiera desvirtuarla, incumpliendo con la carga probatoria que lo gravaba (cf. C.G.P., artículo 139.1). Todo el esfuerzo argumentativo y las liquidaciones alternativas fueron presentadas por Tacua S.A. en su recurso de casación, lejos de la ocasión debida, la contestación de la demanda.*”

Iguals consideraciones caben respecto a la errónea valoración de la prueba sobre la procedencia del despido.”

En el caso de dos de los actores, el fallo de segunda instancia no había dado derecho al cobro de la indemnización por despido. La condena en favor de los otros cuatro quedó firme después de este fallo sólo a cargo de la empresa Tacua. Es de suponer que la diferencia entre unos y otros derivare del no acceder al mínimo de 100 jornadas de trabajo o a la falta de carácter permanente o carácter eventual del respectivo trabajo. No surge del fallo del TAT ni del de la Corte. El observador queda privado de conocer la opinión de esas instancias jurisdiccionales en relación al carácter ocasional del trabajo de los estibadores, carácter que fuera alegado por algunos codemandados.

Pero otro elemento que no es tratado de manera suficiente por la sentencia que comentamos y tampoco surge de la de segunda instancia, es la validez de acuerdos entre empresas y trabajadores que admiten compensación del tiempo de trabajo (apartado III.2 (v)). Son conocidos algunos oficios en los cuales se cumple con la limitación semanal de 44 o 48 horas pero por la naturaleza de la tarea, en el caso sería la urgencia de cargar y descargar el buque, se pasa el límite de ocho horas diarias. Se menciona por el codeemandado la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n-157/2009. Se trata de una causa diplomática donde se pagaba un 25 % de más por retribución de horas extras fueran o no hechas. Se cita allí a Mario Garmendia Arigón⁷, según quien: “...en general los fallos tienden a admitir la licitud de tal posibilidad, siempre que estén presentes las siguientes

⁷ M. Garmendia Arigón, *Sistematización de jurisprudencia sobre horas extras*, en *Temas Prácticos de Derecho Laboral*, págs. 66-67.

condiciones: a) que el ficto tenga su origen en un acuerdo individual o colectivo, cuya existencia y tenor haya sido acreditado en el decurso de la litis...b) que por la naturaleza de la actividad en cuestión, resulte específicamente dificultoso el control estricto de los horarios de trabajo; c) que en atención a la fluctuación de los horarios de trabajo propia de la actividad, la percepción continuada del ficto signifique una ventaja para el trabajador, de forma tal que los períodos en los que efectivamente se realizan horas extras, se vean compensados con otros en los que éstas no se realizan...”

5. Conclusiones

Se trata de una sentencia de interés que acierta en los temas que encara y deja otros sin que se exprese opinión en cuanto no se consideran cuestiones en los cuales en la vía recursiva de casación puedan reabrirse.

Considera adecuadamente que la tenencia de acciones de otra empresa no convierte por sí solo a la empresa que las detenta en una parte integrante de conjunto económico.

Que es necesario tener en cuenta de manera especial la unidad de manejo entre una y o la existencia de un control de una sobre otra.

Una cosa es el control sobre la empresa y otra el dictado de órdenes a los trabajadores de las empresas contratadas. Los actores alegaron que las arroceras exportadoras ejercían un control permanente sobre sus tareas lo cual es un hecho a tener en cuenta que parece no haber sido objeto de prueba.

Entiende de recibo la excepción opuesta por las co-demandadas de falta de legitimación pasiva, atento a que no se verifica en el caso un supuesto de subcontratación laboral amparado por la legislación especial vigente en la materia (Leyes Nos. 18.099 y 18.251). El giro principal de las empresas que producen e industrializan arroz para su posterior venta es completamente ajeno a la estiba. La sentencia apoyándose en buena doctrina hace hincapié.

Por esa falta de pertenencia al giro, al mismo grupo de actividad, al elemento central de su industria, las sentencias deciden que no había mérito para aplicar la extensión de responsabilidad por créditos laborales a las empresas contratantes.

En relación a las horas extras el fallo de casación no entra en el análisis de la posible modificación del límite diario de trabajo por otro que respete el límite semanal y que sea consensuado por las partes como más ventajoso que la aplicación de la tarifa legal a partir de la novena hora.

Respecto de la indemnización por despido aun no existiendo trabajo todos los días nace el derecho a cobrarlo siempre que se superen las 100 jornadas. La forma de calcular el monto de la indemnización a partir del número de jornadas de trabajadas en cada año demuestra que el legislador tuvo frente a si la realidad de trabajo por jornadas que no incluye la posibilidad de hacerlo todos los días en virtud de las características de la actividad desarrollada por el empleador.

SENTENCIA COMENTADA

MINISTRO REDACTOR:
DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, cinco de marzo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: “MARTINEZ, VICTOR Y OTROS C/ TACUA S.A. Y OTROS – DEMANDA LABORAL - CASACION”, IUE: 2-9696/2013.

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 85/2013, dictada el 25 de noviembre de 2013, la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia del Trabajo de Cuarto Turno, Dra. Silvana Gianero Demarco, falló: “Desestimando las excepciones de prescripción de los créditos laborales y defecto formal en el modo de preparar la demanda. Acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de las codemandadas: Coopar S.A., Arrozal 33, Casarone Agroindustrial y Saman S.A. Desestimando la demanda respecto de Tacua S.A....” (fs. 1153 y 1154).

Esta sentencia fue oportunamente impugnada mediante recurso de apelación por la parte actora (fs. 1161 a 1174).

II) El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, falló por sentencia identificada DFA-0012-000470/2014 SEF-0012-000274/2014: “Confírmase la sentencia apelada excepto en cuanto: a) acogió la excepción de falta de legitimación pasiva de las codemandadas Saman S.A., Coopar S.A., Arrozal 33 S.A. y Casarone Agroindustrial S.A. b) En cuanto desestimó la demanda y no hizo lugar a las horas extra e incidencias y la indemnización por despido e incidencias en lo que se revoca y en su lugar: a) Desestímase las excepciones de falta de legitimación pasiva de Saman S.A., Coopar S.A., Arrozal 33 S.A. y Casarone Agroindustrial S.A. y b) Condénase a todas las codemandadas a pagar a los actores las horas extra e incidencias reclamadas de acuerdo a los montos liquidados en la demanda así como las indemnizaciones por despido e incidencias reclamadas exclusivamente en el caso de los actores Víctor Martínez Vera, Javier Moraiz Alvarez, Washington Marcelo Alvez y Marcelo Fabián García, según liquidación formulada en la demanda, desestímase la pretensión de indemnización por despido de los actores Leopoldo Roberto Cotto Lima y Alexis

Francisco Bizquiazó impónese los reajustes, intereses desde la demanda hasta que se haga efectivo el pago, quince por ciento (15%) en concepto de daños y perjuicios preceptivos (art. 4 de la Ley 10.449) sobre los rubros de naturaleza salarial y la multa prevista por el art. 29 de la Ley 18.572....” (fs. 1255 y vto.).

III) Interpusieron recurso de casación las codemandadas COOPAR S.A. (fs. 1265 a 1270 vto.), ARROZAL 33 S.A. (fs. 1290 a 1319 vto.), SOCIEDAD ANONIMA MOLINOS ARROCEROS NACIONALES S.A. (fs. 1323 a 1331), CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A. (fs. 1333 a 1339), y TACUA S.A. (fs. 1341 a 1349 vto.).

III.1) COOPAR S.A. sostuvo que la sentencia recurrida vulnera lo establecido en el artículo 10 de la Constitución de la República, los artículos 5, 46, 117, 140 y 198 del C.G.P., artículos 3 y 4 de la Ley No. 10.449, artículo 1 de la Ley No. 18.091, la Ley No. 18.099, artículos 1, 2, 8 y 10 de la Ley No. 18.251.

Expresó, en síntesis:

(i) En cuanto a la ausencia de legitimación pasiva de COOPAR S.A. existió errónea valoración de la prueba. En tal sentido manifiesta que al contestar la demanda detalló con precisión las fechas en que constató servicios con TACUA S.A., información que resulta respaldada por las facturas de pagos de servicios emitidas por TACUA S.A. a favor de COOPAR S.A., lo que no fue controvertido por los actores en ningún momento. Ello demuestra la errónea valoración de la prueba que denuncia.

(ii) Se trató de una mera relación comercial entre empresas, y no existió subcontratación, hubo un único contrato que vinculó a COOPAR S.A. con la empresa prestataria de servicios.

(iii) Respecto del giro de las empresas arroceras ocurre una improcedente inversión de la carga de la prueba, ya que si los actores pretenden la extensión de la responsabilidad debieron haber expresado en la demanda, y acreditado, que la actividad de estiba en el puerto integraba el giro de COOPAR. No lo hicieron, incumpliendo así el artículo 117 del C.G.P. COOPAR S.A. acreditó que dicha actividad portuaria no integra el giro de la empresa, ya que ni la realiza, ni podría hacerlo por no ser operador portuario (calidad que supone contar con habilitación de la autoridad competente, lo que no se verifica en su caso). Es una tarea accesoria. La de la estiba no es una tarea que COOPAR resolvió "externalizar", sino que, por el contrario, es una tarea históricamente cumplida por entidades especializadas en la misma (primero la ANSE, luego privados). Y es una actividad que se cumple no sólo para el arroz, sino para cualquier producto.

(iv) La norma contenida en el artículo 1o., literal "a" de la Ley No. 18.251 establece en forma taxativa las actividades accesorias que están comprendidas en la extensión de responsabilidad que prevé -limpieza, seguridad, vigilancia, servicios de mantenimiento-, y ninguna de ella fue cumplida por TACUA S.A. El Tribunal al involucrar en la norma supuestos no previstos por la misma no está interpretando la norma, sino creándola; introduce en el ámbito de aplicación de la Ley situaciones que ésta no contempla, violando así el artículo 10 de la Constitución, y la regulación constitucional sobre separación de poderes.

(v) Tampoco TACUA S.A. fue una empresa intermediaria, ya que como se probó en la causa no contrataban a otra empresa para cumplir sus servicios. Los funcionarios de la codemandada recibían instrucciones exclusivamente de su personal jerárquico, y jamás recibieron ninguna orden de COOPAR S.A.

(vi) No fue una empresa suministradora de mano de obra, ya que sus empleados eran dirigidos y recibían órdenes únicamente del personal jerárquico de TACUA S.A.; no eran controlados por COOPAR S.A. Los dependientes no integraban la cadena productiva de COOPAR S.A., ni se encontraron subordinados a ésta en ningún caso.

(vii) Al tratarse de servicios ocasionales, por el artículo 2 de la Ley No. 18.251 debe excluirse toda responsabilidad de COOPAR S.A. en las obligaciones laborales reclamadas.

(viii) El artículo 10 de la Ley No. 18.251 indica la obligación de emplazar conjuntamente a todas las per-

sonas con eventual responsabilidad en la causa, por lo que los actores debieron demandar a todos los sujetos a los que TACUA S.A. les prestó servicios, y la sentencia debió cargar la imposición económica a cada contratante según el período en el que recibió el servicio.

En atención a estos argumentos solicitó la anulación de la sentencia impugnada, dejándose firme lo dispuesto en primera instancia.

III.2) ARROZAL 33 S.A. identificó como normas vulneradas las contenidas en las siguientes disposiciones normativas: artículos 138 y 140 del C.G.P.; artículo 1o. de la Ley No. 18.099, artículos 1, 2 y 8 de la Ley No. 18.251; Ley No. 15.996, artículo 29 de la Ley No. 15.996.

Resumidamente, funda su medio impugnativo en lo siguiente:

(i) Se vulneraron los artículos 138 y 140 del C.G.P. al afirmarse en dos pasajes de la sentencia que ARROZAL 33 S.A. no probó cuál era su giro, lo que constituye un notorio apartamiento de las reglas sobre valoración de la prueba, al constar en autos prueba documental y testimonial que acredita sin duda cuál es su giro -empresa agroindustrial que cultiva arroz y lo procesa en su molino-. La Sala pasó por alto prueba documental y testimonial en ese sentido. Es además notorio que ARROZAL 33 S.A. es una empresa cultivadora e industrializadora de arroz: sus productos se venden en comercios al público desde hace décadas. Además, el giro de ARROZAL 33 S.A. fue un hecho alegado por los propios actores, por lo que es un hecho que no requiere prueba, conforme a lo dispuesto en el artículo 137 del C.G.P. Tampoco es cierto lo afirmado por el Tribunal en cuanto a que no se aportaron datos de la contratación con TACUA S.A.; surgen en el expediente las facturas, donde constan fechas, volúmenes, precios, además de existir prueba testimonial en tal sentido. Se pasó por alto prueba esencial que acredita cuál es el giro de ARROZAL 33 y datos de la contratación de ésta con TACUA S.A., en infracción de la sana crítica (artículo 140 del C.G.P.).

(ii) Se infringe el artículo primero de la Ley No. 18.099, y el mismo artículo de la Ley No. 18.251, al realizarse una interpretación de las Leyes de tercerización que se aparta flagrantemente de su redacción, antecedentes y espíritu; la interpretación realizada tiene un efecto extensivo y abrogativo de la norma que implica hacer responsable a una empresa por cualquier clase de contratación con otra empresa, sin distinción alguna. Está probado que TACUA S.A. es una operadora portuaria que funciona hace

muchos años, y que carga diversas mercaderías (por ejemplo: ración para animales, ovejas, semillas); sin embargo para el Tribunal las exportaciones de arroz deben responder por la carga de otras empresas uruguayas que contratan a TACUA. La posición del Tribunal lleva a la conclusión de que las Leyes de tercerización no tienen límite alguno; alcanza la “contratación entre empresas” para que se aplique la responsabilidad solidaria o subsidiaria, no se requiere nada más.

(iii) Se viola el artículo segundo de la Ley No. 18.251, por que ignoró que la contratación a TACUA S.A. de carga de arroz por parte de ARROZAL 33 S.A. se verificaba pocas veces por año, lo que constituye una contratación ocasional y no permanente. Surge probado que se estaba para otras empresas distintas de las arroceras codemandadas. Aun cuando se interpretase que la Ley de tercerizaciones no tiene límite en su campo subjetivo de responsabilidad, igualmente se debió excluir la responsabilidad en aplicación de la excepción prevista en la norma, que excluye la responsabilidad por tercerización a obras o servicios ocasionales.

(iv) Se viola lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley No. 18.251, norma que establece que la responsabilidad prevista en la misma queda delimitada a los períodos en que hubo subcontratación. El Tribunal adjudicó responsabilidad solidaria a todas las demandadas, sin dividir la misma, pese a que está probado en autos que ARROZAL 33 S.A. cargó no más del 2% del total de cada embarque de arroz en el que participaba, y que, además, los actores cargaban otras mercaderías, lo que constituye un notorio apartamiento de la norma.

(v) Para el caso de mantenerse la condena, debe igualmente anularse la recurrida por infracción de la Ley No. 15.996. La interpretación de los artículos 1 y 7 de la Ley No. 15.996 que realiza la Sala no es compartible. Existen infinidad de acuerdos entre las empresas y trabajadores o sindicatos por los cuales se admiten formas de compensación del tiempo de trabajo, que tienen un resultado igual o más favorable al régimen común. El caso de los trabajadores de la estiba es uno de ellos, desde hace muchos años. La Suprema Corte de Justicia ha calificado como lícitos los regímenes de trabajo acordados entre las partes (Sentencia No. 157/2009).

Por otra parte, el segundo Turno que realizaban los actores no puede ser considerado como hora extra, porque no cumple con el requisito legal para su configuración: no existe prolongación del tiempo de trabajo. Sabido es que no existe nor-

ma que establezca que el descanso entre jornada y jornada deba ser mayor a 8 horas (lo cual se corrobora por la reciente existencia de Leyes que establecen expresamente el tiempo de descanso entre jornada y jornada).

Solicitó por estos fundamentos se case la recurrida y se falle acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva, y anulándose la condena al pago de horas extra y demás rubros acogidos en segunda instancia.

III.3) SOCIEDAD ANONIMA MOLINOS ARROCEROS NACIONALES (“SAMAN” en adelante), alegó como normas infringidas las contenidas en: el artículo 1o. literal A de la Ley No. 18.251, las disposiciones sobre valoración de la prueba, y el artículo 1o. de la Ley No. 10.570.

Manifestó, en síntesis:

(i) La mera participación accionaria de SAMAN en el capital social de TACUA S.A. no implica que exista un conjunto económico, ni menos que SAMAN tenga responsabilidad directa en calidad de empleadora. Tal participación accionaria (del 41%) sería relevante si fuera mayoritaria y permitiera ejercer un control sobre la empresa, lo que no se verifica en autos.

(ii) La interpretación que efectúa el Tribunal del alcance del concepto de subcontratación contenido en el literal “a” del artículo primero de la Ley No. 18.251, excede largamente la definición legal. Ello constituye una interpretación inadmisibles que colide con la propia exposición de motivos de la norma.

(iii) En la medida que la carga de bolsas de arroz en el Puerto de Montevideo no es un servicio que integre su actividad normal o específica, o que esté integrado a su organización, no se cumplen los requisitos establecidos para que se configure una hipótesis de subcontratación.

(iv) El Tribunal no hizo un análisis pormenorizado de los hechos bajo los términos de la definición legal de subcontratación; por el contrario, resolvió el punto en dos pasajes de la sentencia, con sendas afirmaciones que constituyen más bien una petición de principios, carentes por completo de fundamentos jurídicos.

(v) Respecto de los servicios que contrató con TACUA S.A., existe una hipótesis de contratación necesaria por imperio legal (Ley No. 16.246 y su decreto reglamentario, No. 412/1992, artículo 14). De acuerdo con el régimen de la actividad portuaria

ciertos servicios —como los que fundan el reclamo de los actores— únicamente pueden ser prestados por empresas habilitadas como operadores portuarios por la Administración Nacional de Puertos.

(vi) Existen infracciones a “las reglas de valoración o admisibilidad de la prueba”, en tanto los actores presentaron un reclamo de horas extra en base a promedios de jornales supuestamente trabajados en el período, mientras que de la prueba producida surge que el trabajo era esporádico, no continuo, y que no siempre los actores eran convocados a trabajar. Eran los actores quienes debían probar el promedio de jornales mensuales que dijeron trabajar. Al surgir de la prueba rendida el carácter zafra u ocasional del trabajo prestado en el puerto de Montevideo, resulta evidente que no les asiste derecho a indemnización por despido de tipo alguno, conforme a lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley No. 10.570

Solicita en definitiva este recurrente la casación de la sentencia, y el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva.

III.4) CASARONE AGROINDUS-TRIAL S.A. articuló su medio impugnativo en idénticos términos que SAMAN (salvo en lo que refiere al agravio de SAMAN derivado de haberse considerado que integra un grupo de empresas, conjunto económico, o empleador común de los actores). Solicita también la casación de la sentencia y el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva.

III.5) TACUA S.A. identificó como normas infringidas las contenidas en los artículos 139, 140, 141, y 270 inciso primero del C.G.P., y en la Ley No. 10.570.

En forma resumida, sostuvo:

(i) Existió por parte de la Sala una errónea y arbitraria valoración de la prueba en infracción a las reglas de la sana crítica, ya que se apreció la prueba en forma errónea, y en algunos aspectos directamente se omitió valorarla. La valoración de la prueba quedó librada al arbitrio del Tribunal, y no siguió un razonamiento lógico, ni aplicó los datos suministrados por la experiencia, arribando en consecuencia a una sentencia absurda cuyo contenido no se condice con la prueba que surge de autos.

(ii) En el sentido señalado, la Sala sostuvo que ésta parte prácticamente no controvertió el rubro horas extra y sus incidencias, pues admitió que se trabajaban dos Turnos de 8 horas cada uno, aunque esto fuera excepcional, por lo que estaba gravada con la carga de probar las jornadas trabajadas y los

horarios correspondientes. Tal afirmación del Tribunal no condice con lo que surge de la prueba de autos, ya que de ellos emergen acreditadas las jornadas trabajadas por los actores y los horarios que cada uno de ellos realizó.

(iii) Señaló que describir el régimen laboral de los actores, como lo hizo en su contestación, es diferente a reconocer la procedencia de las horas extra reclamadas. No existe norma legal que limite el descanso entre Turnos.

(iv) Por último, la Sala incurrió en error de valoración probatoria al condenar al pago de la indemnización por despido, ya que la naturaleza del vínculo de los actores con ésta parte es de jornaleros eventuales, lo que además se evidencia en el hecho de que los reclamantes ostentan distinta cantidad de jornales trabajados, lo que demuestra su carácter de trabajadores eventuales, máxime teniendo presente las características de las tareas a realizarse, por las cuales no se puede saber en forma anticipada cuándo habrán barcos para estibar. Si realmente tuvieran un vínculo de permanencia, todos los actores deberían de haber trabajado la misma cantidad de jornales al año. Además, condenó al pago de despido respecto de trabajadores que no realizaron 100 jornales en el año, como lo requiere la Ley No. 10.570.

Solicita en definitiva se case la recurrida, y se dicte un fallo conforme a Derecho.

IV) A fs. 1358 y ss., la parte actora evacuó el traslado de los recursos interpuestos; por diversos argumentos postuló su rechazo.

V) Por Resolución No. 1924 de 29 de octubre de 2014 la Corporación dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia (fs. 1380).

VI) El 9 de febrero de 2015 la Secretaría Letrada de la Corporación dejó constancia que en esa fecha el redactor tomó posesión del cargo, procediéndose con el estudio del expediente (fs. 1383).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, casará parcialmente la sentencia impugnada, anulándola en cuanto condenó a las codemandadas COOPAR S.A., ARROZAL 33 S.A., SAMAN y CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A., y, en su lugar, al igual que en la primera instancia, amparará las excepciones de falta de legitimación pasiva de los hoy recurrentes, confirmando el fallo de segunda instancia en todo lo demás.

II) Hechos relevantes. Los actores promovieron demanda laboral contra las demandadas, alegando que fueron contratados por TACUA S.A. -empresa habilitada como operadora en el puerto de Montevideo-, para desempeñarse en la carga y descarga de arroz en el puerto de Montevideo. Afirman que cumplieron esos servicios para CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A., SAMAN, COOPAR S.A. y ARROZAL 33 S.A., empresas propietarias del arroz, que además ejercían un control permanente sobre sus tareas; solicitan entonces su condena solidaria al amparo de la Ley No. 18.251. Respecto de SAMAN, puntualizan que la demandan también por responsabilidad directa, ya que siendo SAMAN titular del 40% del paquete accionario de TACUA S.A., ambas empresas conforman un conjunto económico, lo que implica que el deudor sea el grupo.

TACUA S.A. contestó la demanda oponiéndose al reclamo movilizado.

Las demás codemandadas, en lo medular, opusieron excepción de falta de legitimación pasiva, atento a que no se verifica en el caso un supuesto de subcontratación laboral amparado por la legislación especial vigente en la materia (Leyes Nos. 18.099 y 18.251). Sostuvieron que su giro principal es completamente ajeno a la estiba (son empresas que producen e industrializan arroz para su posterior venta). SAMAN agregó que su participación no controlante en el capital social de TACUA S.A. no implica ni la existencia de un conjunto económico, ni que tenga la calidad de empleadora junto a TACUA.

Como se señaló antes, en primera instancia se acogió la excepción de falta de legitimación pasiva, y se desestimó la demanda en relación a TACUA S.A. En segunda instancia, se revocó la desestimatoria de las excepciones de falta de legitimación pasiva, y en su lugar se condenó en forma solidaria a todas las codemandadas al pago de diversos rubros, lo que es objeto de agravio en la presente etapa procesal.

III) Agravios derivados de la errónea atribución de responsabilidad directa a SAMAN. Asiste razón a SAMAN cuando señala que carece de responsabilidad directa en calidad de empleadora respecto de los rubros reclamados que se realiza en la recurrida (fs. 1242 vto.).

Y ello, por los mismos argumentos que sostuvieron la Corporación al desestimar la existencia de un conjunto económico entre TACUA S.A. y SAMAN, en casos prácticamente idénticos al de autos, con participación incluso de las mismas empresas aquí demandadas, a los que cabe remitirse (v. Sentencia No. 307/2013, dictada en autos "YAÑEZ, CLAUDIO Y OTROS C/ TACUA S.A. Y OTRAS – DEMANDA LABORAL - CASACION", I.U.E. 2-100327/2011, y Sentencia No. 308/2013, dictada en autos "GIME-

NEZ SILVEIRA, DIOMAR Y OTROS C/ TACUA S.A. Y OTROS – DEMANDA LABORAL - CASACION", I.U.E. 2-17530/2011).

IV) Agravios derivados de la errónea aplicación del régimen de subcontratación laboral, y consecuentemente atribución de responsabilidad solidaria. Los recursos de COOPAR S.A., ARROZAL 33 S.A., SAMAN y CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A. contienen como agravio común la infracción de lo dispuesto en el artículo 1o., literal "a" de la Ley No. 18.251.

Estos recurrentes coinciden en agravarse en lo que refiere a su falta de legitimación pasiva, en atención al giro al que se dedican: son empresas destinadas a la producción y comercialización de arroz. El sector de actividad al que pertenecen no comprende la operativa portuaria consistente en la estiba de carga, operativa que por otra parte se encuentra reservada a empresas expresamente habilitadas para ello por la Administración Nacional de Puertos.

En lo medular, señalan que no obstante ser cierto que contrataron con la codemandada TACUA S.A., empresa transportista y con habilitación para desarrollar sus actividades en el puerto de Montevideo, no se ha configurado una relación de subcontratación, con el alcance que le ha atribuido a tal figura la legislación especial (Leyes Nos. 18.251 y 18.099), en particular en el artículo 1o. literal "a" de la Ley No. 18.251. Por ello, carecen de legitimación pasiva respecto de acciones entabladas por empleados que, en forma ocasional, prestaron servicios para TACUA S.A.

Respecto de este agravio, la Suprema Corte de Justicia ya se ha pronunciado en casos sustancialmente idénticos al presente, con participación de las mismas empresas aquí demandadas (Sentencias Nos. 307/2013 y 308/2013 antes referidas). En consecuencia, a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, en este punto cabe remitirse íntegramente al exhaustivo análisis de la cuestión realizado en los antecedentes citados.

En atención a la recepción del agravio derivado de la errónea aplicación del artículo 1o., literal "a" de la Ley No. 18.251, y lo antes señalado respecto de la ausencia de responsabilidad directa de SAMAN, se hace innecesario que la Corporación se expida sobre los restantes agravios de los codemandados COOPAR S.A., ARROZAL 33 S.A., SAMAN y CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A.

V) Agravios de TACUA S.A. No se consideran de recibo los agravios de TACUA S.A. El cuestionamiento de este recurrente se centra en su discrepancia con la valoración probatoria efectuada por

la Sala, tal como surge del resumen de sus agravios antes consignado.

Siendo así, corresponde recordar que respecto al cuestionamiento de la valoración probatoria y, en particular en atención a lo que se establece en el artículo 270 del C.G.P. como causales del recurso de casación, esta Corporación ha sostenido reiteradamente:

“A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos supuestos, por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor o eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica, como la revalorización de la prueba, no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador -cf. Sentencias Nos.: Sentencia S.C.J. No. 6/991, Sentencia S.C.J. No. 124/991, Sentencia S.C.J. No. 158/991 y Sentencia S.C.J. No. 165/991; Sentencia S.C.J. No. 24/993 y Sentencia S.C.J. No. 58/993; Sentencia S.C.J. No. 35/994, Sentencia S.C.J. No. 47/994 y Sentencia S.C.J. No. 59/994” (Sentencia No. 835/1995, reiterado en Sentencias Nos. 903/2011, 177/2010, 631/2012, 583/2013, 867/2014, entre muchas otras).

En el caso, más allá de que los impugnantes han invocado que en la valoración probatoria el Tribunal habría incurrido en error, arbitrariedad y absurdo, se entiende por la Corporación que no se aprecia que en la ponderación probatoria la Sala incurriera en absurdo, falta de lógica o arbitrariedad, ni que la decisión impugnada viole las reglas de la sana crítica.

El Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique hace notar, tal como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades, que la valoración probatoria realizada por parte del Tribunal ad quem no resulta excluida del control casatorio. Y ello, en la medida que, al haberse invocado como causal de casación la infracción o errónea aplicación del art. 140 del C.G.P., tal invocación permite ingresar al análisis de la posible infracción a las reglas legales de la sana crítica, sin que sea necesario para que proceda la referida causal, acreditar la existencia de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta, encontrándose habilitada la Corporación para analizar la adecuación lógica de la decisión

adoptada.

Contrariamente a lo planteado en la impugnación, y sin perjuicio de lo antes señalado en relación a la ausencia de absurdo, falta de lógica o arbitrariedad en la valoración probatoria de la Sala, la Corte considera que en la recurrida se examinaron con corrección los elementos probatorios allegados a la causa, resultando totalmente compartible la conclusión de la Sala en cuanto a los rubros condenados.

En tal sentido, y en lo que hace al rubro horas extra, de los recibos aportados por la codemandada emerge lo que se le abonó a los actores por hora simple, pero no existe constancia de que las horas extra les hayan sido pagadas.

A su vez, si bien cuestionó la liquidación formulada por su contraparte, no aportó prueba que permitiera desvirtuarla, incumpliendo con la carga probatoria que lo gravaba (cf. C.G.P., artículo 139.1). Todo el esfuerzo argumentativo y las liquidaciones alternativas fueron presentadas por TACUA S.A. en su recurso de casación (fs. 1343-1347 vto.), lejos de la ocasión debida, la contestación de la demanda.

Iguals consideraciones caben respecto a la errónea valoración de la prueba sobre la procedencia del despido.

VI) La conducta procesal de las partes no justifica imponer en el grado especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA IMPUGNADA, EN CUANTO CONDENO EN FORMA SOLIDARIA A LAS CODEMANDADAS COOPAR S.A., ARROZAL 33 S.A., SOCIEDAD ANONIMA MOLINOS ARROCEROS NACIONALES (SAMAN) Y CASARONE AGROINDUSTRIAL S.A., Y, EN SU LUGAR, CONFIRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, EN CUANTO AMPARO LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA OPUESTA POR LAS CODEMANDADAS REFERIDAS, ABSOLVIENDOSELAS DE TODA CONDENA.

CONFIRMASE LA RECURRIDA EN LO DEMAS. SIN ESPECIAL CONDENACION.

PUBLIQUESE, Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

LOS MANDAMIENTOS DEL ABOGADO DE COUTURE EN EL PAÍS CULTURAL

El País Cultural hizo una crítica al libro *Los Mandamientos del Abogado*, escrito por el ex abogado y docente uruguayo Eduardo J. Couture, el pasado 6 de marzo en su sección Páginas.



El libro de 56 páginas, escrito originalmente por el Prof. Couture en 1949 y reeditado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, está orientado particularmente a los jóvenes abogados y aspira a brindarles un apoyo de referencia y reflexión durante toda su carrera. Tal lo expresado por el Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry Estrázulas, quien en la Presentación de la obra destaca que estos Mandamientos son un legado de Couture “para que los usemos e interpretemos con inteligente libertad. Para una simple y muy concreta finalidad: la de que podamos combinar la vida y la ilusión...Que pronto y para siempre también se transformen en vida y en acción”.

Señala la nota de El País que esta obra “aún es una perfecta primera puerta para que estudiantes y profesionales comprendan el camino correcto por el que debe transitar el ejercicio de la abogacía”.

EL MEC RECONOCIÓ LA MAESTRÍA EN DERECHO – LL.M. DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

El Ministerio de Educación y Cultura aprobó, el 5 de febrero, el Plan de Estudios de la Maestría en Derecho, diseñado y presentado en el 2013. El título otorgado será el de: “Magíster en Derecho LL.M.”

El LL.M de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo es un Máster de reconocimiento internacional de dinámica y estructura igual a la de las primeras universidades del mundo anglosajón (hay solo 2 que lo ofrecen en Latinoamérica). Tiene la gran virtud de permitir al estudiante diseñar sus estudios en función de sus intereses profesionales y académicos, en la medida que puede elegir las materias a cursar dentro de un menú muy amplio que ofrece la Universidad. Tiene también una flexibilidad temporaria que permite ir avanzando en las materias al ritmo de cada estudiante; regularmente es de dos años académicos y se tiene la posibilidad de tomar algunas materias en régimen *online*.

Otra de las ventajas de la Maestría en Derecho, es que le da la oportunidad al estudiante de cursar dos de las materias que tiene el Programa de *US Law*, las mismas pueden ser incluidas como optativas. Ellas son, *Corporations* (que dicta el Prof. Bryn Vaaler)

y *Raising Capital in the World Financial Markets: Introduction to Financial and Legal Considerations* (que dicta el Prof. Carlos Martínez).

Asimismo, brinda la posibilidad de interactuar con profesionales de distintas orientaciones (abogados, escribanos, contadores, economistas, médicos, Licenciados en RR.II, Licenciados en Comunicaciones) con diversas experiencias (área pública – jueces, fiscales, administradores – área privada – de los principales Estudios, Consultoras y Empresas) e incluso de variadas nacionalidades (de Uruguay, Brasil, Argentina, R. Dominicana, Alemania, Corea, Panamá, Colombia, Venezuela, etc.).

FDER EDITA LIBRO SOBRE LEY DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA PRIVADA EN INGLÉS

“Public-Private Partnership Act” es el primer tomo de una colección de tomos jurídicos en inglés publicado por la Facultad de Derecho (FDER) que busca convertirse en una herramienta relevante para juristas, economistas, expertos e inversores nacionales y extranjeros que piensen en Uruguay a la hora de hacer negocios.



Aprovechando la realización del Congreso Regional PPP Américas 2015 organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, se comenzó con la publicación en inglés de la Ley y Decreto Reglamentario de la Ley de Participación Público Privada (Ley de PPP).

El objetivo es traducir al inglés normas importantes que en los últimos tiempos, pero también en el futuro, pueden marcar rumbos y proyectar al país hacia nuevos destinos. La Universidad de Montevideo tradicionalmente ha buscado abrirse hacia la internacionalización, lo cual exige la realidad de una economía, una legislación y una cultura cada vez más global.

La Universidad de Montevideo (UM) fue pionera en el estudio y análisis de la contratación administrativa en general y de las PPP en particular, desde hace más de 8 años en que comenzó a impartir temas vinculados, influyendo sobre el conocimiento, la re-

flexión y la investigación de esta importante herramienta para el desarrollo.

La elaboración de este primer número estuvo a cargo de las profesoras de Derecho de la UM y Traductoras Públicas María Federica Brugnini y Martina Etcheverry y fue prologado por el destacado experto en la materia José Luis Echevarría Petit.

La presentación del primer tomo de la colección constituye un nuevo paso de la UM y sus profesores para tender puentes entre el pensamiento jurídico latino y el anglosajón.

DR. SCHIAVI ES INVITADO PARA FORMAR PARTE DE LA RED IBEROAMERICANA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Mag. Pablo Schiavi, ha sido nombrado miembro del Comité de coordinadores nacionales de la Red Iberoamericana de Contratación Pública por parte de la Red Iberoamericana de Contratación Pública, lo que significa una gran distinción para la UM y su Facultad de Derecho.



Schiavi es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo en Información Pública y Datos Personales, Protección de Datos Personales en Salud y Protección de Datos Personales Tributarios.

La Red Académica Iberoamérica de Contratación Pública tiene por objetivo ser un punto de encuentro y colaboración académica de los profesores, expertos e investigadores en materia de contratación pública de los países de habla hispana y portuguesa, con la finalidad de intercambiar conocimientos e información y desarrollar proyectos conjuntos.

ASOCIACIÓN DE DERECHO PÚBLICO DEL MERCOSUR INVITA A PROFESOR DE LA UM A PARTICIPAR DE CONGRESO

El Mag. Pablo Schiavi, profesor de la Facultad de Derecho, fue invitado a participar como expositor en la séptima edición del Congreso de la Asociación de Derecho Público

del MERCOSUR que tuvo lugar el 23 y 24 de abril en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral (UNL), Argentina.



Dr. Pablo Schiavi junto al Dr. José Luis Echevarría y la Dra. Cristina Vázquez en la presentación de la obra “Estudios de Información Pública y Datos Personales”.

La actividad contó con la presencia de prestigiosos expertos de Alemania, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, quienes abordaron los siguientes ejes temáticos: Estado de Derecho Constitucional y Democrático; Constitución y Derecho Administrativo; La Constitución y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La administración pública y la tutela de estos Derechos; El Estado Constitucional de Derecho y el Servicio Público; El MERCOSUR y los ordenamientos nacionales; Responsabilidad del Estado, y la transformación de la Administración Pública.

Schiavi formó parte de la delegación uruguaya junto a los profesores catedráticos: Dr. Carlos E. Delpiazzi y Dr. Augusto Durán Martínez.

NUEVOS CURSOS

Comenzaron a dictarse los siguientes cursos inéditos, de reconocimiento internacional:

Relaciones Laborales Colectivas

En la sociedad uruguaya los vaivenes de las relaciones laborales colectivas ocurren cada vez con mayor frecuencia, afectando a las organizaciones de empleadores y las empresas, a los sindicatos y los trabajadores, al gobierno y a la población en su conjunto.

Este Taller presenta y analiza las relaciones laborales colectivas en varias de sus dimensiones: desde los roles de los actores sociales y el gobierno, pasando por la negocia-

ción colectiva, el conflicto laboral y sus manifestaciones y culminando con los mecanismos de prevención y solución del mismo.

El curso es dictado por el **Dr. Nelson Larrañaga Zeni**, Director del Departamento Laboral y Seguridad Social de FERRERE Abogados, abogado líder en relaciones laborales en Uruguay según las publicaciones internacionales Chambers & Partners Latin América y Legal 500 Latin América y Consultor de la OIT en relaciones laborales y seguridad social.

Contrato de Seguros

La cobertura y prevención de riesgos a través del Contrato de Seguros resulta esencial para viabilizar proyectos con impactos medioambientales, actividades financieras, de transporte, y asumir cargos directivos que puedan comprometer nuestra responsabilidad civil, profesional o empresarial.

El curso está dirigido a abogados, escribanos, contadores, directivos gerentes y operadores de seguros, empresas públicas, empresas de transporte, operadores financieros, profesionales, no profesionales y empresarios en general.

El objetivo es que a través de una dinámica participativa, mediante el estudio y el análisis de casos prácticos, se logre una familiarización y un conocimiento de las principales coberturas de seguros, así como el alcance de sus principales cláusulas y aplicaciones.

Las clases son dictadas por la **Dra. Andrea Signorino Barbat**, Presidente de CILA (Comité Ibero-latinoamericano de AIDA- Asociación Internacional de Derecho de Seguros) y Presidente de AIDA Uruguay. Asimismo, dicta este curso el **Dr. Felipe F. Aguirre**, Presidente de AIDA Argentina.

Protocolo Empresarial

La creciente globalización, así como la interrelación entre el Sector Público, la empresa privada y las organizaciones internacionales ha hecho del Protocolo una herramienta fundamental y creciente desarrollo a nivel internacional para alcanzar el éxito en la organización de actos y eventos.

El curso está dirigido a titulados universitarios medios o superiores y tiene como objetivo formar profesionales especializados en la organización de actos y eventos en diversos ámbitos.

Las clases son impartidas por la **Doctora María Juliani Fernández de Córdoba**, Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Abogado, Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Máster en Liderazgo por la Universidad de Navarra y la Harvard Kennedy School of Government, especialista en Protocolo y Ceremonial del Estado e Internacional (Universidad de Oviedo- Escuela Diplomática de España).

Procesos Cautelares

El conocimiento profundo de los diversos aspectos teóricos y prácticos de los procesos cautelares tiene relevancia fundamental en el ejercicio de las profesiones jurídicas

El curso integra el Postgrado en Derecho Procesal Aplicado y está dirigido a abogados, jueces y demás operadores del sistema judicial.

Su dictado está a cargo de los Profesores Titulares de Derecho Procesal: **Dres. Margarita de Hegedus, Santiago Pereira Campos y Luis María Simón**, contando con la participación de Profesores invitados en algunos temas específicos.

Derecho Marítimo

Este curso es dictado en el marco del Máster en Integración y Comercio Internacional. El Derecho Internacional Marítimo (Público y Privado) es un pilar fundamental del desarrollo institucional y del comercio internacional, cuya aplicación y debida gestión a través de los organismos estatales y empresas públicas o privadas según corresponda, deberá ajustarse a la normativa vigente.

Los intereses estratégicos del Uruguay requieren un profundo conocimiento del Derecho del Mar, del Transporte Marítimo en sus diversas modalidades, de la administración y desarrollo portuario, el régimen de explotación de la superficie, las aguas, y el subsuelo marítimo y de los seguros que cubren todas las contingencias que pueden ocurrir en el ámbito marítimo.

Una adecuada capacitación de los agentes públicos y privados, permite garantizar debidamente la soberanía nacional en los espacios correspondientes y brindar seguridades jurídicas a la sociedad en su conjunto, en el ámbito civil, laboral y comercial.

La actualidad de las nuevas formas de explotación del medio marítimo, en particular las investigaciones para el hallazgo y explotación de hidrocarburos y otros minerales, hacen de este curso una necesidad inmediata evidente.

Son objetivos del curso brindar conocimientos en el derecho marítimo público y privado, así como la obtención de herramientas jurídicas que puedan resultar de utilidad en la gestión de empresas marítimas y portuarias.

Derecho brasileño aplicado (on-line) – Cursos a distancia.

Nuevo postgrado dictado de modo presencial y *on-line*, a cargo de la **Prof. Alina Celi Frugoni PhD**. El curso se orienta al estudio teórico-práctico del ordenamiento jurídico brasileño, sus fundamentos, principios e instituciones, teniendo en cuenta los crecientes procesos de globalización económica.

El mismo está dirigido a abogados, escribanos, profesionales del sector público y privado, e integrantes de organizaciones internacionales o representaciones extranjeras que requieran formación jurídica práctica en derecho brasileño.

LIBROS, ARTÍCULOS Y PRODUCTOS ACADÉMICOS

Como resultado de diversos trabajos de investigación académica, desarrollados en las distintas áreas del Derecho por profesores, alumnos y egresados de los Másters y Postgrados, fueron publicados los siguientes libros:

“Ética Pública y Patologías Corruptivas”- Prof. Dr. Carlos E. DELPIAZZO y Prof. Dr. Rogério GESTA LEAL, (coordinadores). - Trata de material tendiente a provocar la reflexión sobre temas que a todos nos inquietan, animados del propósito de mejorar la calidad del Estado de Derecho de nuestros países y, consecuentemente, incidir positivamente en la cultura de nuestras sociedades. La obra recoge los aportes de especialistas como: Carlos Aymerich Cano (Universidad de Coruña, España), Juan Carlos Morón Urbina (Pontificia Universidad Católica del Perú) y Denise Bittencourt Friedrich (Universidad de Santa Cruz do Sul-Brasil).

“Jornadas en Homenaje al Prof. Dr. Mariano Brito”- Dr. Felipe ROTONDO (Coordinador), Esc. Dora BAGDASSARIÁN, Dr. Pablo BALARINI, Dr. César DE LEMA, Dr. Carlos E. DELPIAZZO, Dr. Gabriel DELPIAZZO, Dr. Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Dra. Verónica GONZÁLEZ, Dr. Carlos LABAURE, Dr. Miguel LARRAMENDI, Dr. Daniel Hugo MARTINS, Dra. Silvana NESSAR, Dr. Santiago PÉREZ DEL CASTILLO, Dr. Miguel PEZZUTTI, Dr. Juan Antonio PISANO, Dr. Álvaro RICHINO, Dr. Felipe ROTONDO, Dra. Graciela RUOCCO, Dra. Mariela SAETONE, Dr. Juan P. Tobías FERNÁNDEZ, Dra. Cristina VÁZQUEZ, Dra. Lucía VILLAMIL. - La Universidad de Montevideo publica las Jornadas organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito, quien fuera su fundador y director hasta el día de su fallecimiento, acaecido el 31 de enero de 2014.

“Public-Private Partnership Act” - Facultad de Derecho (FDER) - Primer tomo de una colección de tomos jurídicos en inglés publicado por la que busca convertirse en una herramienta relevante para juristas, economistas, expertos e inversores nacionales y extranjeros que piensen en Uruguay a la hora de hacer negocios.

“Derecho de la Integración. Tomo II”- Prof. Dr. Jorge E. FERNÁNDEZ REYES (Director del MICI) – Se analiza en forma exclusiva y en profundidad los distintos aspectos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en tanto se trata del Proceso de Integración Regional contemporáneo más importante en el que participa nuestro país, y que sin perjuicio de sus avances y retrocesos, mantiene plena vigencia y actualidad en el marco del desarrollo del comercio regional e internacional del bloque y de los países miembros.

“Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública. Tomo II” - Coordinado por el Dr. Carlos E. DELPIAZZO - Conjuntando nuevamente aportes de profesores y cursantes de la Maestría en Derecho Administrativo Económico, sale un segundo tomo, conteniendo aspectos conceptuales y prácticos, así como una consideración de varios contratos públicos nuevos, regulados por el legislador fuera de TOCAF pero remitiendo al mismo en múltiples aspectos, especialmente de procedimiento.

“Manual del Sistema Legal de los EE.UU” – Dra. María Elena BLANCO LARRIEUX - Reedición actualizada de El sistema legal de los Estados Unidos resulta un desafío para

quien se acerca por primera vez y para quien lo ejerce, ya que no existe uniformidad: las normas varían según los estados. El sistema federal y la interacción entre los tribunales también resulta novedoso. Este texto intenta dar una visión general e integrar los temas de forma amena y resumida.

“Estudios de Derecho Concursal uruguayo. Libro II” – Dr. Camilo MARTÍNEZ BLANCO (coordinador). Se convocó a los colaboradores del primer libro y el aporte de otros calificados cultores del género. Cada trabajo corresponde a la particular visión de su autor, pero referida a una etapa del Concurso.

“Derecho Penal para Escribanos” – Dr. Miguel LANGÓN (coordinador) y Dr. Gonzalo AIRES. Reedición actualizada de la obra, a fin de proveer a los estudiantes del material necesario para su formación. Los profundos y continuos cambios legislativos ocurridos en los últimos años, obligan a una revisión del texto, que cubre en este Primer Tomo, lo que corresponde a la Parte General, que se ocupa de la Teoría de la Ley Penal, del Delito y de la Pena.

ACTIVIDADES EN EL CENTRO DE POSTGRADOS Y MAESTRÍAS

CONFERENCIA SOBRE “EL SECRETO PROFESIONAL DEL CONTADOR, ABOGADO Y DEL ESCRIBANO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN FISCAL”

En marzo se llevó a cabo, en dos oportunidades, la Conferencia sobre “El Secreto Profesional del Contador, Abogado y del Escribano frente a la Administración Fiscal”, con el Dr. Miguel Pezzutti y el Dr. César Pérez Novaro como expositores.

Se contó con una amplia concurrencia de participantes de variadas profesiones y ámbitos laborales.

VI CAU- SEXTA CONFERENCIA ARGENTINO URUGUAYA CARI-CURI

El viernes 8 de mayo se llevó a cabo, en las sede de Postgrados y Maestrías de la Universidad de Montevideo, el sexto encuentro de miembros de asamblea de dirección del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI) y el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).

La misma contó con la participación, entre otros, de los Dres. Sergio Abreu, Didier Opertti, José Octavio Bordón, Félix Peña, Javier Bonilla, Carlos Pérez del Castillo, Norberto Pontiroli, y Washington Durán.

Del temario desarrollado se destaca:

- Visión sobre el contexto, desafíos y oportunidades que se presentan a la Argentina y al Uruguay, incluyendo no sólo temas políticos, económicos y comerciales, sino también de seguridad internacional y sus repercusiones en la región.

Posibilidades de articulación en el ámbito multilateral (de la OMC, América del Sur, América Latina, Alianza del Pacífico, ALADI) e interregional (China, Asia,

América del Norte, Unión Europea, África y los países del Golfo).

Articulación productiva entre los dos países (agricultura / GPS).

- Estado de situación y perspectivas vinculadas a la situación bilateral en el sector de infraestructura (vías navegables, terminales portuarias, energía).

VISITAS

- A fin de reafirmar los vínculos institucionales que se mantienen desde los comienzos del dictado del Máster en Integración y Comercio Internacional, el Director de la Secretaría General del MERCOSUR, Economista Óscar Pastore, recibió en su despacho al Director de la maestría, Dr. Jorge Fernández Reyes y al Coordinador de Másters y Postgrados, Dr. Pablo Genta.
- El nuevo Director General de Rentas, Licenciado en Sociología Joaquín Serra, recibió al Director del Máster en Derecho y Técnica Tributaria: Cr. Juan Antonio Pérez Pérez y al Coordinador de Másters y Postgrados Dr. Pablo Genta.

La reunión permitió profundizar el relacionamiento institucional que se mantiene desde hace muchos años con la Dirección General Impositiva, brindado capacitación a sus profesionales en el marco de dicha Maestría.

INVESTIGACIÓN- TESIS

En el presente período se llevaron a cabo las defensas de Tesis de investigación académica para obtener el título de Magíster de los siguientes alumnos:

Cras. Laura Sorribas y Magdalena Deandreis - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“Los Convenios de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio negociados por Uruguay y su vinculación con el derecho interno”*.

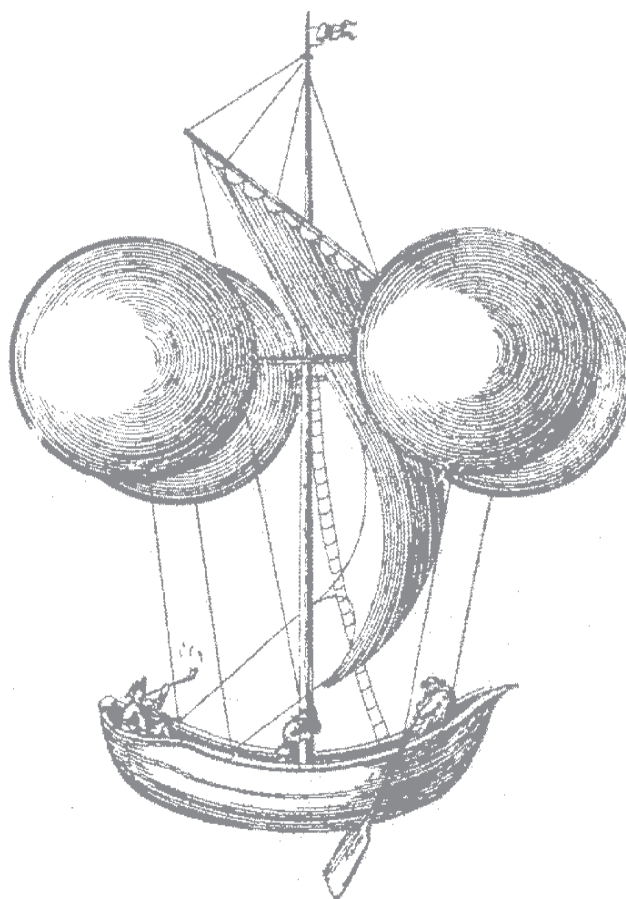
Dras. Valeria Planelles, Fernanda San Martín y Natalia Lueiro - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“El Secreto Tributario. Concepto, Alcance y Limitaciones. Una visión más allá del Derecho Tributario”*.

Dr. Germán Guariglia - Máster en Derecho Administrativo Económico. *“Reforma de la Administración, un reto permanente. El nuevo estatuto del funcionario público”*.

Dras. Mariana Presno y Mónica Ramos - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“Los vicios del acto administrativo y su trascendencia en la jurisprudencia del TCA”*.

Dra. Victoria Angulo - Máster en Derecho de la Empresa. *“Acoso Moral, equilibrio entre los derechos del empleador y empleado”*.

Lic. Ma. Alessandra Molfesi, Bach. Fabiana Bedin, y Dr. Marcelo Benvenuto - Máster en Integración y Comercio Internacional. *“Efectos de la zona franca en el ámbito regional y nacional”*.



TESINAS DE MASTERS

CERDEÑA BARCELÓ, Gregorio M.

Regimen legal aplicable al transporte marítimo por contenedores en el uruguay y sus perspectivas

REGIMEN LEGAL APLICABLE AL TRANSPORTE MARÍTIMO POR CONTENEDORES EN EL URUGUAY Y SUS PERSPECTIVAS

GREGORIO M. CERDEÑA BARCELÓ

1. RESUMEN EJECUTIVO

El área de investigación del presente trabajo es determinar el régimen jurídico del contrato de transporte marítimo por contenedores tanto a nivel nacional como internacional, identificando las características y consecuencias que uno u otro régimen trae aparejado para los intereses de los principales operadores en la materia (el sector armador, propietarios de buques, empresas transportistas efectivas y Compañías de Seguros que actúan por subrogación de cargadores o consignatarios) en la resolución judicial de casos (demandas judiciales por incumplimiento de contrato de transporte marítimo por contenedores) tramitados en nuestra jurisdicción.

Así estableceremos comparativamente la implicancia práctica que uno u otro régimen jurídico tiene para los intereses de las partes involucradas referidas y como juega ello en la operativa de nuestro puerto.

También abordaremos el análisis no menor sobre el camino legislativo que a los efectos debería recorrer nuestro país para no perder competitividad frente a los puertos de la región, teniendo en cuenta el desarrollo planificado del potencial portuario de Uruguay y el contexto regional de competencia con los puertos de Argentina y Brasil.

Así, el objetivo de la presente investigación es determinar los principales puntos que la normativa nacional e internacional sobre transporte marítimo recoge y resultan de interés desde el punto de vista de los involucrados en la operativa del transporte marítimo por contenedores.

Lo anterior debido a las diferencias existentes entre dichos regímenes legales en: (i) Plazos de prescripción y/o caducidad de la acción por incumplimiento de contrato de transporte marítimo; (ii) Limitación de responsabilidad del transportador marítimo; (iii) Período de responsabilidad del transportador marítimo; (iv) Obligaciones contractuales del transportador marítimo; (v) Eximentes de responsabilidad aplicables al transportador marítimo.

De esta forma nuestros objetivos secundarios de investigación lo podemos definir así:

- i. Determinar el régimen jurídico vigente en Uruguay para el transporte marítimo por contenedores.

- ii. Identificar los principales aspectos que dicho régimen jurídico trae aparejado para los principales involucrados en el transporte marítimo por contenedores.
- iii. Establecer el régimen jurídico de las convenciones internacionales en materia de transporte marítimo aplicables al transporte marítimo por contenedores.
- iv. Determinar las consecuencias que dicho régimen jurídico trae aparejado para los agentes involucrados en el transporte marítimo por contenedores.
- v. Establecer si es necesario que nuestro país efectúe algún tipo de reforma legislativa a efectos de alinear su legislación con los países de la región y el mundo, para no perder competitividad como puerto.

Nuestras preguntas de investigación en el presente trabajo de tesis son las siguientes:

¿Cuáles son los puntos de interés para los principales involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores dispuestos en la normativa nacional e internacional aplicable al transporte marítimo por contenedores?

¿Cuál es el régimen jurídico vigente en Uruguay para el transporte marítimo de contenedores?

¿Cuáles son los principales aspectos o temas jurídicos que el régimen jurídico vigente en Uruguay trae aparejado para los agentes involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores?

¿Cuál es el régimen jurídico establecido en las convenciones internacionales no ratificadas por Uruguay aplicables al transporte marítimo por contenedores?

¿Cuáles son los principales aspectos que las convenciones internacionales establecen para los agentes involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores?

¿Cómo repercute, todo lo anterior, en los procesos judiciales por incumplimientos de contratos de transporte marítimo, tramitados en Uruguay, desde el punto de vista los intereses de los principales involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores?

¿Qué debería hacer nuestro país para no perder competitividad frente a la región en virtud de la normativa aplicable en Uruguay?

Para cumplir con nuestro objetivo abordaremos el análisis de la normativa vigente en Uruguay y el de las principales convenciones internacionales sobre transporte marítimo.

Dentro de las normas nacionales veremos las disposiciones del Código de Comercio Uruguayo, demás normas aplicables y la reciente Ley 19.117. También abordaremos la Ley 19.246 de Derecho Comercial Marítimo, que fuera promulgada por el Poder Ejecutivo del Uruguay el 15 de agosto de 2014 y publicada en el Diario Oficial el 5 de septiembre de 2014, habiendo entrado en vigencia a los diez días de su publicación

en el Diario Oficial.

En el ámbito internacional nos referimos principalmente a las siguientes convenciones:

- i. Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque: Las Reglas de La Haya y de La Haya – Visby (Convención de Bruselas de 1924 y protocolos de Bruselas de 1968 y 1979).
- ii. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías: Reglas de Hamburgo, 1978.
- iii. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo: Reglas de Rotterdam, 2008.

Asimismo, analizaremos lo que la doctrina nacional e internacional establece al respecto, sobre el alcance y contenido de las normas mencionadas.

También veremos lo que han establecido tribunales extranjeros y nuestros tribunales, aplicando dichas normas a casos de reclamos por incumplimiento de contrato de transporte marítimo por contenedores.

A los efectos iremos refiriendo doctrina y jurisprudencia en los diferentes capítulos de análisis.

Concluido el presente estudio, podremos determinar que la normativa a nivel internacional en materia de derecho de transporte marítimo resulta más favorable para los intereses del sector armador y, por otro lado, podremos dejar en evidencia que la normativa vigente en Uruguay tiene grandes carencias, no adaptada a las nuevas características/condiciones del contrato de transporte marítimo ni a la realidad del mismo.

En la misma línea, entendemos que tendremos elementos como para concluir diciendo que la normativa nacional y los criterios jurisprudenciales aplicables por nuestros jueces a reclamos por incumplimientos de contrato de transporte marítimo son notoriamente favorables a los intereses del sector usuario de fletes marítimos o cargador y que, además, resulta imperioso que nuestro país efectúe modificaciones a su régimen legal a efectos de proyectarse con competitividad frente a la región.

Esto dentro de un marco de realidad complejo en las relaciones con la Argentina, de acuerdo a las medidas que dicho gobierno ha tomado en 2013 y en el correr del 2014.

2. EL CONTRATO DE TRANSPORTE POR CONTENEDORES BAJO LA NORMATIVA NACIONAL.

2.1. Importancia actual del tema en nuestro país. Introducción.

Hasta el año 1992 la Administración Nacional de Puertos (A.N.P.) era responsable de la infraestructura portuaria y prestaba todos los servicios terrestres y marítimos a los buques.

En el puerto de Montevideo, la operación portuaria básica (carga desde el muelle y estiba en el buque, desestiba del buque y descarga en el muelle) era realizada por dos grupos de estibadores, uno que realizaba las operaciones en los buques y otro en el muelle. La A.N.P. brindaba a las empresas navieras los servicios terrestres a la mercadería a través de su sector Oficina de Personal Obrero. En tanto, la Administración Nacional de los Servicios de Estiba (A.N.S.E.) proveía la mano de obra de estibaje para trabajar a bordo, contratados por las agencias marítimas en representación de los armadores, y con salarios basados en acuerdos tripartitos privados.

Prácticamente no existía la participación de empresas privadas.

Los únicos agentes privados que operaban eran las Agencias Marítimas, que se dedicaban a la contratación de las cuadrillas de estibadores y a la solicitud de los medios de tierra que pudiese suministrarle la A.N.P.

En el año 1992 tuvo lugar un cambio trascendental en la política portuaria.

Ese año se dictó la Ley N° 16.246, también denominada Ley de Puertos, la cual implicó profundas modificaciones en la estructura del sector.

Esta Ley, que fue el resultado de una serie de reformas iniciadas en 1984, fue la expresión en Uruguay de las reformas de los sistemas portuarios adoptadas en muchos países de América Latina.

La Ley de Puertos implicó dos cambios fundamentales. Por un lado, generó un marco de libre competencia y libre concurrencia para la actividad portuaria, abriendo la vía a una mayor participación del sector privado en las operaciones portuarias. Por otra parte, creó el Régimen de Puerto Libre, un régimen de enclave aduanero en el que existe libre circulación de mercaderías, sin necesidad de autorizaciones y trámites formales.

Mediante esta norma se autorizó el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones para la explotación de los servicios portuarios, marítimos y terrestres. A su vez, la Ley de Puertos redefinió el rol de la A.N.P. como el organismo encargado de administrar, conservar y desarrollar el puerto de Montevideo y los demás puertos de carácter comercial que le encomiende el Poder Ejecutivo. A su vez, la A.N.P. debe asesorar al Poder Ejecutivo en materia portuaria.

La Ley de Puertos habilitó a la A.N.P. a prestar los servicios portuarios en forma directa o indirecta; esto es, no le quitó la potestad de participar de la operativa portuaria, pero dispuso que a partir de ese momento el régimen imperante fuera el de libre competencia.

El monopolio de los servicios de estiba y desestiba que tenía A.N.S.E. antes de 1992 no fue eliminado de forma directa en la Ley; sí se dispuso que los registros de trabajadores debían extinguirse y que fueran cerrados, lo que implicó que ningún trabajador pudo incorporarse a los mismos a partir de la promulgación de la Ley.

A partir de la Ley de Puertos N° 16.246, en definitiva, la realidad de nuestro puerto cambió sustancialmente, incrementándose su movimiento así como su capacidad operativa, con todo lo que ello implica.

Principalmente, se debe tener en cuenta todo lo referente al régimen jurídico -puerto libre- que brindó modernidad y dinamismo a las operaciones que en él se realizan establecien-

do, entre otras, las siguientes posibilidades:

- i. Sobre la mercadería: Fraccionamientos, agrupamientos, etiquetados, reenvasados, es decir, que pueden hacerse todas aquellas operaciones que no signifiquen cambios en la naturaleza del producto (no debe existir modificación de la nomenclatura arancelaria).
- ii. No existe límite de tiempo alguno para el almacenamiento de la mercadería dentro del puerto.
- iii. Se puede modificar libremente el destino final de la mercadería.
- iv. Para efectuar el ingreso de mercaderías a un depósito intra portuario no es necesario presentar la factura comercial a la Aduana Uruguay -Dirección Nacional de Aduanas-.
- v. Las mercaderías importadas al Uruguay o reembarcadas a la región desde el puerto libre en su totalidad o en forma parcial, mantienen todas las exoneraciones arancelarias del Mercosur.
- vi. La validez de 180 días de los certificados de origen ALADI se “detiene” durante el período en que las mercaderías se encuentren depositadas dentro del Puerto libre.
- vii. Dentro del puerto libre de Montevideo, una empresa puede gozar de las ventajas que ofrece su régimen legal sin necesidad de incurrir en gastos “extra”, fuera de los relativos a la operativa y los costos de almacenamiento. Es decir, no es necesario que el usuario abone ningún tipo de canon para poder operar dentro del régimen del puerto libre.
- viii. La propiedad y derechos sobre la mercadería corresponden siempre al proveedor o a quien este designe como consignatario (según conocimiento de embarque que emite el embarcador en origen).
- ix. Durante el tiempo que las mercaderías se encuentren depositadas, el exportador no pierde la propiedad sobre la misma y es él quien deberá designar y comunicar quienes son las personas autorizadas por su empresa para ordenar la liberación de mercadería a sus clientes finales. De esta forma se garantiza absoluto control sobre su mercadería y la seguridad de que no se liberará hasta recibir las instrucciones correspondientes.
- x. Las empresas radicadas en el exterior del país, que operen con mercaderías en tránsito dentro del puerto libre de Montevideo, se encuentran totalmente exoneradas del pago del Impuesto a la Renta (IRIC) y del Impuesto al Patrimonio (IP).

En este contexto, muy especialmente, toma vital importancia la forma sobre cómo se transportan las mercaderías.

En efecto, actualmente, la gran mayoría de movimientos de carga en el mundo se rea-

liza en **contenedores** por todas las ventajas y facilidades operativas que ello implica. Así lo demuestran las estadísticas de movimientos de carga tanto consideradas globalmente como en nuestro puerto específicamente.

Veremos a continuación las estadísticas de movimientos de contenedores en el puerto de Montevideo (contenedores así como Teus) registrados por la A.N.P. que deja en evidencia la importancia del transporte de carga en contenedores vía marítima.

Las siglas **TEU** (acrónimo del término en inglés Twenty-foot Equivalent Unit) representa la unidad de medida de capacidad del transporte marítimo en contenedores. Una TEU es la capacidad de carga de un contenedor de 20 pies¹. Aparte del contenedor de 20 pies, que se computa como una TEU, hay otros tamaños y tipos de contenedores. Los de uso más frecuente son de 40 pies; existen otras variantes del contenedor que se calculan como equivalentes a 2 TEU o 1 FEU (Forty-foot Equivalent Unit).

En definitiva, sin duda, existe actualmente un claro predominio del contenedor como instrumento de transporte marítimo de mercaderías.

Pero veamos los datos de nuestro puerto.

Tomaremos como ejemplo los datos de 2007 y de 2012 en forma aislada, para luego ver lo que un análisis comparativo de la evolución de estos datos en el período 2008 – 2012. También veremos los movimientos de las líneas navieras que operan en nuestro país, en operativas de importación y exportación en los años 2012 y 2013.

Contenedores y Teus movilizados: Año 2007

CONTENEDORES

LLENOS			VACIOS			TOTAL
20	40	TOTAL	20	40	TOTAL	
79.845	148.204	228.049	29.142	95.546	124.688	352.737

TEUS

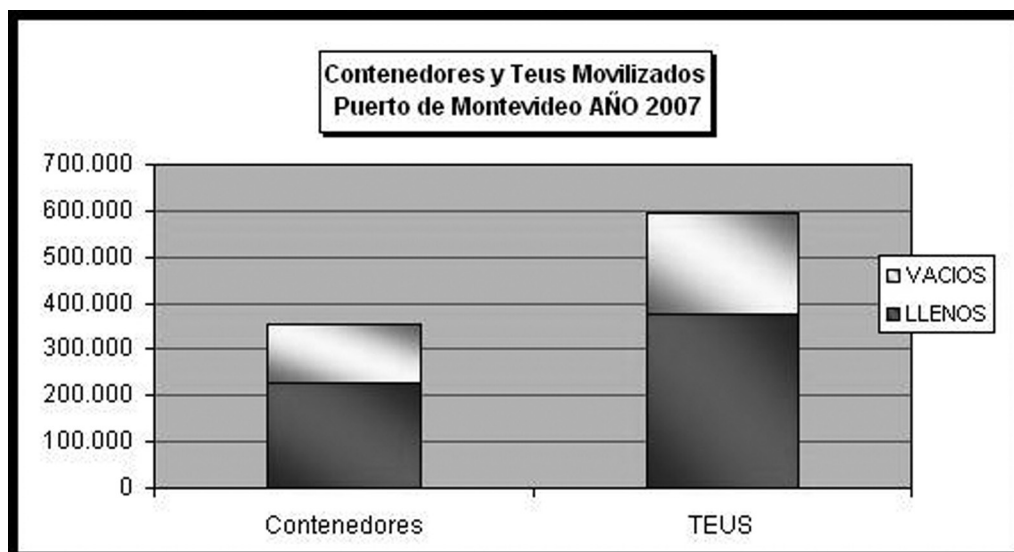
LLENOS	VACIOS	TOTAL
376.253	220.234	596.487

Relación TEUS / CONTENEDORES = 1,69

Relación Llenos / Vacíos (Contenedores)= 1,83

Relación Llenos / Vacíos (Teus) = 1,71

¹ Las dimensiones exteriores del contenedor normalizado de 20 pies son: 20 pies de largo x 8 pies de ancho x 8,5 pies de altura; equivalentes a 6,096 metros de largo x 2,438 metros de ancho x 2,591 metros de alto. Su volumen exterior es de 1.360 pies cúbicos equivalentes a 38,51 metros cúbicos. Su capacidad es de 1165,4 pies cúbicos equivalentes a 33 metros cúbicos. El peso máximo del contenedor es 24.000 kg aproximadamente, pero restando la tara o peso en vacío, la carga en su interior puede llegar a pesar 21.600 kg.



Período: Enero-Diciembre

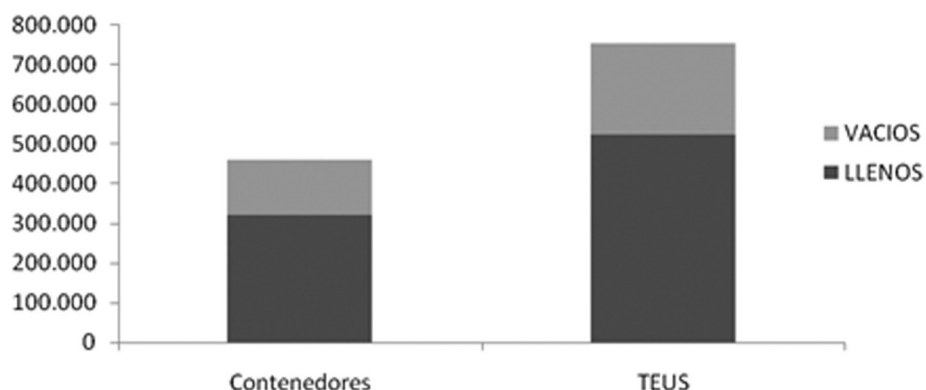
Contenedores y Teus movilizados: AÑO 2012						
CONTENEDORES						
LLENOS			VACIOS			TOTAL
20	40	TOTAL	20	40	TOTAL	
119.048	202.408	321.456	45.467	92.279	137.746	459.202

TEUS		
LLENOS	VACIOS	TOTAL
523.864	230.025	753.889

Relación TEUS / CONTENEDORES = 1,64
 Relación Llenos / Vacíos (Contenedores) = 2,33
 Relación Llenos / Vacíos (Teus) = 2,27

	LLENOS	VACIOS
Contenedores	321.456	137.746
TEUS	523.864	230.025

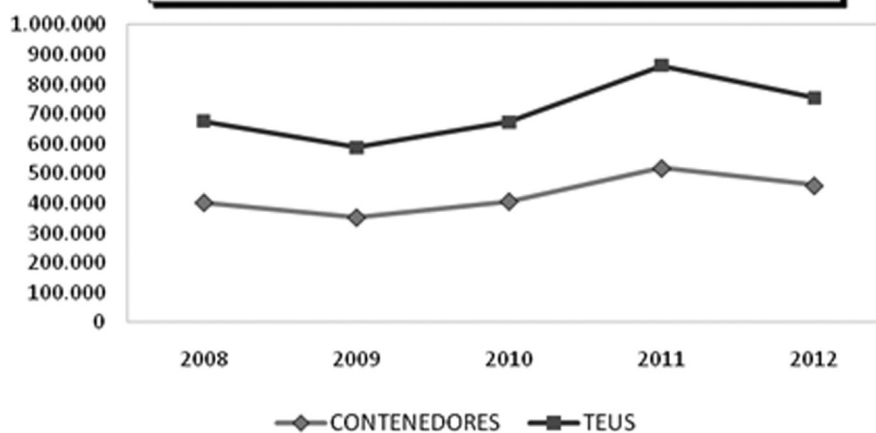
Contenedores y Teus Movilizados Puerto de Montevideo AÑO 2012



Comparativo de Contenedores y Teus movilizados: 2008- 2012

AÑO	CONTENEDORES	TEUS
2008	401.675	675.273
2009	351.067	588.410
2010	405.593	671.952
2011	518.121	861.164
2012	459.202	753.889
2013	459.216	753.079

Comparativo Movimiento de Contenedores y Teus Puerto de Montevideo: Período 2008-2012



Asimismo, los últimos datos registrados por la Administración Nacional de Puertos, indican para el último año 2013 los siguientes datos:

Debe tenerse presente que operan en nuestro país la mayoría de las líneas marítimas que funcionan en el mundo -por sí (armadores) o representadas por agencias marítimas- lo que demuestra una actividad de importancia, con un número considerable de agentes.

Es decir que a través de ellas se instrumentan contratos de transporte marítimo (como accesorios a contratos de compraventa internacional de mercaderías) a diferentes lugares del mundo y se reciben por su intermedio transportes marítimos de mercaderías en contenedores con destino final Uruguay.

Por ejemplo, surge del siguiente cuadro², lo que venimos de referir:

Tabla 1. Porciones de Mercado. Mercado de Agencias Marítimas														
	En Porcentaje								Variaciones en Puntos Porcentuales					
	Import. a Uruguay				Import. Incluyendo Tránsito				Import a Uruguay			Import incluyendo Tránsito		
	2007	2008	2009	2010	2007	2008	2009	2010	08-07	09-08	10-09	08-07	09-08	10-09
ABBEYSEA UR.	0,7	1,8	0,8		0,3	0,9	0,4		1,1	-1,0	-0,8	0,6	-0,6	-0,4
AGUNSA				1,0				0,7			1,0			0,7
BRINGS UY			0,8	1,2			0,6	0,6		0,8	0,3		0,6	0,0
CHRISTOPHERSEN	1,3	2,1	3,2	3,9	0,6	1,2	2,0	2,4	0,8	1,1	0,6	0,6	0,9	0,4
CMSU S.R.L.	0,2	0,6	0,7	0,3	0,2	0,4	0,4	0,2	0,4	0,1	-0,3	0,2	0,0	-0,2
COSCO URUGUAY	6,8	7,0	5,4	5,7	4,1	4,5	4,1	5,0	0,2	-1,6	0,2	0,4	-0,4	1,0
CSAV GROUP AG.				6,0				5,7			6,0			5,7
F. INSIBURO			0,1	0,0			0,0	0,0		0,1	-0,1		0,0	0,0
GLOBAL	1,8	2,1	2,1	4,7	1,7	3,1	2,7	4,6	0,3	0,0	2,6	1,5	-0,4	1,9
HAMBURG SUD	13,0	10,5	11,1	10,4	14,8	13,8	15,6	13,8	-2,5	0,6	-0,6	-1,0	1,8	-1,8
MAERSK URUGUAY	10,6	9,4	10,5	10,0	33,8	31,4	23,3	18,2	-1,2	1,1	-0,4	-2,5	-8,1	-5,1
MITRANO	3,7	5,0	3,5	4,6	2,6	3,2	2,8	3,4	1,3	-1,5	1,1	0,6	-0,4	0,6
MONT. HARBOUR	0,5	0,3	0,2	0,2	0,5	0,3	0,2	0,2	-0,2	-0,2	0,0	-0,2	-0,1	0,0
MSC URUGUAY S.A.	15,4	15,8	15,5	13,2	7,2	9,7	10,9	11,0	0,4	-0,3	-2,3	2,5	1,2	0,1
MULTIMAR	0,5	0,3	2,0	1,3	0,2	0,1	1,7	1,0	-0,2	1,7	-0,6	-0,1	1,5	-0,7
NAVIGACION ATLANTICA	0,1	0,6	1,0	1,3	0,0	0,3	0,5	0,8	0,5	0,4	0,3	0,3	0,2	0,3
REPREMAR	11,2	14,0	14,7	10,8	6,4	8,3	13,3	10,5	2,8	0,7	-3,9	1,9	4,9	-2,7
RIFRULAND			0,0				0,0			0,0	0,0		0,0	0,0
RITEL	2,4	2,5	2,7	0,5	3,6	2,7	3,1	0,3	0,2	0,2	-2,2	-0,9	0,4	-2,7
ROHR	1,4	1,6	1,5		1,3	1,2	0,9		0,2	-0,1	-1,5	-0,1	-0,3	-0,9
SCHANDY	0,0		1,7	4,0	0,0		1,7	4,0	0,0	1,7	2,3	0,0	1,7	2,3
SENAMAR			0,4	0,0			0,2	0,0		0,4	-0,4		0,2	-0,2
SOUTHERN AGENCY NET	6,2	5,7	6,4	5,0	3,0	2,9	3,4	2,4	-0,5	0,7	-1,4	-0,1	0,5	-1,0
TRANSHIP	0,3	0,1	0,0		0,1	0,0	0,0		-0,2	0,0	0,0	-0,1	0,0	0,0
TRIBEN	0,5			2,2	0,3			1,4	-0,5	0,0	2,2	-0,3	0,0	1,4
UNIMARINE	15,2	13,6	8,6	7,3	11,4	10,1	5,7	6,6	-1,6	-5,0	-1,4	-1,3	-4,4	1,0
UNIVERSAL	0,4	0,3	0,0	0,0	0,4	0,3	0,1	0,0	-0,1	-0,3	0,0	-0,1	-0,2	-0,1
VELMAREN	0,3	0,6	0,0	0,0	0,2	0,4	0,0	0,0	0,4	-0,6	0,0	0,2	-0,4	0,0
WILLIAMS	7,6	6,0	6,9	6,3	7,4	5,2	6,5	6,9	-1,6	0,9	-0,6	-2,2	1,3	0,5

Fuente: elaboración propia en base a datos del CENNAVE.

Asimismo, en los cuadros de abajo, se refieren a las operativas totales (en Teus) de las líneas marítimas que operan en nuestro país, así como en forma diferenciada a las operativas de importación y exportación, en movimientos de contenedores, en los últimos dos años, es decir, 2012 y 2013.

2 Cuadro elaborado por el Dr. Juan Dubra en base a datos del Centro de Navegación.

OPERACIONES TOTALES:

Line	2012	MS-12	2013	MS-13
MAERSK LINE	46214	16%	42373	14%
HAMBURG-SUD	37993	13%	41294	13%
MSC	34672	12%	39452	13%
CSAV	43131	15%	38039	12%
MITSUMI OSK	13430	5%	24557	8%
CMA-CGM	19264	7%	22131	7%
EVERGREEN	16189	6%	19804	6%
HAPAG LLOYD	14542	5%	18125	6%
ZIM	10345	4%	17037	5%
COSCO	18243	6%	14193	5%
CHINA SHIPPING	7162	2%	11852	4%
HANJIN	4980	2%	5723	2%
PIL	6961	2%	5333	2%
NYK LINE	5972	2%	5033	2%
K LINE	3770	1%	2840	1%
HYUNDAI MERCHANT	1796	1%	2497	1%
GRIMALDI LINE	1263	0%	1988	1%
CCNI SA	1108	0%	1414	0%
NIVER LINES	354	0%	186	0%
WAN HAI LINES	116	0%	0	0%
Total:	287505	100%	313871	100%

IMPORTACIÓN:

Line	2012	MS-12	2013	MS-13
MSC	18611	11%	22985	12%
HAMBURG-SUD	20573	12%	22863	12%
CSAV	24360	14%	21808	12%
MAERSK LINE	22374	13%	21155	11%
EVERGREEN	13537	8%	17855	10%
CMA-CGM	13333	8%	14129	8%
COSCO	13198	8%	11978	6%
MITSUMI OSK	9497	6%	11559	6%
ZIM	5574	3%	10072	5%
CHINA SHIPPING	5887	3%	9295	5%
HAPAG LLOYD	7682	5%	8689	5%
HANJIN	2420	1%	3142	2%
PIL	4330	3%	2360	1%
NYK LINE	3244	2%	2138	1%
HYUNDAI MERCHANT	1195	1%	1705	1%
GRIMALDI LINE	904	1%	1697	1%
K LINE	2266	1%	1431	1%
CCNI SA	672	0%	805	0%
NIVER LINES	116	0%	31	0%
WAN HAI LINES	97	0%	0	0%
Total:	169870	100%	185697	100%

EXPORTACIÓN:

Line	2012	MS-12	2013	MS-13
MAERSK LINE	23840	20%	21218	17%
HAMBURG-SUD	17420	15%	18431	14%
MSC	16061	14%	16467	13%
CSAV	18771	16%	16231	13%
MITSUMI OSK	3933	3%	12998	10%
HAPAG LLOYD	6860	6%	9436	7%
CMA-CGM	5931	5%	8002	6%
ZIM	4771	4%	6965	5%
PIL	2631	2%	2973	2%
NYK LINE	2728	2%	2895	2%
HANJIN	2560	2%	2581	2%
CHINA SHIPPING	1275	1%	2557	2%
COSCO	5045	4%	2215	2%
EVERGREEN	2652	2%	1949	2%
K LINE	1504	1%	1409	1%
HYUNDAI MERCHANT	601	1%	792	1%
CCNI SA	436	0%	609	0%
GRIMALDI LINE	359	0%	291	0%
NIVER LINES	238	0%	155	0%
WAN HAI LINES	19	0%	0	0%
Total:	117635	100%	128174	100%

En definitiva, el tráfico contenerizado es muy importante para el país ya que representa cerca del 70% de las mercaderías generales en la importación y el 60% en la exportación³.

En la operativa en general del transporte de carga por contenedores, así como para el caso de conflicto por alegados incumplimientos de contrato de transporte marítimo, entran en juego diferentes agentes (Compañías de Seguro actuando en subrogación de sus respectivos clientes, cargadores⁴, consignatarios finales⁵, freight forwarders⁶, agencias

3 Informe Sectorial. El Sector Portuario en Uruguay. Publicado en www.anp.gub.uy

4 Propietario de la mercadería/vendedor generalmente/exportador.

5 Destinatario de la mercadería/comprador generalmente/importador.

6 Son empresas transportadoras que expiden conocimientos de embarque a su nombre. Operadores multimodales que median entre la oferta y la demanda de fletes, alquilando slots. Dicho termino refiere a la fila de contenedores o mejor dicho a la fila de estructura del buque donde van ajustados los contenedores. Cada uno de ellos puede contratar el uso de filas (slots) de diez, cincuenta o cien contenedores, en barcos que tienen capacidad para más de dos mil "damn boxes". El contrato de uso de slots se conoce como "slot hire" o "slot charter". Recién estos operadores finales son los que van a contratar con los verdaderos usuarios (exportadores e importadores de mercadería), comprometiéndose al transporte mediante la expedición de conocimientos de embarque.

marítimas⁷, armadores⁸, propietarios de buques⁹, transportistas marítimos efectivos¹⁰), que muchas veces terminan litigando ante nuestros tribunales por casos de reclamos de daños a la carga, incumplimiento de contratos de transporte marítimo, tanto bajo la normativa nacional como internacional según el caso, como veremos, si estamos ante una operativa de exportación o de importación.

Considerando el crecimiento del movimiento de contenedores en nuestro puerto y su primordial uso como medio de transporte de cargas; teniendo en cuenta además el proyecto país entorno al desarrollo sostenido del puerto de Montevideo¹¹ en cuanto a nuevos muelles, segunda terminal de contenedores¹² y al proyecto de un puerto de aguas profundas en Rocha, terminal chipera y granelera en el puerto de Montevideo¹³, desarrollo sostenido del puerto de Nueva Palmira, toma especial importancia el rol que juegan las empresas transportistas marítimas a nivel mundial que se dedican al transporte marítimo de carga por contenedores.

Así como las diferentes consecuencias jurídicas de su accionar al realizar su actividad, lo referente a la normativa vigente aplicable, reclamos judiciales por incumplimientos de

7 Conceptualmente es el representante del Armador. En nuestro derecho, está especialmente contemplada la figura del Agente Marítimo en las siguientes normas: Ley de Puertos 16.246 del 23 de abril de 1992 y Decretos del Poder Ejecutivo: (i) Decreto del Poder Ejecutivo del 27/06/936; (ii) Decreto del Poder Ejecutivo 416/999 del 29/12/1999; (iii) Decreto del Poder Ejecutivo 183/994 del 22/04/1994; (iv) Decreto del Poder Ejecutivo 412/992 del 01/09/1992; (v) Decreto del Poder Ejecutivo 57/994 del 08/02/1994; (vi) Decreto del Poder Ejecutivo 158/985 del 25/04/1985.

El Decreto del Poder Ejecutivo 183/1994, por su parte, define en el artículo 3ero a la figura del Armador como quien ejerce la explotación y navegación de un Buque por su cuenta y riesgo, no necesariamente su propietario. Asimismo, se regula la figura del Agente Marítimo como la persona física o jurídica que representa los intereses del armador ante la Administración Pública Nacional.

8 Por Armador se entiende a quién se dedica a la explotación económica del Buque.

Tiene la **GESTIÓN NAUTICA** que refiere a todo lo que es necesario para la navegación del buque, su armado, su equipamiento, compra de equipo técnico, aprovisionamiento y contratación del Capitán y de la Tripulación, incluyendo también la obtención de certificados de navegabilidad, permisos para operar la nave, salir a alta mar. Y tiene la **GESTIÓN COMERCIAL** que implica todo lo que refiere a la explotación del Buque con fines de lucro, es decir, la operativa de contratación de actividades con terceros asumiendo el riesgo de empresa comercial. Esas actividades generalmente refieren al transporte de mercaderías o sea la carga, cuidado, traslado y entrega de mercaderías, asumiendo las obligaciones del contrato de transporte. Pero también la gestión económica del Buque podría consistir en realizar la explotación comercial en otros rubros como la pesca, el tendido de cables, la prospección petrolera, etc.

9 Mero propietario de la nave (societario o registral).

10 Empresa que realiza las actividades efectivas que refieren al transporte de mercaderías o sea la carga, cuidado, traslado y entrega de mercaderías, asumiendo las obligaciones del contrato de transporte, emitiendo conocimientos de embarque a su nombre.

11 El denominado MUELLE C, recientemente inaugurado en febrero de 2015. El proyecto de Puntas de Sayago y la segunda terminal de contenedores. Asimismo, el puerto pesquero de Capurro.

12 El modelo de reforma portuaria incluyó la concesión de terminales de contenedores a agentes privados. El primer llamado a licitación para la construcción de dos terminales fue realizado en diciembre de 1994, pero se declaró desierto al presentarse un único interesado a una sola de ellas. En 1997 se hizo un segundo llamado a licitación, el cual concitó el interés de tres grandes operadores: Seaport y Katoen Natie (los dos principales operadores del puerto de Amberes), Maersk y la Terminal Valencia (que finalmente fue eliminada del proceso en la etapa de calificación). Sin embargo, en los meses posteriores se desarrolló una gran polémica en torno a la licitación, y finalmente ésta fue anulada. A mediados de 1999 se frustró, ante objeciones del Tribunal de Cuentas, un tercer llamado. Luego de estos intentos, las autoridades de Transporte decidieron ir por el mismo camino que se había adoptado en Brasil para concesionar la terminal de contenedores del puerto de Santos: crear una sociedad dirigida específicamente a operar la terminal, y definir las características del proyecto antes de hacer el llamado a interesados. Esto facilitaba el proceso de adjudicación, reduciéndolo a un remate del paquete accionario de la empresa creada a tales fines, donde todo se terminaría definiendo por el precio ofrecido. Este camino condujo a que el 12 de junio de 2001 la ANP firmara un contrato por la gestión integral de la terminal de contenedores del puerto de Montevideo por un plazo de 30 años con la empresa Terminal Cuenca del Plata S.A.

13 Se trata del proyecto de la empresa Obrinell S.A.

contrato de transporte marítimo que se dan ante nuestros tribunales y, finalmente, como eso repercute en sus intereses.

De esta forma, pues, toma importancia investigar como repercute la normativa nacional en los intereses de los diferentes agentes involucrados en la operativa del transporte marítimo por contenedores como ser el sector armador, propietarios de buques, o empresas transportistas efectivas que emiten conocimientos de embarque a su nombre y, por otro lado, las Compañías de Seguros que actúan por subrogación de sus clientes cargadores o consignatarios, en su caso.

Ello tomando en cuenta la normativa nacional aplicable (Código de Comercio) para la resolución de este tipo de procesos en nuestra jurisdicción y conforme a nuestro derecho así como la normativa internacional vigente (Convenciones Internacionales no ratificadas por Uruguay).

Así como considerar el camino legislativo que, a la luz de estas normativas y considerando la apuesta de Uruguay como puerto Hub, se debería recorrer para no perder competitividad en la región frente a otros países.

2.2. Trascendencia del uso de contenedores.

La doctrina es conteste en señalar la importancia actual de los contenedores en el transporte mundial¹⁴.

La utilización del contenedor como un elemento de unitarización de carga, los daños producidos a la mercadería transportada por contenedores, tienen trascendencia debido a que los siniestros que se dan poseen características propias, como ser: males condiciones de los contenedores, mala estiba dentro de los mismos, mojaduras de la carga, daños en la estructura de los contenedores, existencia de maniobras sobre la carga en la etapa de consolidación, averías en contenedores refrigerados, insuficiencia de empaque, etc.

El contenedor no es más que una larga caja, utilizada con la finalidad de consolidar o unitarizar carga.

El más conocido es el “box container” que se ve, fundamentalmente, en dos tamaños, de 20 o 40 pies de largo. Algunos de ellos poseen un sistema de ventilación, natural o mecánica, que impide problemas de condensación que perjudiquen las mercaderías transportadas.

Dentro de estos “box container”, se encuentran los “open top”, que permiten la carga por arriba y son utilizados cuando el volumen de la mercadería hace difícil el manejo a través de su costado. Son utilizados para mercadería que no necesita demasiada protección o que por su tipo o condición resulta más accesible su introducción desde la parte superior de la caja.

Otra variedad es del tipo “box” son los “open side” (costado abierto), utilizados cuan-

14 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. “Transporte por Contenedores en el derecho Uruguayo y otras cuestiones actuales”. Fundación de Cultura Universitaria. 2000. Página 107.

do la longitud de la mercadería resulta de difícil manejo.

Para este tipo de mercaderías suele utilizarse otro tipo de contenedores que se denominan “flatracks”, que se asemejan a una chata y que tampoco tienen protección lateral. El material pesado es transportado en este tipo de containers, como ser grúas, máquinas pesadas, etc.

También se utilizan frecuentemente los llamados “tank containers” o contenedores cisterna que consisten en tanques diseñados para transportar líquidos como ser aceite, vinos, productos químicos, etc.

Otros contenedores de importancia, por su utilidad, son los contenedores refrigerados o “reefer containers” a efectos del transporte de mercaderías que se ven afectadas por la temperatura.

Estos contenedores están equipados con un sistema de frío que puede mantener constante la temperatura interior. Tienen cierta capacidad de mantener el frío en forma autónoma pero luego de determinado tiempo deben ser conectados a servidores energéticos que se encuentran en las terminales portuarias, en los depósitos, o en los propios buques.

Por último, cabe referir a los denominados contenedores “plegables” (facilitan su traslado vacío) e “iglú”, que es un contenedor adaptable a tamaños reducidos.

Cada contenedor, tiene un número de identificación que lo hace irrepetible, consistente en letras y números. Las letras generalmente identifican al propietario del contenedor, que puede ser el propio transportista marítimo o una empresa que los arriende y los números sirven para el control del propietario¹⁵.

Finalmente, en este punto, debemos mencionar un elemento que como analizaremos resulta de vital trascendencia en el transporte por contenedores, que es el **precinto**.

Así se ha dicho que todo el sistema de transporte por mercaderías por contenedores descansa en el precinto usado para cerrarlos¹⁶. Los precintos son fabricados para que se detecte a simple vista si existe una violación. De todos los sistemas que existen (latón, plástico o metal) el más seguro ha resultado ser el llamado “botella”, de tipo candado.

El estado del precinto y su número (si al momento de la entrega coincide o no con el declarado en el conocimiento de embarque), resulta de suma importancia al momento de analizar la responsabilidad del transportista marítimo y del cargador en daños a la carga.

Veremos que la práctica, sin embargo, supera cualquier teoría que se pueda escribir

15 Por ejemplo la naviera MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S.A., identifica sus contenedores con las siglas MEDU y luego determinada numeración como ser: 212502-0, siendo la identificación del contenedor para el ejemplo planteado **MEDU212502-0**.

La línea HAMBURG SUD identifica los contenedores como HASU y luego la numeración, quedando identificado un contenedor de su propiedad, en definitiva, como **HASU402056-8**.

16 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 113.

al respecto, dado las maniobras que muchas veces se dan en los casos de transporte de mercaderías por contenedores. Así es común en el sector la referencia a “Piratas Modernos”.

Igualmente importante, como se analizará, es la documentación que acompaña al contenedor en su trayecto por los diferentes agentes, buques, playas de contenedores, camiones, depósitos.

Estos documentos han sido diseñados para dejar constancia de las condiciones en que se traspasa el contenedor y el estado de los precintos.

El documento principal al respecto, es el denominado “**Interchange Receipt**” o recibo de intercambio, cuya función es la de dejar constancia de las condiciones en que se traspasa y/o recibe el contenedor, contando incluso con un amplio casillero para marcar los daños que pudiera tener el contenedor (doblado, agujero, corroído, corte, abollado, faltante, flojo, suelto, hundido, oxidado, perforado, rajado, roto), así como otro casillero para observaciones.

También veremos más adelante que existen en nuestro país reclamos judiciales por daños a la mercadería transportada por contenedores que se han resuelto analizando estos documentos y lo que surge de ellos.

Finalmente, en este punto, cabe plantearse, cuál sería la naturaleza del contenedor como tal. Así podría decirse que se trata de un instrumento para la unitarización de la carga, un “empacado especial”, con una enorme cantidad de ventajas sobre otro tipo de embalajes.

La doctrina analizando el tema ha dicho que lo que importa determinar es si el contenedor es una forma de empaque o una prolongación de la bodega¹⁷. Así se sostiene que más allá de la función de unitarización y protección de la carga, la naturaleza del contenedor es más cercana a una prolongación de la bodega que a un empaque especial para la mercadería.

En materia aduanera, nuestra legislación ha entendido que el contenedor forma parte del medio de transporte (Artículos 144 y 145 del Código Aduanero).

Analizaremos las cuestiones jurídicas relevantes que se plantean en el transporte marítimo por contenedores.

2.3. Modalidades de transporte mediante el uso de contenedores.

2.3.1 Constancias contenidas en el conocimiento de embarque sobre las condiciones en que se efectúa el transporte.

Las constancias que debe tener el conocimiento de embarque se mencionan en el Artículo 1205 del Código de Comercio.

¹⁷ AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. “Curso de Derecho del Transporte. Transporte Multimodal”. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. 2000. Página 29.

Resulta ser el documento de más importancia en la operativa de transporte marítimo y, como bien ha dicho la jurisprudencia, contiene la denominada “Ley de las partes”¹⁸.

Las constancias que analizaremos se encuentran estampadas en el frente del conocimiento de embarque, en el que surgen los datos más importantes de la operativa de transporte marítimo como ser: puerto de carga, puerto de descarga, si se trató de un contrato solo marítimo o en su caso multimodal, identificación de él o de los contenedores transportados, números de precintos que los contenedores tenían al momento en que el transportista marítimo efectivo los recibió, mercadería transportada (cantidad, calidad, número de bultos y marcas de los efectos) peso, constancias y sellos de transporte.

Si bien las constancias del Artículo 1205 no son requisitos de solemnidad, la obligación de tener una descripción de la carga recibida por el buque es un requisito de existencia misma del documento, es decir, que si no lo tuviera no sería un conocimiento de embarque.

La modalidad “**House to House**” implica que el transporte es realizado desde el depósito del cargador en origen hasta el del consignatario en el lugar de destino. Significa que el contenedor es recogido por el transportista en la fábrica o depósito del vendedor y que se obliga a entregarlo en destino, en el depósito del comprador.

La constancia “CY” significa “**Container Yard**” o sea playa de contenedores. Un sello que diga “CY-CY” quiere decir que el contenedor se entrega al transportista en una playa de contenedores y se entregará en destino al comprador en una playa de contenedores.

La constancia “CFS” es “**Container Freight Station**” o sea estación de contenedores en un depósito cerrado y techado. Significa que el transporte se pactó desde un depósito de contenedores a otro.

La constancia “PIER” quiere decir muelle a muelle. Así “**Pier to Pier**” implica que la carga se recibe por el vendedor en el muelle al lado del buque. Y que se entregará al comprador también en el muelle al lado del buque en el puerto de destino. Suele asimilarse la forma “Pier/Pier” con la modalidad “LCL/LCL” porque, normalmente, en ésta modalidad, la mercadería es puesta en un contenedor para facilitar el transporte.

En efecto, la constancia “LCL/LCL” significa “**Less than Container Load**” lo que quiere decir que recibió carga suelta o un contenedor incompleto y abierto para rellenar con cargas de otros clientes. Para que esta modalidad se aplique no es estrictamente necesario que haya una consolidación de mercadería perteneciente a dos o más cargadores. La misma puede pertenecer a un solo cargador y consolidarse por razones prácticas u operativas. En esta modalidad, la contenerización de la carga es realizada en beneficio del transportista, para facilitar el traslado de un lado a otro.

Generalmente, el llenado es realizado en un depósito contratado por el cargador y allí se realiza la consolidación y precintado del contenedor. Lo importante de esta modalidad no es tanto de quién parte la iniciativa para que la mercadería sea puesta en un

18 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N° 287/2010 del 29 de septiembre de 2010.

contenedor, sino el hecho de que el transportista recibe y entrega la mercadería en forma convencional.

En estos casos, la doctrina tiene el criterio establecido, diciendo que cualquier daño o avería ocurrida a la mercadería, siendo el conocimiento “limpio”, es decir, no habiéndose puesto observaciones sobre el estado de la carga, debe correr por cuenta del transportista¹⁹.

Otra modalidad es “FCL/FCL” o “**Full Container Load**”, que resulta en los hechos muy usada por las navieras transportistas marítimas efectivas, especializadas en el transporte de carga por contenedores.

Lo analizamos a continuación.

2.3.2. Constancia “FCL/FCL” y “STC”.

En la modalidad “FCL/FCL” o “**Full Container Load**” el cargador consolida un contenedor y lo precinta.

Esta constancia toma mucha importancia para los transportistas marítimos efectivos que emiten conocimientos de embarque a su nombre y es muy común que los transportes marítimos de contenedores se efectúen bajo esta condición de transporte.

También es muy común que las defensas judiciales de los armadores o transportistas marítimos efectivos, en cierto tipo de reclamos judiciales, se centren en dichas constancias.

Con esta modalidad de transporte, entonces, se entiende que el operador de transporte recibió un contenedor lleno, cerrado y precintado.

La consolidación o carga del contenedor la realiza el embarcador²⁰.

Dicha constancia implica un acuerdo mediante el cual el cargador empaca él mismo la mercadería (o lo hace un tercero a su nombre), haciendo el arrumaje de la misma, estibándola dentro del contenedor el cual cierra y precinta.

El transportista marítimo así recibe un contenedor sin conocer su contenido. El único control posible, que no es siempre obligatorio, es el pesado del contenedor.

El contenedor se entrega al armador totalmente cargado por el cargador, cerrado y precintado (generalmente en el puerto de carga, que es donde el transportista marítimo en casos puerto a puerto recibe el contenedor) y el transportista debe entregarlo en las mismas condiciones en destino, viéndose imposibilitado, contractualmente, de verificar el contenido declarado por el cargador ni su estado.

Lo esencial de esta modalidad es que el transportista no participa del llenado del con-

19 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 126.

20 El llenado del contenedor así como su vaciado se realizan fuera del predio y vista del armador.

tenedor, sino que el cargador se lo entrega lleno y precintado.

De esta forma, pues, el transporte de contenedores en calidad “FCL” supone una modificación a la interpretación tradicional de lo que se considera un conocimiento de embarque limpio. En esta modalidad, no es razonable exigir al Capitán del buque que constate el estado, cantidad, de la mercadería que viene dentro de los contenedores, si no existen razones aparentes para dudar de que la mercadería que viene en el contenedor sea la declarada en el conocimiento de embarque.

Así es habitual en la práctica, que los conocimientos de embarque emitidos por las marítimas tengan conjuntamente con la constancia “FCL/FCL” la constancia “STC” que significa **“Said to Contain”** o dice contener.

Señala la doctrina²¹ que la constancia “FCL” produce los efectos de la declaración prescripta por el Artículo 1217 del Código de Comercio Uruguayo, es decir, la declaración del Capitán de que el número y medida de la mercadería son desconocidos. Por ello, aunque es una práctica habitual conveniente, no parecería necesaria la constancia “STC”, conjuntamente con “FCL”, porque sería incluso una redundancia.

En casos de transporte pactado “FCL/FCL” la obligación del transportista se cumple fiscalizando el estado superficial del contenedor, si estaba bien presentado, precintado y sellado, si el sello correspondía con el del conocimiento de embarque. La procedencia de estas cláusulas se hace especialmente patente en el caso del transporte de contenedores dada la imposibilidad no sólo práctica sino contractual de verificar el contenido declarado por el cargador.

El transportista marítimo cumple con su obligación de entrega en destino del contenedor en la misma condición en que fue recepcionado en el puerto de carga, es decir, cargado, cerrado y precintado con el mismo número indicado en el conocimiento de embarque.

Al no constituir el contenido del contenedor el objeto del contrato de transporte, el consignatario reclamante o su seguro, no sólo debe probar que el contenido declarado coincide efectivamente con lo cargado, sino que, para hacer responsable al transportista efectivo hay que probar que la pérdida o avería es consecuencia de su accionar. El argumento es que conforme al Artículo 1217 del Código de Comercio, es al consignatario o quien lo subrogue en sus derechos, que le cabe probar que el faltante o daño se debió a la acción intencionada del transportista.

También lo previsto en el Artículo 1082 del Código de Comercio²².

La limitación que establece la citada norma en cuanto a lo que *“pueda juzgarse por su exterior”* resulta de fundamental importancia, pues limita la extensión de las obligaciones del Capitán a aquello que es pasible de verificación externa sin afectar el embalaje de

21 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 117.

22 *“El Capitán debe tener cuidado de no cargar efectos cuya avería, merma, o mal estado de acondicionamiento sea visible, si hacer expresa mención en los recibos o conocimientos. En defecto de esa mención, se presume que las mercancías, en cuanto puede juzgarse por su exterior, fueron cargadas en buen estado y bien acondicionadas.”*

la carga. A contrario, por tanto, el Capitán no puede hacerse responsable por el estado de aquello que no es exterior, aparente, o visible.

Nuestra doctrina, por su parte, ha sostenido que estas cláusulas no importan una limitación o exoneración de responsabilidad del transportista, sino una inversión de la carga de la prueba²³.

Sentencias de nuestros Tribunales de Apelaciones²⁴ y también de la Suprema Corte de Justicia, han analizado estos puntos²⁵.

El criterio de la exigencia de la carga de la prueba del reclamante del dolo del transportista ha sido una posición minoritaria.

Sin embargo, ha ido cambiando dicha posición para casos de transportes “FCL/FCL”, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

La doctrina²⁶ ha señalado sobre el particular que si un contenedor recibido “FCL/

23 MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. “Curso de Derecho Marítimo”. Tomo 2. Montevideo. Editorial Acali. 1977. Página 369.

24 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno N° 287/2010 del 29 de septiembre de 2010.

25 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 724/996 del 22 de Julio de 1996, en un caso entre un asegurador como subrogante de los derechos del importador o consignatario y la empresa transportadora, analizaron el tema en base a si en un contrato de resultado, como es el de transporte, las cláusulas exonerativas de responsabilidad son válidas, y si del faltante comprobado, una vez abierto el contenedor, debe ser responsabilizado el transportador.

En dicha sentencia se establece que, más allá de la discusión de cuáles son las cláusulas de reserva que pueden reputarse válidas y de aquellas que son nulas, el hecho es que, en la especie, se estaba ante un caso en que las disposiciones que exoneran de responsabilidad al cargador se encontraban pactadas al anverso del conocimiento de embarque, donde no se discute que deben reputarse como válidas, por lo que ha de estarse a lo convenido.

Conforme a las mismas se estaba ante un contrato que fue signado en la modalidad “FCL/FCL”, o sea, llenado por el exportador o cargador y retirado por el consignatario y que, además, se dispuso que se transportaba un contenedor con el sello/caja “STC”. Y en la nota establecida en forma impresa pero incluida en la parte firmada del conocimiento de embarque, se declaraba que el peso, medidas, etc., son declaradas por el embarcador y desconocidas por el transportador efectivo, aceptándose las estipulaciones, limitaciones, etc.

Siguiendo con su análisis, la sentencia establece, que conforme a lo dispuesto en el artículo 1082 del Código de Comercio, el Capitán debe tener cuidado de no cargar efectos cuya avería, merma o mal estado de acondicionamiento sean visibles, sin hacer expresa mención en los recibos o conocimientos. En defecto de esa mención, se presume que las mercaderías, en cuanto puedan juzgarse por su exterior, fueron cargadas en buen estado y bien acondicionadas.

Esto quiere decir, pues, que el Capitán está obligado a pesar el bulto al cargar, para determinar si existe merma, salvo que se haya pactado alguna convención expresa que limite dicha obligación, cuya validez surge del artículo 1087 inciso 2 del Código de Comercio.

Con la introducción de la cláusula “STC”, dice la referida sentencia, se está exonerando al transportador de la obligación de pesar el contenedor antes de embarcarlo, a lo que se agrega que, en ciertos puertos, el pesaje de los contenedores llenos no es obligatorio.

Por lo tanto, en estos casos, la obligación del Capitán, sólo se cumple con la de fiscalizar el estado superficial del contenedor, si estaba bien presentado, precintado y sellado, si el sello correspondía a aquel cuya numeración está estampada en el conocimiento.

En consecuencia, cumplida dicha función, habiendo llegado a destino en el Puerto sin inspeccionar el contenido del mismo, estando exteriormente en iguales condiciones que aquellas en las que fueron estibados, la presunción de responsabilidad sólo rige para los defectos visibles del contenedor, puesto que el Capitán no está obligado, ni puede revisar el contenido del mismo, INVIRTIÉNDOSE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LO RELATIVO A LOS BIENES QUE CONTENGA EL MISMO.

En estos casos, concluye el referido fallo, conforme al artículo 1217 del Código de Comercio, es al consignatario o quien lo subrogue en sus derechos, que le cabe probar que el faltante se debió a la acción intencionada del transportista.

26 AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. “Curso de derecho del transporte. Transporte

FCL", al momento de la entrega no tiene signos de violación, debe suponerse que cualquier faltante en su interior es de origen.

La carga de la prueba para revertir esa presunción, es del reclamante.

Asimismo, quien recibe un contenedor cerrado y precintado, no sabe lo que tiene adentro. Es razonable que se agregue en el conocimiento la constancia de dice contener ("STC") y que el transportista marítimo la alegue en caso de que el contenido resulte distinto: siempre y cuando haya entregado el bulto intacto, sin señales de violación y con los precintos tal como salieron de origen. No debería ser responsable de variaciones de contenido que deben reputarse como sucedidas antes de empacar o de cerrar el contenedor.

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto.

Así resulta de interés analizar algunos casos que se han dado ante nuestros Tribunales, que han sido resueltos, en forma correcta a nuestros entender, analizando la constancia "FCL/FCL" y la existencia de otras tareas comerciales y logísticas llevadas a cabo por diferentes agentes, en forma previa a que se entregue en el puerto de carga el contenedor cargado, cerrado y precintado al transportista marítimo efectivo.

El caso consistía en un transporte de maquinaria desde Nueva York a Montevideo. La empresa naviera recibió el contenedor cargado, sellado y precintado ("FCL/FCL"), diciendo contener "STC" tres máquinas, en el puerto de Nueva York para su traslado a Montevideo.

El contenedor llegó a Montevideo en perfectas condiciones, con los mismos números de precinto que figuraban en el conocimiento de embarque. Al momento en que se apertura el contenedor, faltaba una de las máquinas.

El importador Uruguayo inició una demanda por incumplimiento de contratos de transporte marítimo contra todos los transportistas involucrados en la operativa (efectivos y contractuales).

La defensa legal de la empresa naviera fue argumentar que de acuerdo a lo que surge de toda la documentación, así como de la operativa comercial y logística llevada adelante, el faltante y/o avería se dio en la etapa de consolidación de la carga, antes de cerrar y precintar el contenedor, por ende, antes de que fuera entregado a la naviera, cargado, sellado y precintado, a efectos de cumplir con el transporte marítimo pactado puerto a puerto y "FCL/FCL" con la constancia "STC".

Finalmente la sentencia, analizando las constancias "FCL/FCL" y "STC", así como la operativa comercial y logística llevada adelante (transporte terrestre previo, consolidación de la carga fuera del control del transportista marítimo efectivo, etc.), concluyó que el faltante se había producido en la etapa previa (de consolidación de la carga) antes que el transportista marítimo efectivo recibiera el contenedor cargado, cerrado y precintado

en el puerto de Nueva York para su transporte marítimo hasta Uruguay²⁷.

Dicha sentencia fue confirmada en segunda instancia por sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno N° 60/2014 del 9 de abril de 2014, siguiendo el mismo razonamiento y análisis²⁸, aplicando además la inversión de carga de la prueba del faltante, el que se presume en origen por ser un transporte “FCL/FCL”, a cargo del reclamante.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial al respecto no parece ser unitario.

27 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13° Turno N° 08/2013 del 26 de febrero de 2013:

“...La sentenciante comparte totalmente el análisis, el razonamiento y la conclusión a la que arriba el representante de MSC al formular el alegato de bien probado, en especial cuando dice que del documento de fs. 13 (conocimiento de embarque terrestre) no surge que el transportista terrestre C TNG LONG – SCA haya recibido el contenedor cerrado, sellado, consolidado y precintado, sino que recibió mercadería para trasladarla a BEDFORD PARK con destino final Chicago, conjuntamente con un precinto cuya numeración es la mencionada.

Es dable suponer, atento a la falta de claridad y la inconsistencia de las afirmaciones efectuadas en la demanda, que la consolidación de la mercadería, el cierre del contenedor y el precintado, se hubieran realizado en Chicago, antes del tramo terrestre Chicago – Nueva York, pues se reitera, del documento de fs. 13, no surge la afirmación de la actora (...)

No surge claro pues y por lo tanto no quedó probado, ni cuándo ni quien procedió a la consolidación, cierre y precintado del contenedor que contenía la maquinaria adquirida por la actora, y el haberlo acreditado era sin duda una carga de la demandada, pero no puede perderse de vista que UTI URUGUAY S.A. fue la que se obligó a transportar la maquinaria desde Worthington – Iowa hasta Montevideo y que por lo tanto el tramo terrestre desde esa ciudad hasta el puerto de Nueva York, lugar en que fue embarcada en el buque de MSC ALABAMA, quedó bajo su responsabilidad (...)

En cuanto al transportista marítimo efectivo (...) tampoco puede imputársele responsabilidad alguna.

Así, de fs. 37 (cuyo original obra a fs. 70 y su traducción de fs. 71 a 93), obra el conocimiento de embarque emitido por la empresa, del que consta como embarcador OCEAN WORLD LINES INC. Chicago y como consignatario: ATLANTIC LOGISTICS Montevideo, Uruguay. Surge también que MSC recibió de OCEAN WORLD LINES INC. un contenedor CAXU 490685-1, precintado con el N° 16479077, consta la mercadería que dice contener y la cláusula FCL/FCL.

El documento fue analizado en profundidad por el testigo (...), el que aclaró que dentro de las condiciones que se pactó el transporte, se encuentra la cláusula FCL/FCL que significa “que el embarcador quien figura como shipper, entrega al transportista un contenedor cerrado y precintado. Cuando el transportista recibe el contenedor, éste está cerrado y precintado por el embarcador o por quien este haya delegado esta función” y más adelante explicó que la cláusula STC significa “said to contain” que quiere decir que “dice contener” porque “el transportista no tiene medios o forma de verificar que lo que se declara por parte del embarcador es exactamente lo que hay dentro del contenedor (fs. 295) (...)

Atento a lo que viene de analizarse, la sentenciante solamente puede concluir que el hecho ocurrió en el tramo de transporte vía terrestre, por lo que comparte plenamente las conclusiones del representante de MSC cuando dice en su alegato de bien probado: “...en todo caso, si existió algún tipo de maniobra a efectos de apertura del contenedor para el hurto o extracción de las tres máquinas propiedad de la actora, fue al momento del consolidado del contenedor, por quien efectuó las tareas necesarias, para luego, cumplido el transporte terrestre por parte de un camionero o entrega de un transporte terrestre contratado a los efectos hasta el puerto de Nueva York, entregó a MSC un contenedor cerrado, sellado y precintado para su transporte marítimo...”.

28 Refiere la citada sentencia:

“...entregó el contenedor en las mismas condiciones en que lo recibió, no pudiendo indagar el contenido del mismo porque se pactó FCL/FCL y STC, esto es, al estar sellado y precintado el contenedor el transportista no tenía modo de saber que contenía por lo que hubo de estar a lo que le dijera el cargador OWL.

Se pactó FCL/FCL esto quiere decir “full container load” o, en español, contenedor totalmente cargado. Significa que el transportador y sus empleados reciben el contenedor en el puerto de carga ya llenado o cargado con mercadería.

Y también se pactó “STC” o “said to contain” que traducido al español significa dice contener. Ello implica que el transportista no verificó la carga (por haberle llegado el contenedor lleno y precintado) sino que estuvo a lo que el shipper OWL le dijo. Por tal motivo, ante la razonable posibilidad de control, existe mérito para que esta cláusula pueda ser válida sin afectar la negociación al amparo del Artículo 3.8 de la Convención de Bruselas de 1924. No se trata de una cláusula impuesta o pre impresa en un formulario sino que fue estipulada mientras se detallaba la mercadería que el shipper decía había en el contenedor (...)

Como expresaba la Sala en fallo (N° 367/2011) que al entregársele a la citada un contenedor consolidado y precintado, ésta sólo sabe las condiciones en que se encuentra el contenedor, más no sabe (ni tiene cómo saberlo legalmente) que hay dentro del contenedor que transporta (...) si un contenedor es recibido FCL/FCL no tiene signos de violación y llega con los precintos de origen intactos, debe suponerse que cualquier faltante en su interior es de origen.

La carga de la prueba para revertir esta presunción es del reclamante...”

En un caso también de transporte marítimo “FCL/FCL” y “STC” en el que la empresa naviera recibió en el puerto de Everglades, Florida, Miami, un contenedor cargado, cerrado y precintado diciendo contenedor determinados bultos con cámaras de fotos y que, al llegar a destino en Uruguay (estando el contenedor en perfectas condiciones y con los mismos números de precinto de origen), se constató que tenía en su interior dos pallets estibados con cincuenta y seis bolsas de cemento cada uno, se condenó a la naviera, entendiéndose que le cabía responsabilidad como transportista efectiva.

En dicha sentencia, pese a la existencia de estas cláusulas que estamos analizando, la Jueza actuante hizo primar, en forma equivocada a nuestro entender, los conceptos tan arraigados en nuestra jurisprudencia nacional, de obligación de resultado y de solidaridad e indivisibilidad de la obligación del transportista marítimo²⁹.

Dicha sentencia fue apelada y confirmada en segunda instancia³⁰.

El criterio de la sentencia de segunda instancia es similar al de la sentencia de primera instancia y, además, argumentó que se hacía lugar a la acción de regreso de la naviera contra el cargador, pese a que estaban los elementos legales y de prueba para deslindar responsabilidades y condenar exclusivamente al co-demandado que actuó como cargador.

En definitiva, la prueba de integridad del precinto no puede asimilarse a una prueba propiamente liberatoria. Sino que esa prueba (entrega del contenedor con el mismo precinto que figura en el conocimiento de embarque como precinto de origen), produce el efecto de obligar al cargador a demostrar la realidad de lo afirmado en el conocimiento de embarque en cuanto a la cantidad y calidad de la mercadería y que el daño se produjo durante el período que la mercadería estuvo bajo la custodia del transportista (nexo causal).

Luego, si el cargador logra esa prueba (posible en cuanto pudo haber sustracción o avería sin rotura del precinto), entonces vuelve al campo del transportista la carga de la prueba (liberatoria o exonerativa) dado que pueden haber circunstancias que lo exoneren de responsabilidad, conforme al Artículo 168 del Código de Comercio.

La condición de integridad del precinto es un elemento esencial para considerar adecuadamente la prueba y no puede afirmarse sin más que los precintos no son una garantía de inviolabilidad del contenedor; será el cargador quién tendrá la carga de probar que cargó lo que dijo y que a pesar de la integridad del precinto, el contenedor fue violado. Por lo que la integridad del precinto sigue produciendo un efecto fundamental sobre la prueba.

Parece acertada esta diferenciación que hace jugar la carga de la prueba a cargo del reclamante con los eximentes de responsabilidad factibles de ser alegados por el transportista marítimo efectivo.

29 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno N° 24/2014 del 3 de abril de 2014.

30 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno N° 3/2015 del 18 de febrero de 2015.

Pero como vimos no hay ni normas específicas en nuestro derecho ni criterios jurisprudenciales uniformes, lo que genera, sin duda, cierta incertidumbre para las navieras frente a este tipo de reclamos, teniéndose presente que la mayoría de los transportes de carga por contenedores se efectúan bajo esta modalidad.

Finalmente, cabe referir, a la responsabilidad por embalaje defectuoso.

El embalaje incumbe siempre al expedidor (cualquier sea la condición de transporte pactada), que debe proporcionar la mercadería un acondicionamiento apto para soportar las condiciones de un transporte efectuado en condiciones normales.

Tampoco responde el transportista por mal arrumaje de la mercancía cuando se trata de condiciones "FCL/FCL".

Esto resulta importante, en casos en que la mercadería necesita ventilación o, también, para casos de estiba de mercadería dentro del contenedor en determinadas condiciones (estiba de cajas de leche que no pueden ser apiladas en más de ocho por un tema de peso, etc.). Esto debido a que muchas veces la pérdida de la carga no se produce por lo que puede ser un vicio propio, ni por la naturaleza de la mercancía, ni por el empaquetado, sino por el arrumaje inadecuado dentro del contenedor.

Ello puede generar por sí daños a la carga o que la misma no soporte los movimientos naturales a los que será sometida en un transporte marítimo por contenedores en un buque de ultramar (estiba, desestiba, aceleraciones, movimientos del buque, etc.).

Así parece claro que la causa del daño sería responsabilidad del cargador que fue quién tuvo la tarea de arrumaje o consolidación de la carga dentro del contenedor a su cargo³¹.

2.3.3. El estado y condición del contenedor.

El transportista marítimo, como especialista en la materia, tiene el deber de corroborar que el contenedor utilizado y cargado revista las condiciones necesarias como para soportar un viaje por mar, especialmente cuando él es quien provee del contenedor al cargador.

Si el contenedor es proveído por el cargador, debe presumirse, salvo mal estado notorio, que el cargador previó la posibilidad de que el mismo sea transportado sobre cubierta y para ello aplicar toda la diligencia necesaria para asegurarse de que se encuentre en condiciones de soportar las inclemencias de un viaje por mar.

Cuando el contenedor no es proporcionado por el transportista, a éste no puede exigírsele más que una revisión razonable de su estado; no puede exigírsele la constatación de defectos o desperfectos que un profesional de diligencia media no pudiera descubrir.

31 Este criterio fue el establecido en un caso publicado en La Justicia Uruguaya. Caso 10.930. En www.lju.com.uy

Por tanto, cuando el transportista que recibe un contenedor en condiciones “FCL/FCL” declara haber recibido la mercadería en perfecto estado (entendiéndose esta como el contenedor) se supone que realizó una revisión adecuada del mismo.

Pero esta revisión debe ser la de un “buen hombre de negocios” y no puede exigírsele más que este concepto.

Debiéndose tener presente que el Artículo 1082 del Código de Comercio establece que no se podrá cargar mercadería cuya avería, merma o mal estado de acondicionamiento sea visible, sin hacer expresa mención en los recibos o conocimientos.

Así, en la situación de que sea el transportista quien proporciona el contenedor, debe exigírsele una mayor revisión que la que pueda realizarse por su exterior.

Mientras que si el contenedor es proporcionado por el cargador, el transportista sólo podrá exigírsele que cuide no recibirlo si “el estado de acondicionamiento” es visible “en cuanto puede juzgarse por su exterior”.

Por otro lado, el transportista tiene el deber de ubicar el contenedor de la forma más conveniente y segura, de conformidad con la mercadería que contiene o dice contener.

Sin embargo, si la mercadería es de una naturaleza tal que requiera una ubicación particular o condiciones especiales, como puede ser un contenedor especial, ello debe ser solicitado por el cargador.

El Artículo 1080 del Código de Comercio³², corresponde se aplique a la carga de contenedores sobre cubierta.

En este punto, sobre el estado y/o condición del contenedor, debemos mencionar que existen situaciones de daños a la carga transportada por mojadura, por daños en la estructura de los contenedores (como puede ser un pequeño agujero por herrumbre en el techo del contenedor) por el que ingresó agua que finalmente dañó la carga.

En este tipo de casos, sin perjuicio de lo dicho sobre las responsabilidades en los controles del estado del contenedor, juegan un papel vital los **Documentos de Intercambio de Equipos** (EIR por sus siglas en inglés) que se emiten cuando el contenedor pasa de un agente a otro.

Por ejemplo, al momento de la descarga del contenedor desde el buque de transportista, de acuerdo a la práctica de nuestro puerto, el operador portuario correspondiente, Montecon S.A. o TCP en su caso, operan los buques y descargan los contenedores. Por lo que es la práctica, si se constatan daños en el contenedor a la descarga, diferencia de precinto, o algún otro tipo de anomalía, se emite el correspondiente Documento de Intercambio de Equipo en el que se deja constancia de esos daños. Si la descarga es sin observaciones, no se emite documento alguno.

32 “Responde igualmente de todos los daños que sobrevengan a las mercancías que, sin consentimiento por escrito del cargador, haya dejado sobre cubierta. Exceptúese la navegación de cabotaje menor, o dentro de los ríos, y aquella que fuere de uso cargar sobre cubierta”.

Luego, el contenedor queda depositado en la playa de contenedores de cualquiera de estos operadores, para finalmente ser retirado lleno desde el puerto de Montevideo por el importador final o consignatario. En esa oportunidad se emite otro Documento de Intercambio de Equipo, en todos los casos, en que se deja constancia del contenedor que se entrega, quien lo retira, del número de precinto y de las condiciones en que se entrega. Estos documentos tienen el dibujo del contenedor, por todos sus lados y un extenso casillero a efectos de señalar rápidamente los daños que pueda tener la unidad, además de un lugar para efectuar otras observaciones.

Es común en la práctica operativa que se de el caso que no exista Documento de Intercambio de Equipo a la descarga y luego cuando se entrega lleno al consignatario, aparezcan daños en la estructura del contenedor, como ser un agujero en el techo, de los que se dejan constancia en el Documento de Intercambio de Equipo de entrega lleno al importador.

En virtud de esto, luego se reclama al transportista marítimo por avería por mojadura.

En estos casos, si bien el importador demandará judicialmente al transportista marítimo, muy seguramente termine involucrado en el juicio (mediante una citación en garantía de acuerdo al Artículo 51 del Código General del Proceso) la terminal portuaria que operó el contenedor a la descarga del buque y que posteriormente quedó en depósito en su terminal dentro del puerto de Montevideo.

También hay reclamos judiciales en que si bien los Documentos de Intercambio de Equipo (no había a la descarga del buque) y el de entrega lleno al importador se encontraba “limpio” y sin observaciones, al momento que el contenedor se apertura en el depósito del importador, fuera del puerto de Montevideo, se constata la carga mojada y la existencia de un agujero en el techo.

Evidentemente son casos en que habrá que probar las condiciones del contenedor, lo que no siempre resulta sencillo. Allí toma trascendencia el valor de los Documentos de Intercambio de Equipo.

Pero no dejan de ser procesos judiciales complicados y de difícil prueba.

A modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 21° Turno N° 38/2012 del 12 de septiembre de 2012, dio valor cierto a un Documento de Intercambio de Equipo, firmado por el importador, que se encontraba limpio (sin observaciones), diciendo que allí terminan las obligaciones del transportista marítimo, por configurarse la entrega al consignatario.

Y que, además, había confesado en juicio que constató el daño en el contenedor al momento de la desconsolidación de la carga en su depósito fuera del puerto de Montevideo, es decir, en un momento posterior en el tiempo a que se configuró la entrega, suscribiendo el Documento de Intercambio de Equipo de conformidad³³.

33 Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 21° Turno N° 38/2012 del 12 de septiembre de 2012: “...Pues bien, es la propia actora quien afirma -en contra de su interés- (Artículo 153 del C.G.P.) que el daño del contenedor referido

Compartimos el criterio establecido en la sentencia referida.

Lógicamente en la práctica resultan de importancia estos documentos así como lo que surge de ellos, por lo que implica la operativa del transporte marítimo, el traspaso de la custodia de la carga de un agente a otro, etc.

Esta sentencia recogió perfectamente lo que es la realidad de nuestro puerto, dándole el valor probatorio necesario a dichos documentos de intercambio de equipo.

Dicha sentencia fue revocada en segunda instancia por sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16° Turno N° 16/2013 del 8 de abril de 2013; no otorgándosele valor probatorio a lo que surgía de los Documentos de Intercambio de Equipo, estándose al tan impuesto concepto en nuestra jurisprudencia de obligación de resultado.

2.4. El contrato de transporte marítimo. Régimen general aplicable al transporte por contenedores.

2.4.1. Concepto. El conocimiento de embarque y las cláusulas al dorso.

Venimos de ver las particularidades del contrato de transporte marítimo por contenedores, en cuanto a la forma y régimen propio en cuanto a cómo “se lleva la mercadería”.

Sin embargo, dicho transporte marítimo, se integra, de alguna manera, al contrato de transporte marítimo de carga general (diferente al contrato de fletamento) como concepto más amplio.

Podemos definirlo como el contrato en el cual un sujeto (el transportador) asume la obligación de llevar mercadería que le entrega otro sujeto (el expedidor o cargador) de un lugar a otro determinado.

Implica ciertas obligaciones intermedias de recibir la mercadería, cargarla, estibarla, cuidarla, desestibarla y descargarla en destino. Implica sobre todo la obligación de **resultado final de entregarla** a un destinatario (el consignatario o receptor) en el mismo estado y condición en que se recibió³⁴.

Las partes del contrato (cargador y transportista, según veremos) se valen de un documento llamado conocimiento de embarque, que ha sido definido como el documento a través del cual, sin perjuicio de sus restantes funciones, se instrumenta el contrato de transporte de mercaderías por agua³⁵.

Hay que tener cuidado de no caer en el error de confundir el contrato de transporte

se constata en ocasión de procederse a la des consolidación (...) en el depósito del asegurado. Resulta clave el análisis de fs. 99-100: allí -que es precisamente cuando terminan las obligaciones del transportista por entrega al consignatario, el 21.03.07- no luce observación alguna y el transportista de TAINOL S.A. (asegurada) firma de conformidad sin hacer ningún reparo, pese a que el formulario de fs. 99 posee casilleros múltiples para así señalarlo, si lo hubiere...”

34 AGUIRRE RAMIREZ Fernando y FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. Op. Cit. Página 37.

35 MONTIEL Luis Beltrán. “Curso de derecho de la navegación”. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1981. Página 299.

(que es previo, bilateral y consensual) con el conocimiento de embarque (que es un acto unilateral del transportador, necesariamente escrito y posterior al contrato de transporte, por el cual se concreta una título valor representativo de la mercadería).

En el conocimiento de embarque, el transportador asume la obligación literal y autónoma de entregar la carga en el lugar indicado y al portador de ese documento negociable.

Aquí entran en juego temas de importancia como ser que, importante doctrina³⁶, entiende que al tratarse el conocimiento de embarque del documento que instrumenta el contrato y sirve de prueba de las condiciones del mismo, las condiciones/clausulas impresas al dorso serán las condiciones contractuales que regirán las relaciones entre las partes, en especial las relaciones entre el armador y el tercero (en discordia) que es el consignatario de la carga (o la Compañía de Seguros que actúe por subrogación - Artículo 669 del Código de Comercio).

Este aspecto, para la posición de las Compañías de Seguros, implicaría graves consecuencias, dado que significaría oponer esas condiciones a un tercero, **que no participó en la negociación ni consintió las clausulas de dicho conocimiento de embarque**. Apareciendo, además, por parte de los defensores de esta tesis de que estaríamos ante clausulas que no cabría invocar en nuestro país, entro otros fundamentos, por lo dispuesto en la Ley 17.250.

En la tesis contraria, se dice que el consignatario, por el uso del conocimiento de embarque, al presentarse a reclamar la carga, **adhiera** a las condiciones enunciadas en el mismo, por lo que le son oponibles.

En definitiva, esta última tesis, es defendida por el sector armador y rechazado por quienes defienden los intereses de la carga.

De esta forma, se han plateado verdaderas batallas jurisprudenciales, con soluciones

36 MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. Op. Cit. Página 39.

diversas en doctrina³⁷ y jurisprudencia³⁸.

37 Se han expresado sobre la validez de este tipo de cláusulas Jorge Gamarra y Ariosto J. Gonzalez. Este último, en una nota de Jurisprudencia (LJU Caso 15389 Las cláusulas de los conocimientos. Homenaje al Dr. Saúl Mezzera hijo) específicamente en el tema marítimo, expresó:

“... Toda la doctrina y jurisprudencia internacional y la nacional en las sentencias que comentamos, además del Fiscal de Corte y Procurador de la Nación, son contestes en afirmar categóricamente la validez de estas cláusulas de reserva.

En el mismo sentido, pueden consultarse las magistrales enseñanzas de Rodolfo Mezzera, aplicables en el caso y que se mantienen vigentes; el criterio del Prof. Antonio Brunetti, en su Derecho Marítimo italiano, tomo III ps.395/400, que se apoya en la imposibilidad que tiene el capitán en conocer lo que declara el contenedor.

En la misma línea, el maritimista argentino José Domingo Ray, en su obra “Derecho de la Navegación”, t.II ps.301 y 387/446 (...) Cabe traer a colación la opinión del eminente maritimista español Francisco Fariña, recogida en su obra “Derecho Comercial”, en 3 tomos, que no lo pertinente expresa: “... es de jurisprudencia constante que las cláusulas de los conocimientos que tienen por objeto determinar la responsabilidad del transportador y limitar su extensión, son lícitas y que obligan como la ley entre las partes, durante el período de las operaciones desde el momento de hacerse cargo de las mercaderías hasta su entrega (t.II. p.349)...”

En el mismo sentido, José Domingo Ray en su trabajo “Las cláusulas limitativas de Responsabilidad en el Transporte por agua”, publicado en “La Ley”, T.83, Sección Doctrina.

La misma postura sostiene el Prof. Oscar E. Algorta en su trabajo “Validez de las cláusulas de limitación económica de responsabilidad en el transporte marítimo, publicado en el Anuario de Derecho Comercial N° 2 ps.106 y ss.

Concluyo, sin lugar a dudas, que son válidas las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportador, las denominadas cláusulas de reserva (...)

En nada influye que los conocimientos de embarque hayan sido o no firmados por el cargador o consignatario, porque como lo enseñaba Mezzera Álvarez, lo destaca el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, lo recoge la Suprema Corte de Justicia y lo ha publicado el tratadista Gamarra, no se puede admitir fraccionar el documento y estar nada más que las cláusulas favorables al consignatario y desechar las contrarias a su interés...”

38 Así múltiples sentencias se han pronunciado sobre el tema:

-Dra. Liliana Brusales en Sentencia N° 42 del 25 de Octubre del año 2000 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno, dispuso: *“... La jurisprudencia es contundente en lo que se refiere a las cláusulas de reserva, limitativas de responsabilidad, e impresas en el reverso del conocimiento de embarque, son válidas...”*

-Dra. Beatriz Fiorentino (Cita en Sentencia N° 11 del 8 de Octubre del año 1990 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8° Turno, en el caso N°48 de la Revista de Transporte y Seguros N° 4 vol.4 de FCU, págs. 24 y ss.) y el Dr. Raúl Alonso De Marco (Cita en Sentencia N° 753 del 30 de Diciembre del año 1981 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 16° turno, confirmada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, en el caso N°12 de la Revista de Transporte y Seguros N° 2 vol.2 de FCU, págs.13 y ss.): *“... El problema de la validez de las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad contractual y en particular de aquella correspondiente al transportador marítimo es obviamente complejo y no se agota en el plano jurídico pero reducido a ese marco, debe admitirse la validez de dichas cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportador marítimo basándose en el principio de la autonomía de la voluntad y especialmente en la norma del art. 1087 inc.2 del Código de Comercio...”*

-Dr. Juan Pedro Tobía Fernández en la Sentencia N° 12 del 14 de Febrero del año 1991 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5° Turno dijo: *“En principio puede estimarse que las cláusulas limitativas de responsabilidad pueden reputarse como válidas y eficaces según argumentos extensamente desarrollados por doctrina y jurisprudencia...”*

-Dra. María García Gómez en Sentencia N° 28 dictada el 21 de julio de 1995 expresa: *“... Una vez firmado sin objeciones el conocimiento de embarque, el cargador no puede desconocerlo, máxime cuando contra su exhibición han sido pagas las cartas de crédito y se pudiese afectar a terceros de buena fe. Tal situación atentaría contra la seguridad en el comercio internacional, imprescindible en nuestros días. Debe responder por lo tanto por las inexactitudes que el conocimiento pudiese contener, pero que por su omisión, y a su propia cuenta y riesgo, consintió...”*

-Caso en LJU (Tomo 94 – Año 1987) tanto el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno como el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno: *“... las cláusulas o convenios limitativos de responsabilidad son válidos en general, siempre que no violen normas prohibitivas o se vulneren normas de orden público. No hay duda que el transportador contrae legalmente una obligación de resultado, dejando a un lado las estipulaciones liberatorias en caso de dolo o culpa grave del transportador, ya que los pactos liberatorios son lícitos, por no ser contrario al orden público (...) En nuestro derecho, donde no hay preceptiva axiomática sobre este contrato por adhesión, es legítimo emplear las conceptualizaciones que consagran delimitaciones y gradaciones a la naturaleza de la cosa. En efecto, nada más natural que exigir, para que una cláusula contractual regir una relación, que ella sea conocida o que deba ser conocida con una diligencia mínima, pues sin ese conocimiento efectivo o presumible, no puede haber concurso real de voluntades. Nada más natural, asimismo que exigir que la consagración de limitaciones de responsabilidad se haga de manera específica aprobada. Y finalmente, nada más natural que entender disminuido el arbitrio cuando opera una imposición derivada de un desnivel de fuerzas que introduzca la incidencia de un verdadero estado de necesidad. De acuerdo con lo dicho, resulta que las cláusulas limitativas de responsabilidad son lícitas y que en los contratos por adhesión dicha cláusula hubo de ser conocida o debió ser conocida por la parte a quien se opone. Las partes contratantes pueden regular la responsabilidad que las liga, sea aumentándola como disminuyéndola, y hasta excluyéndola, siempre que con ello no se violen normas prohibitivas o se vulneren normas de interés público. En general las*

Y muchas veces, se invocan en temas arto discutible como pueden ser los días de travesía por parte de las navieras, en juicios por daños por “**demora**” en la entrega en destino de la carga.

En efecto, en un juicio en que un importador de turrónes reclamo a la línea naviera porque su carga arribó pasada la Navidad y el Año Nuevo, fuera del tiempo estimado de travesía informado por la línea marítima (ETA) y pese a las cláusulas del conocimiento de embarque que referían a este tema³⁹, se condenó al transportista marítimo a abonar al

partes están habilitadas para regular su responsabilidad conforme a las normas establecidas en los arts.1261 y siguientes del Código Civil, quedando obligados a los convenido cual si fuera “una ley” a la que necesariamente deben someterse.”

-El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno integrado por Burella, Alonso de Marco, Galagorri Paz y Catalurda en LJU Caso 10.520 y LJU Caso 10.301 sostuvieron: “...las cláusulas limitativas de responsabilidad del transportador marítimo son absolutamente válidas, por ser pactadas libremente por personas capaces, dentro de las limitaciones del derecho positivo. Tales cláusulas no son inválidas por formar parte de un contrato de adhesión, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad libremente expresada y por no contrariar al orden público (en nuestro derecho no existe disposición legal alguna que les niegue validez). Incluso se ha sostenido con buen criterio, que hasta las cláusulas de irresponsabilidad pueden ser válidas, como en un contrato paritario, salvo que violen el principio general de buena fe. El límite de la responsabilidad del transportador es conocido y aceptado por el cargador si el conocimiento de embarque está extendido con sujeción a “las condiciones expresadas al dorso” y si fue firmado por el cargador, que declaró expresamente conocerlas. La cláusula limitativa es válida aunque falte la firma en el conocimiento de embarque, porque el contrato de transporte es consensual y de adhesión, puesto que este contrato no deja de ser tal y obliga a los otorgantes como la ley misma, la validez del consentimiento no puede ponerse en tela de juicio mientras no se prueba la existencia de violencia y la presión económica o social carezca de tales características. No es posible que quien libremente ha dado su consentimiento a un contrato y lo introduce en juicio de defensa de sus derechos, pretenda luego desconocer alguna de sus cláusulas. El conocimiento instrumenta las condiciones de un contrato de adhesión en formulario, que el cargador no puede alegar ignorar, que surge de la propia concertación del transporte, aunque en la práctica se le entregue después, porque pudo consultarlo antes en la Compañía y enterarse de las condiciones generalmente impresas al dorso, y cabe estimar que la celebración del contrato resultó conveniente para el cargador, a pesar de las cláusulas limitativas estipuladas...”.

-El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8º Turno, según Sentencia Nº 356 del 14 de Diciembre de 1993, entendió que: “...no debe dejar de sostenerse la validez del contrato en su conjunto, incluyendo aquellos que surge de las cláusulas impresas al dorso del conocimiento de embarque. Las cláusulas impresas son válidas porque aplican una práctica generalizada, que las partes consienten libremente al suscribirlas y además por porque no se ha invocado, en la especie, un vicio de consentimiento, fundándose en que, el propio art.1087 inc.2 del Código de Comercio, admite la convención expresa de las partes, que exonera de responsabilidad sin limitación alguna al respecto...”.

39 Los conocimientos de embarque muy generalmente prevén cláusulas que establecen:

“...Las listas de posición de la línea del transportador, listas de salida y demás avisos serán impartidos sin ninguna garantía y no se aceptará ninguna reclamación por ningún cambio en las fechas ni aún en el caso de la no salida del buque por cualquier causa que sea. El transportador tendrá derecho a modificar las fechas de salida y arribo, sin notificación alguna.

El transportador no se compromete a que las mercaderías arriben al Puerto de descarga o lugar de entrega en cualquier momento en particular o de cumplir con cualquier mercado o uso particular y el transportador, bajo ninguna circunstancia será responsable de pérdidas o daños directos, indirectos o consecuenciales debido a la demora o a cualquier otra causa, por la razón que sea...”

SUSTITUCIÓN DEL BUQUE, MEDIANTE TRANSPORTE, TRANSBORDO Y ENVÍO: Ya sea que esté expresamente arreglado de antemano o de otro modo, el Transportador tendrá la libertad de llevar a cabo el transporte en forma total o parcialmente mediante el mencionado buque u otro buque o buques, ya sean pertenecientes al transportador o a terceros o por otro medio de transporte, procediendo ya sea directa como indirectamente a dicho puerto y el transporte de mercaderías o parte de las mismas, más allá de su puerto de destino y el trasbordo, puesta en tierra o almacenaje de las mercaderías, ya sea en tierra o a flote y el reembarque y el envío de las mercaderías, correrán bajo el gasto del Transportador, aunque bajo el riesgo del comerciante. 6. EL ALCANCE DEL VIAJE: El viaje acordado en el presente incluirá los puertos de escala usuales o comunes o publicados, ya sea nombrados en este contrato o no, también los puertos en o fuera de la zona geográficas publicadas, ruta de orden usual o regular, aunque procediendo de los mismos, los buques podrán navegar más allá del puerto de descarga o en una dirección contraria al mismo, o partir de la ruta directa o de costumbre o en una dirección contraria a ella. El buque podrá hacer escala en cualquier puerto a los efectos del viaje corriente o de un viaje subsiguiente. El buque podrá omitir hacer escalas en cualquier puerto o puertos, ya sea que estén programados o no, y podrá hacer escalas en el mismo puerto, más de una vez, ya sea con o sin las mercaderías y antes o después de proceder hacia el puerto de descarga, ajustar los compases, llegar a dique seco, ir en viaje o a diques de reparación, astilleros para recambio, experimentar el desgasificado, el limpiado u otras medidas, cargar combustible o provisiones, dejar en tierra a los polizones, permanecer en el puerto, navegar sin los prácticos, remolcar y ser remolcado y salvar o intentar salvar la vida o la propiedad y todo lo que antecede quedará incluido en el contrato de viaje. Al buque nunca se le solicitará viajar a un lugar donde no pueda llegar seguro y mantenerse siempre a flote. 9. FECHA DE PARTIDA Y ARRIBO, DEMORAS Y PÉRDIDAS CONSECUENCIALES: Las listas de posición de la línea de Transportador, listas de salida y demás avisos serán impartidos sin ninguna garantía y no se aceptará ninguna reclamación por ningún cambio en las fechas

importador el lucro cesante por no haber podido colocar la mercadería en la época del año prevista y al precio que allí hubiera obtenido, en el caso de que el contenedor con turrónes hubiera llegado en el tiempo de travesía informado⁴⁰.

En otro juicio en el que se transportaban cueros vacunos que arribaron a destino en mal estado, el importador inició una demanda reclamando por los daños generados (daño emergente y lucro cesante), alegando que se incumplió el contrato de transporte por haberse entregada la carga fuera de los días de travesía estimados y que esa circunstancia (cambios de ruta, cancelación de escalas, demoras en el tráfico) fue la causa de la putrefacción de los cueros.

La sentencia de primera instancia⁴¹, confirmada en segunda instancia, amparó la demanda refiriendo a que el viaje marítimo tuvo una extensión temporal mayor a la estimada por la línea y que la normal, según las diferentes ofertas de las transportadoras comerciantes y de la propia demandada que ofrecía la travesía en 26 días, debido a que el contenedor sufrió varios trasbordos durante el trayecto del transporte según las decisiones adoptadas por la demandada, incurriendo en incumplimiento del plazo estipulado

Concluye diciendo que la causa del daño sufrido por la mercadería se puede conectar con inclemencias climáticas a las que estuvo expuesto el contenedor durante el trayecto del transporte que insumió más tiempo del previsto, lo que deja en evidencia descuidado manejo de la carga, lo que provocó su recepción en mal estado.

2.4.2. Los principales caracteres del contrato de transporte marítimo.

Haremos referencia a las condiciones más relevantes del contrato de transporte marítimo. Se trata de un contrato bilateral, de ejecución única, oneroso y comercial, de adhesión.

Es bilateral o sinalagmático porque genera derechos y obligaciones para ambas partes. El porteador se obliga a transportar la cosa y entregarla en destino en el mismo estado y condición en que la recibió. El cargador o expedidor a pagar el flete. Dependiendo de las modalidades de la compraventa que normalmente acompañan al transporte, el comprador, que a su vez es el destinatario en el contrato de transporte, será parte de éste o un tercero beneficiario del mismo.

Lo habitual es que el destinatario no sea parte en el contrato de transporte, sino que sea el propio expedidor (que es el vendedor exportador) que vende a distancia (en las condiciones que sean), quien contrate el transporte de las mercaderías al lugar de destino, como forma de cumplimiento de su obligación con el comprador – importador, que

ni aún en el caso de la no salida del buque por cualquier causa que sea. El Transportador tendrá derecho a modificar las fechas de salida y arribo, sin notificación alguna. El Transportador no se compromete a que las mercaderías arriben al Puerto de Descarga o Lugar de Entrega en cualquier momento en particular o de cumplir con cualquier mercado o uso en particular y el Transportador, bajo ninguna circunstancia, será responsable de pérdidas o daños directos, indirectos o consecuenciales debido a la demora o a cualquier otra causa, por la razón que sea."

40 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno N° 1/2013 del 1 de febrero de 2013, confirmada por sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno N° 171/2013 del 1 de noviembre de 2013.

41 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° Turno N° 56/2009 del 16 de octubre de 2009, confirmada por sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno N° 123/2010 del 9 de junio de 2010.

será además destinatario en el transporte.

Esta característica, trilateral, más que bilateral del contrato de transporte, le da particularidades únicas, surgen así los problemas doctrinarios y jurisprudenciales que referimos anteriormente sobre el valor que puedan tener las estipulaciones que haya pactado el cargador en origen, para con el destinatario que no intervino en la negociación, pero tiene derecho sobre la carga.

Respecto de que es un contrato de ejecución única, lo que toma importancia es que implica una **obligación de resultado única** que es el traslado de la carga de un lugar a otro, el resultado se agota en un acto único que es la entrega de la carga.

En los contratos de ejecución continuada, a diferencia del contrato de transporte, la duración es cualidad del cumplimiento y efecto querido por las partes⁴².

También bajo el derecho Uruguayo se generan grandes dificultades a efectos de determinar el concepto de “lugar de cumplimiento”.

El criterio pacíficamente aceptado sostiene que se debe estar al acto final de cumplimiento del contrato, a su ejecución final, es decir la entrega de la cosa.

En definitiva, lugar de cumplimiento, refiere a la obligación principal, final, típica, de entregar la carga en el lugar y tiempo pactado y en las mismas condiciones en que se recibió del expedidor.

Volveremos específicamente sobre este aspecto.

2.4.3. Naturaleza jurídica.

Se ha planteado si el contrato de transporte puede ser calificado dentro de otras categorías jurídicas (arrendamiento de obra) o si debe considerarse una figura autónoma o sui generis⁴³.

Al respecto, se refiere a que si bien el transporte implica una obligación de hacer (recibir la carga, conducirla, cuidarla, entregarla) que tiene por finalidad alcanzar un resultado (la entrega al destinatario o consignatario, en mismo estado y condición en que la recibió), en el arrendamiento de obra la materia misma del contrato es la cosa en sí.

Sin embargo, en el contrato de transporte la cosa en sí permanece invariable, la actividad recae en el traslado de la cosa⁴⁴.

Otra posición sobre la naturaleza jurídica dice que el contrato de transporte puede haber logrado calidad de figura contractual independiente, pero que no se podrá desentrañar su sentido si no se parte de la base que se trata de un subtipo evolucionado a

42 OPERTTI Didier. “Transporte Internacional Terrestre de Mercaderías. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939-40”. Revista Uruguaya de Derecho Internacional. Tomo 1. 1972. Página 262.

43 AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. Op. Cit. Página 49.

44 OPERTTI Didier. Op. Cit. Página 251.

partir de la “*locatio operis*” del derecho latino.

Es decir, una especie del género arrendamiento de obra, pero con una naturaleza, finalidad y características propias, un contrato “*sui generis*”, en definitiva, con características propias⁴⁵.

2.4.4. Partes del contrato de transporte marítimo.

El contrato de transporte se pacta entre dos partes que son un propietario de mercadería y un transportador.

Los sujetos, sin embargo, que intervienen en el transporte son tres y no dos.

Esto, como vimos, por la función del transporte como instrumento al servicio de la compraventa internacional de mercaderías.

Toda la estructura del transporte internacional está pensada para servir a la función mencionada. Existe un vendedor de mercaderías que actuará como cargador y un comprador de mercaderías que será el consignatario.

Serían entonces dos partes que celebran un contrato en un lugar (origen) y un tercero que recibe la mercadería (en destino).

Podemos definir al porteador o transportista, como el sujeto pasivo de la obligación típica o caracterizante del contrato, que consisten en trasladar la cosa de un sitio a otro, y entregarlas al destinatario en las mismas condiciones en que las recibió.

Por su parte, el cargador o expedidor, es la persona que contrata con el transportista y le entrega la mercadería para su transporte. Su principal obligación es pagar el precio, si el transporte es a “porte pagado”, si es a “porte debido”, el precio lo debe el destinatario. Ya dijimos que tendrá otras obligaciones en el caso específico de transporte por contenedores, cuando es el encargado de consolidar la carga, por ejemplo.

Finalmente, el destinatario o consignatario, es la persona a quien debe entregarse la mercadería transportada, tiene el derecho de exigir al porteador la entrega de la mercadería transportada, por el solo hecho de figurar como destinatario en el conocimiento de embarque.

Esta estructura, “**pura**” en apariencia, puede resultar en la práctica mucho más engorrosa, dado que en la misma operativa aparecen diferentes agentes, como ser el vendedor original, pero también un agente de cargas que luego figura como cargador en un segundo conocimiento de embarque (generalmente subcontratando el flete marítimo) y otro agente de carga en destino que figura como consignatario en ese segundo conocimiento de embarque.

Habrà un conocimiento de embarque “madre”, que refleje la operativa de un vende-

45 FERNÁNDEZ Raymundo GÓMEZ Osvaldo. “Tratado de derecho Comercial”. Buenos Aires. Edición Depalma. 1991. Página 378.

dor en origen y un comprador en destino, expedido por un agente que no tiene medios propios de transporte, subcontratando un transportista marítimo efectivo (que emitirá un segundo conocimiento de embarque que refleje su participación en el caso).

Toman así relevancia los denominados “**freight forwarders**”, como empresas transportadoras que expiden conocimientos de embarque a nombre propio.

Son operadores multimodales que median entre la oferta y la demanda de fletes, alquilando slots. Dicho termino refiere a la fila de contenedores o a la fila de estructura del buque donde van ajustados los contenedores. Cada uno de ellos puede contratar el uso de filas (slots) de diez, cincuenta o cien contenedores, en barcos que tienen capacidad para más de dos mil “damn boxes”.

El contrato de uso de slots se conoce como “slot hire” o “slot charter”.

La práctica comercial, ha ido transformando la figura del agente de cargas, que era un agente auxiliar del comercio, en “operador multimodal” u operador NVOCC⁴⁶, que pasa a ser un comerciante a nombre propio que intermedia en la oferta de la carga y bodega y emite conocimientos de embarque como transportador.

La jurisprudencia americana los denomina “**Non Vessel Owner Common Carrier**”, que puede traducirse como “Transportador Común No Propietario de Buque”.

La aparición de estos agentes ha transformado, de cierta manera, lo “lineal” que podía ser el contrato de transporte marítimo a efectos de a quien se debe reclamar en caso de daños a la carga.

Las defensas en juicio de estos agentes consisten básicamente en señalar que aunque se recibió personalmente la carga, emitió un conocimiento de embarque de transporte multimodal o unimodal y admite que dicha carga faltó en destino o existió avería, los daños y perjuicios resultantes serían responsabilidad exclusiva del transportista efectivo.

La jurisprudencia mayoritaria ha entendido que esta defensa no es de recibo, por los principios generales de derecho y por aplicación de las reglas que rigen la actividad de estos operadores.

Doctrina extranjera⁴⁷ dice que no puede caber duda sobre la responsabilidad contractual como acarreador del “freight forwarder” que emite y suscribe un conocimiento de embarque, por aplicación de los principios generales de los contratos y, especialmente, por la definición legal del transportador en la legislación argentina⁴⁸. Es transportador para la legislación argentina a la persona que contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea propietario armador o fletador o quien tenga la disponibilidad del buque, aun en ausencia de norma específica.

46 “Non Vessel Owner Common Carrier”.

47 RADOVICH Jorge. “El Freight Forwarder. Caracterización, obligaciones, responsabilidad por daños o faltantes de mercaderías”. Revista de Transporte y Seguros N° 3. Página 131.

48 Artículo 267 de la Ley de Navegación Argentina.

En nuestra jurisprudencia, también se ha recogido, mayoritariamente, este criterio⁴⁹. Siendo, muy en resumen, el criterio que el transportador contractual es responsable de los transportadores efectivos que subcontrate.

Esto, sumado como veremos al criterio también ampliamente mayoritario de la solidaridad e invisibilidad de la obligación del transportador efectivo y del contractual, lleva a que en la práctica de nuestros Tribunales, los juicios por incumplimiento de contratos de transporte marítimo, sean procesalmente complejos, con varios demandados, respecto de los que se pide la condena solidaria e indivisible, los que a su vez, en sus defensas, plantean citaciones en garantía entre ellos (es decir los propios co-demandados), conforme al Artículo 51 del Código General del Proceso⁵⁰, a efectos de que en el mismo proceso judicial se resuelva la procedencia o no de esas acciones de recupero.

Esta dinámica, que se da en la práctica judicial de nuestro país, por la aceptación mayoritaria del criterio de solidaridad e indivisibilidad de la obligación del transportista marítimo contractual y efectivo, que no compartimos y que como veremos existe reciente jurisprudencia que la rechaza, hace realmente engorrosos este tipo de procesos judiciales.

2.5. Principios rectores en el derecho Uruguayo para el transporte marítimo, en su régimen general del Código de Comercio, aplicable al transporte marítimo por contenedores.

Analizaremos en este capítulo las principales características del régimen legal del transporte marítimo en nuestro derecho, en el régimen del Código de Comercio, totalmente aplicables al transporte marítimo por contenedores.

Estas características legales, así como los criterios que al respecto toman nuestros Tribunales en la resolución de los casos judiciales por daños a la carga, resultan sumamente favorables al sector importador, en detrimento del sector naviero o armador. Lo que favorece, a todas luces, el planteo de reclamos judiciales por parte de los sectores vinculados a la carga.

2.5.1. Período de prescripción de la acción antes de la Ley 19.246.

El plazo para iniciar la acción por daños a la carga, en el Código de Comercio Uruguayo, deriva del Artículo 1022, que establece una prescripción de un año.

No obstante lo anterior, doctrina y jurisprudencia han establecido que en nuestro derecho existen prescripciones extintivas y prescripciones presuntivas.

La jurisprudencia nacional es terminante al establecer que las prescripciones de los Ar-

49 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 18° Turno N° 58 del 20 de diciembre de 1999, confirmada en segunda instancia por Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 114 del 30 de mayo de 2001.

50 “...El demandado, en el plazo para contestar la demanda y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o aquél respecto del cual considera que la controversia es común o a quién la sentencia puede afectar. El emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer y tendrá los mismos derechos, deberes y cargas que el demandado.”

títulos 1022 y 1023 del Código de Comercio son presuntivas⁵¹ o, lo que es lo mismo, que se fundan en una presunción de pago y esto provoca que no funcionen en la práctica⁵².

Asimismo, también se plantean por parte de los armadores otro tipo de defensa en a efectos de alegar la prescripción y/o caducidad de la acción en su contra, conforme al Artículo 1256 y 1257 del Código de Comercio.

Disponía el Artículo 1256 del Código de Comercio: *“Habiendo presunción de que los efectos han sido dañados, robados o disminuidos, el Capitán está obligado, y el consignatario (...) tienen derecho a exigir que sean judicialmente reconocidos, y se haga la estimación de los daños a bordo, antes de la descarga o dentro de las 24 horas de verificada (...) Si los efectos se entregasen sin el referido examen o bajo recibo de que se declare el daño, robo o disminución, los consignatarios tienen derechos a exigir el examen judicial en el término de 48 horas después de la descarga. Pasado este plazo no habrá lugar a reclamación alguna.”*

El Artículo 1257 del Código de Comercio, por su parte, hablaba de inspección dentro de los tres días⁵³. Y el Artículo 175 del Código de Comercio, establece un plazo de 24 horas siguientes al recibo de la mercadería para efectuar la acción de reclamación, estableciendo expresamente que pasado ese término: *“...no tiene lugar a reclamación alguna contra el conductor acerca del estado de los efectos porteados...”*

La doctrina nacional⁵⁴ sostuvo sobre estas normas que se trata de un doble plazo establecido en contra del destinatario de la carga y que si no lograba la inspección judicial dentro del mismo, perdería todos sus derechos.

En posición contraria, se ha señalado que la exigencia de inspección judicial de los Artículos 1256 y 1257 del Código de Comercio, se encuentra derogada tácitamente por la legislación posterior al Código que estableció el control oficial público⁵⁵.

Este criterio es el que ha sostenido mayoritariamente nuestra jurisprudencia esgrimiendo el argumento de que dichas normas han sido derogadas tácitamente. Debido a la interpretación evolutiva frente a una interpretación literal que desconoce la operativa comercial y desconoce las profundas dificultadas prácticas que conlleva su aplicación⁵⁶.

Por tal razón se aceptan otros medios que se reputan fehacientes para comprobar la avería o el faltante y que se entiende ofrecen las mismas garantías a todos los interesados⁵⁷; con el objetivo de acompasar la anacrónica Ley comercial con los actuales usos y

51 Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 18° Turno N° 1505/1999 del 2 de mayo de 1999, confirmada por Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno N° 2246/99 del 29 de septiembre de 1999.

52 Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 16° Turno N° 1244/2014 del 30 de abril de 2014.

53 Hoy derogados expresamente (1256 y 1257 del Código de Comercio) por el Artículo 8° de la Ley 19.246.

54 MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. “Curso de derecho marítimo”. Tomo II. Montevideo. Acali. 1977. Página 69.

55 VIDAL AMODEO Julio. “Transporte marítimo. Descarga de mercaderías. El reconocimiento judicial del Artículo 1256 del Código de Comercio”. En Revista de Transportes y Seguros N° 1. Página 131.

56 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno N° 324/78 del 12 de septiembre de 1978, confirmada por sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno N° 98/80 del 14 de abril de 1980. A partir de estas sentencias este ha sido el criterio casi uniforme de nuestros Tribunales.

57 Revista de Transportes y Seguros. Año 13. N° 13. Caso N° 242. Página. 38.

práctica comercial.

El resultado de lo anterior es que el plazo de prescripción (extintivo) de los reclamos marítimos era el general de los créditos personales, veinte (20) años.

En este punto, cabe mencionar, como referiremos, que la Ley N° 19.246, promulgada por el Poder Ejecutivo del Uruguay el 15 de agosto de 2014 y publicada en el Diario Oficial el 5 de septiembre de 2014⁵⁸, modificó el plazo de prescripción.

En efecto, el Artículo 3° de la Ley elimina la prescripción presuntiva y establece un nuevo plazo de prescripción de dos (2) años desde la fecha en que la mercadería fue entregada o debió ser entregada en caso de faltante.

También se reduce a dos (2) años el plazo de prescripción para otros reclamos de derecho marítimo o derivados de la navegación o servicios auxiliares de la misma (abordaje, asistencia y salvamento, contrato de remolque, hallazgo o rescate de restos náuticos, avería gruesa o común).

También se prevé que la acción de repetición del transportador o del buque contra el cargador, contra operadores subcontratados o contra terceros, podrá ser ejercida aún después de vencido el plazo de dos años, dentro de los seis meses de notificada la demanda que motiva el reclamo o de haber efectuado judicial o extrajudicialmente el pago. Se menciona que el cargador, los operadores subcontratados o los terceros referidos podrán ser citados en garantía en el juicio principal. Asimismo, la acción de repetición del asegurador contra los responsables del siniestro, cuando es demandado por el asegurado, podrá ser ejercida aún después de vencido el plazo de dos años, dentro de los mismos plazos que los previstos para la acción de repetición del transportador.

Sin duda, es un punto por demás acertado haber establecido este nuevo plazo de prescripción, que va en la línea de lo establecido en las principales convenciones internacionales en materia de transporte marítimo.

2.5.2. La obligación de resultado del transportista marítimo.

La ejecución y cumplimiento del contrato de transporte implica una serie de operaciones materiales tendientes a la obtención del resultado final prometido, que es la entrega en destino de la carga en las mismas condiciones en que se recibió (como una obligación de resultado).

Es así que el Artículo 1087 del Código de Comercio refiere a que el Capitán es considerado como un verdadero depositario de la carga y de cualquiera de los efectos que recibiese a bordo, y está obligado a su guarda, buen arrumaje, conservación, así como a su pronta entrega a la vista de los conocimientos.

El Artículo 1078 del Código de Comercio menciona que responde por los daños que sufra la carga a no ser que provengan de vicio propio de la cosa, fuerza mayor o culpa

⁵⁸ La entrada en vigencia de la presente Ley será a los diez (10) días de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

del cargador, incluyéndose los hurtos o cualesquiera daños cometidos a bordo.

Esta obligación se extiende a propietarios, armadores y transportistas marítimos por efecto del Artículo 1048 del Código de Comercio, que dice que el dueño o partícipes de un buque, cada uno en proporción a su parte, son civilmente responsables de los hechos del capitán en todo lo relativo al buque o su expedición y que responden igualmente de las indemnizaciones a favor de terceros, a que haya dado lugar la culpa del Capitán en la guarda y conservación de los efectos que recibió a bordo.

Tratándose de responsabilidad contractual y de una responsabilidad grave, que se equipara a la del depositario, el transportador debe la indemnización por el solo hecho de no entregar, sin que sea necesario probar culpa de su parte.

En definitiva, el contrato de transporte impone al transportista la obligación de hacer que consiste en el acarreo, traslado o conducción de una cosa, de un lugar a otro, mientras que la obligación del fletador o cargador, consiste en una obligación de dar⁵⁹.

Según opinión de unánime doctrina y jurisprudencia⁶⁰, el transportista asume una obligación de resultado y no de medios.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado, tiene su relevancia y ha tenido éxito en nuestro país, en la medida que simplifica la distribución del “onus probandi” de las partes.

Sin embargo, existe una corriente doctrinaria que cuestiona la existencia de fundamento legal en obligaciones de medio y de resultado⁶¹.

Dice la doctrina⁶² que cuando la responsabilidad está fundada en la culpa del deudor, el obligado siempre se salva de responder demostrando su comportamiento diligente, esto es, ausencia de culpa.

Dentro de la responsabilidad subjetiva, en las obligaciones de medios no hay incumplimiento sin culpa. En las de resultado podría exonerarse de responsabilidad demostrando que se conducta fue diligente, sin necesidad de demostrar causa extraña.

Por consiguiente, es responsabilidad subjetiva, cuando el deudor se libera por ausencia de culpa o no pueda ser considerado incumplidor si fue diligente. Y es objetiva si la ausencia de culpa, por si sola, no es suficiente para exonerar de responsabilidad.

59 MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. “Curso de Derecho Comercial”. Tomo 3. Acali. 1977. Página 203.

60 MESSINEO Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955. Página 220.

61 CAFFERA Gerardo y MARIÑO Andrés. “Obligaciones de Medio y de Resultado”. ADCU Tomo XXVII. Página 423. Particularmente: “...por tanto, si el 1344 C.C., sujeta al obligado la diligencia del buen padre de familia y no existe norma que imponga diligencia mayor, el cumplimiento se definirá en todo caso por un comportamiento diligente en virtud de la regla de clausura del sistema normativo (artículo 10 Constitución). Por consiguiente, la posibilidad de distinguir dos tipos diferentes de cumplimiento (comportamiento diligente y obtención de un resultado) que genera dos tipos de responsabilidad (objetiva y subjetiva) quedaría cerrada por carencia de normativa positiva...”

62 GAMARRA Jorge. “Responsabilidad Contractual”. Tomo 2. Fundación de Cultura Universitaria. 1997. Página 336.

La obligación del transportista marítimo es de resultado, en definitiva, en la medida que se obliga a llevar determinados bienes o cosas de un lugar a otro, no a emplear todos los medios que razonablemente emplearía un “buen hombre de negocios” o un “buen padre de familia” para el cumplimiento de su fin y por esa razón se le presume negligente.

Es decir, el hecho de que se trate de una obligación de resultados supone que el incumplimiento de la obligación, será analizado según se haya obtenido o no el resultado.

El acreedor sólo debe demostrar que el resultado no se produjo (incumplimiento), pasando al deudor, el transportista marítimo, la prueba de la eximente de responsabilidad⁶³ liberatoria.

La otra pata del problema es definir como se imputa la responsabilidad, una vez constatado el incumplimiento, es decir, si se hace en forma objetiva sin importar el comportamiento o en forma subjetivamente, tomando en cuenta como actuó el deudor.

Pero el hecho de que la obligación sea de resultado es lo que permite que se invierta la carga de la prueba y además que la prueba recaiga sobre la existencia de una causa extraña no imputable (responsabilidad objetiva) o sobre el comportamiento diligente del obligado (responsabilidad subjetiva), es lo que determinará si no encontramos en uno u otro criterio de imputación de responsabilidad.

En definitiva, la obligación del transportista es siempre, por la naturaleza de la obligación, de resultado. El criterio de imputación de responsabilidad, a efectos de nuestra normativa interna, será de responsabilidad objetiva (se deberá probar por parte del transportista marítimo la causa extraña no imputable).

El hecho de que la obligación sea de resultado, no exime al acreedor de la obligación (sea el consignatario o el cargador) de probar la existencia del daño (pérdida o avería, es decir, la falta de entrega en las mismas condiciones en que se recibió la mercadería) y el nexo causal (que el daño se produjo durante el transporte marítimo)⁶⁴, siendo la víctima quién debe aportar la prueba necesaria de la relación causalidad entre el perjuicio y el hecho del ofensor para obtener de él la indemnización total.

De no ser así, como bien señala la doctrina⁶⁵, se confundiría la obligación de resultado con la obligación de garantía; lo que no corresponde, de manera alguna⁶⁶.

2.5.3. Eximentes de responsabilidad.

En principio, cabe decir que no existe ninguna norma expresa que determine la in-

63 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 63.

64 PEIRANO Jorge. “Responsabilidad Extracontractual”. Temis Bogotá. Página 477.

65 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 67.

66 Sentencia del Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno N° 175/96:

“...la obligación de resultado, no debe confundirse con la obligación de garantía en que del comportamiento del sujeto responsable (garante) se prescinde por completo (éste responde a pesar de que no haya culpa de su parte e incluso por caso fortuito y aunque ninguna relación de causalidad exista entre él y la producción del daño)...”

versión del “onus probandi” en contra del deudor, a efectos de acreditar la eximente de responsabilidad.

La inversión, sin embargo, se deduce de la existencia de una obligación de resultado que surge del Artículo 1087 del Código de Comercio (el Capitán está obligado a su guarda, buen arrumaje y conservación, y a su pronta entrega a la vista de los conocimientos).

La imputación de responsabilidad prescinde de la culpa según el Artículo 1078 del Código de Comercio, que refiere a que responde de los daños que sufra la carga, a no ser que provengan de vicio propio de la cosa, fuerza mayor o culpa del cargador.

Al respecto dice la doctrina⁶⁷ que la única duda que se plantea es el inciso 3° del Artículo 1048 del Código de Comercio, que dice que el dueño o los partícipes del buque responden igualmente de las indemnizaciones a favor de tercero a que haya dado lugar la culpa del Capitán en la guarda y conservación de los efectos que recibió a bordo.

Entonces, a diferencia de lo previsto en el Artículo 1078 del Código de Comercio, el armador responde por la culpa del Capitán y si no hay culpa no responde (responsabilidad subjetiva).

Por otro lado, otra doctrina, al analizar la responsabilidad del transportista marítimo, sin referir al Artículo 1048 del Código de Comercio, dice que estamos frente a una obligación de resultado, siendo de cargo del obligado la prueba del eximente, causas extrañas que no le son imputables, citando en apoyo el Artículo 1342 del Código Civil⁶⁸.

Nuestra jurisprudencia se ha inclinado por esta última posición que referimos, prescindiendo del Artículo 1048 inciso 3° del Código de Comercio⁶⁹.

Ahora bien:

El Artículo 168 del Código de Comercio, establece que durante el transporte correrán de cuenta del cargador, no mediante estipulación en contrario, todos los daños que sufrieren los efectos, provenientes de **vicio propio, fuerza mayor o caso fortuito**; previniéndose que la prueba de los hechos incumbe al acarreador.

Se plantea si la eximente hecho del tercero puede ser admitida como causal de exoneración para el transportista marítimo. Cierta jurisprudencia, refiere a que el hecho de un tercero tiene vigencia en todos los casos, pero no en el contrato de transporte. El fundamento sería porque el Artículo 168 del Código de Comercio no la incluye, siendo su enumeración taxativa⁷⁰.

Otra posición doctrinaria, señala que la eximente hecho de un tercero, al igual que el hecho del acreedor o culpa de la víctima, puede alegarse en el transporte de cosas del

67 LORENZO IDIARTE Gonzalo A. Op. Cit. Página 70.

68 MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. “Curso de Derecho Marítimo”. Op. Cit. Página 300.

69 Revista de Transporte y Seguros. N° 7. Caso 104. N° 9. Caso 151. LJU. Tomo 104. Caso 12.046. Tomo 188. Caso 13.547.

70 LJU. Tomo 95. Caso 10.849. Tomo 109. Caso 12.664. ADCU Tomo XVI. Cita 609.

Artículo 168 del Código de Comercio⁷¹.

También cabría incluir dentro de las eximentes de responsabilidad al hecho del cargador.

Claramente, el concepto de nuestra jurisprudencia, históricamente, ha sido la rigurosidad en el análisis de las eximentes del Artículo 168 del Código de Comercio⁷².

Sin embargo, resulta de interés referir en este punto de las eximentes de responsabilidad para el transportista marítimo, que reciente jurisprudencia de nuestros Tribunales, ha cambiado de cierta forma el criterio estricto y normativo que venimos de ver.

En efecto, se ha eximido de responsabilidad al transportista marítimo efectivo, en casos en que se han acreditado, irregularidades en el despacho de la carga (contenedores) desde el puerto de Montevideo por el importador y/o su Despachante de Aduana, incumplándose procedimientos administrativos que rigen al respecto, de acuerdo a los usos y costumbres en la materia.

En esto caso, evidentemente, no se catalogaron en forma taxativa las eximentes del Artículo 168 del Código de Comercio, sino en forma más amplia, analizando la conducta de la víctima y su responsabilidad en el caso⁷³.

La sentencia de primera instancia fue confirmada en todos sus términos en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to Turno⁷⁴, que tomó especialmente en cuenta la conducta y actuación del consignatario en el caso particular, la que fue irregular, no ajustada a los procedimientos de despacho del contenedor a seguir en el puerto de Montevideo, para eximir así de responsabilidad al transportista marítimo efectivo.

Estas sentencias resultan de sumo interés para los intereses del sector armador, que puede así ampliar sus defensas en casos en que resultan desajustados los procedimientos

71 GAMARRA Jorge. Op. Cit. Página 189.

72 AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. Op. Cit. Página 177.

73 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19° Turno N° 3/2011 del 14 de febrero de 2011:

"...se entiende que le asiste razón a la parte demandada, cuando sostiene que cumplió con su obligación emanada del contrato de transporte al hacer entrega del contenedor lleno a Schmidt sin que éste formulara observaciones, quién procedió a sacarlo del recinto portuario y que las actuaciones subsiguientes cumplidas por el consignatario impiden hacer jugar la responsabilidad del transportista en el presente caso..."

74 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 9/2012 del 2 de febrero de 2012:

"...No obstante lo anterior, ha menester considerar la relevancia de la conducta del actor para decidir la cuestión sublite. Surge de fs. 231 a 245 vto., que el actor aceptó sin observaciones. El despachante de Aduana del actor retira el contenedor del depósito de Montecon S.A. el 31/7/2009 (fs. 231) consignándose estado aceptado y en casillero observaciones no se hace ninguna (fs. 231 vto.)

(...) Realmente la conducta del actor y su despachante resulta inexplicable (...)

(...) el 31/7/09 sacan el contenedor del recinto portuario, con un nuevo precinto que colocan sin la presencia del funcionario aduanero ni los de la demandada, lo llevan a Colonia y ahí, fuera de la jurisdicción portuaria, pretenden hacer la denuncia, y proceden a abrir el contenedor también sin la presencia de funcionarios aduaneros y representante alguno de la demandada (...)

Únicamente puede explicarse tan imprudente conducta por el hecho de haber estado tanto tiempo fuera del país y no estar correctamente asesorado pues la denuncia de la irregularidad debió hacerse de inmediato y nunca recibir de conformidad el contenedor y sacarlo del recinto portuario sin haber hecho los trámites correspondientes con el asegurador, despachante de aduana y representante de la demandada presentes..."

administrativos llevados adelante en destino, luego de la descarga. La realidad indica que es común que existan inconvenientes en este sentido, por ejemplo en las condiciones en que finalmente se apertura el contenedor para inspección.

2.5.4. El período de responsabilidad temporal del transportista marítimo. La configuración de la entrega.

Respecto de la entrega, los Artículos 167, 1087 inciso 2do, 1255, 1256 y 1257 del Código de Comercio⁷⁵ establecen los límites legales en cuanto al período de responsabilidad del armador.

La responsabilidad del armador no acaba sino hasta después de verificada la entrega de la carga.

Conforme al Artículo 167 del Código de Comercio, la responsabilidad del acarreador empieza a correr desde el momento en que recibe las mercaderías por sí o por la persona destinada al efecto y no acaba hasta después de verificada la entrega.

El Artículo 1087 inciso 2, especifica para el transporte marítimo, agrega que la responsabilidad del Capitán respecto de la carga empieza desde que la recibe hasta que la entrega en el lugar que se hubiere convenido o en el que fuera el uso en el puerto de descarga.

En este punto, en nuestro derecho, se plantean controversias, en el sentido que los defensores de la carga alegan que el período de responsabilidad del transportista marítimo se extiende hasta que se verifica la entrega y que, la misma, se efectiviza luego de que el contenedor es retirado lleno desde el puerto de Montevideo por el importador, para su des consolidación en su depósito.

En efecto, en la práctica comercial y logística, se dan los siguientes momentos:

- Desestiba del contenedor desde el buque de ultramar;
- Depósito del mismo en la playa de contenedores;
- Retiro desde el puerto de Montevideo por parte del importador;
- Desconsolidación de la carga en el depósito del importador, fuera del puerto de Montevideo.

El punto medular así es cuando se entiende “configurada la entrega”, por todo lo que ello implica en el sistema de imputación de las responsabilidades entre los diferentes agentes intervinientes en la operativa.

Por el lado de las empresas navieras, la defensa es que de acuerdo a los usos y costumbres en la materia en el puerto de Montevideo, entregan la carga al operador portuario interviniente⁷⁶, al momento de la descarga desde los buques de ultramar, cuando los

⁷⁵ Hoy derogados (1256 y 1257 del Código de Comercio) por el Artículo 8° de la Ley 19.246.

⁷⁶ MORÁN BOVIO David. “Extremos del período de aplicación mínimo de la CB-PV”. Citado por Fernando Aguirre Ramírez y Cecilia Fresnedo en Curso de Derecho de Transporte Marítimo. Volumen 2. Página 110.

reciben sin observaciones; salvo que se pacte lo contrario.

En definitiva, se argumenta, según lo previsto en el Artículo 1087 del Código de Comercio, la entrega realizada al operador portuario es válida, al ser considerada como el de uso y costumbre en el puerto de descarga.

No son menores las controversias que se plantean, respecto del momento temporal en que se configura la entrega, teniendo presente además lo que es la operativa actual de nuestro puerto, luego de la Ley 16.246.

La existencia de playa de contenedores en el puerto de Montevideo, luego de la Ley 16.246, ha dado lugar a una nueva modalidad de entrega de la mercadería.

Así la jurisprudencia recaída a partir de la Ley 16.246, ha señalado que el armador sigue siendo responsable por los actos y omisiones de los operadores privados que subcontrata⁷⁷.

Si bien ese ha sido el criterio para los operadores subcontratados para la estiba y destiba de contenedores, así como para el almacenamiento de los mismos en playas de contenedores dentro del puerto de Montevideo, también se ha seguido el mismo criterio para el caso de los depósitos portuarios subcontratados.

En este sentido, existen sentencias que ratifican la condena solidaria del armador y del depósito subcontratado por éste; sin perjuicio al derecho del armador de repetir contra el depósito⁷⁸.

Debemos mencionar que perfectamente se puede hablar, luego de la Ley 16.246, de la entrega en la playa de contenedores, por el Artículo 1087 inciso 2, que establece que la responsabilidad del Capitán respecto de la carga empieza desde que la recibe hasta el acto de la entrega en el lugar que se hubiera convenido o “en el que fuera el uso en el puerto de la descarga, salvo cualesquiera convenciones expresas en contrario”.

La Suprema Corte de Justicia ha entendido que en un régimen preceptivo conforme al cual los contenedores quedan en un recinto portuario estatal bajo la custodia de la Administración, haciéndose imposible para los transportadores tanto la entrega al consignatario como todo ulterior acto de vigilancia o de custodia, desaparece el fundamento de la responsabilidad legalmente considerado y que, entonces, **la recepción en el depósito portuario reemplaza la hipótesis a la entrega efectiva al consignatario**.

Es decir, pues, que para la Suprema Corte de Justicia el lugar de entrega “de uso en el puerto de descarga” es **la playa de contenedores**⁷⁹.

Existen otros pronunciamientos que entienden que a partir de la Ley 16.246 las mercaderías no se descargan más a manos de la Administración Portuaria Estatal sino de

77 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 93 del 10 de mayo de 1999.

78 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7° Turno N° 34/2001 y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno N° 114/2002.

79 LJU Caso 12.811. En www.lju.com.uy

operadores privados contratados por el transportista razón por la cual éste responde por los deterioros de la mercadería verificados durante el depósito con anterioridad a la entrega efectiva al destinatario.

Aquí habría que diferenciar dos momentos, como referimos, que son la descarga del buque por parte del operador portuario de estiba y depósito en su playa de contenedores y posterior retiro del mismo por parte del importador desde la playa de contenedores, en el puerto de Montevideo.

Claramente, el tema no resulta nada claro y genera inseguridades.

Los armadores argumentaran que la entrega se produce en el puerto de Montevideo, al operador portuario que desestiba sus contenedores (es el criterio denominado “gancho a gancho”)⁸⁰.

Por su parte, los importadores o sus Compañías de Seguros alegarán el criterio que extiende el período de responsabilidad del transportador marítimo al momento de intervención de los operadores portuarios, tanto en la etapa de desestiba y depósito en playa de contenedores, como depósito de la carga en depósitos intra portuarios, retiro de la misma, hasta le entrega fuera del puerto de Montevideo, al momento de la des consolidación de la carga.

La práctica indica que los armadores tienen contratos con uno de los dos operadores portuarios del puerto de Montevideo (Montecon S.A. o Terminal TCP S.A.). Esto a efectos de la estiba, desestiba y operación de sus buques, depósito de contenedores en sus playas de contenedores.

También están los depósitos privados portuarios estos generalmente contratados por los propios importadores.

El criterio debería ser que la entrega no se produce, como menciona la jurisprudencia referida anteriormente⁸¹, por el hecho de dar la mercadería al operador portuario que el mismo transportista contrata (salvo que lo contrate el consignatario). Pero parecería que luego que se entrega el contenedor en la playa de contenedores, no hay razón para mantener responsable al transportista por un contenedor que ya no está bajo su guarda, sino de la autoridad portuaria o concesionario del espacio portuario correspondiente.

Pero evidentemente estamos ante una **zona gris**, en un tema de importancia como es el período de responsabilidad temporal del transportista marítimo, que plantea dificultades prácticas, el que sin embargo, tiene previsión expresa en Convenciones Internacionales, desde hace muchísimos años.

A esto que venimos de ver, además, se suma lo previsto en el Artículo 1ero de la Ley 19.246, sobre recibos de mercadería e inspección de la carga.

80 MORAN BOVIO David. Ob. Cit. Página 110.

81 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 93 del 10 de mayo de 1999.

En efecto, los Artículos 1256 y 1257 del Código de Comercio establecían la obligatoriedad de una inspección judicial de la carga dentro de las veinticuatro a cuarenta y ocho horas de la descarga.

La Ley 19.246 elimina expresamente tal obligación y admite, en su Artículo 1ero, que el recibo de las mercaderías por el consignatario, sin observaciones, hace presumir que el transportador las ha entregado tal y como aparecen descritas en el conocimiento de embarque. En el párrafo segundo, el Artículo 1ero refiere a que no procederá la presunción de entrega al consignatario en las condiciones descritas en el conocimiento de embarque, en determinados casos que allí se enumeran⁸².

En definitiva, se regula el proceso de verificación de la carga, siendo el régimen pactado el siguiente:

- i. Presunción de entrega en las condiciones indicadas en el conocimiento de embarque a favor del transportista si el consignatario no observa al momento de su recepción.
- ii. Presunción que no procederá si el consignatario cumple con el régimen de avisos sobre el estado de la carga previsto en el segundo párrafo del Artículo 1ero.

En el tercer párrafo, el Artículo 1ero, regula el instituto de las inspecciones conjuntas. Se señala que no será necesario dar aviso de la pérdida o daño, para el caso que se haya realizado una inspección conjunta.

Analizaremos más adelante este instituto.

2.5.5. Solidaridad e indivisibilidad de la obligación.

En la práctica del transporte marítimo, al estar involucrados en la operativa varios agentes (transportista contractual, transportista efectivo), que implica tareas diferentes de cada uno de ellos, así como la emisión de más de un conocimiento de embarque, lleva a que los reclamantes en casos judiciales de daños a la mercadería demanden a todos los involucrados en la operativa, sin diferenciar el tipo de transporte marítimo realizado por el transportista marítimo efectivo (por ejemplo sin diferenciar las condiciones en las que recibió el contenedor para su transporte, si tuvo a su cargo o no tareas de consolidación de la carga, etc.); pidiéndose así la condena **“solidaria e indivisible”** de los transportis-

82 Se prevén las siguientes hipótesis:

Para los casos en que el transportista entregó las mercaderías en forma directa al consignatario y se trate de faltantes o daños aparentes: No procede la presunción si el consignatario observó los documentos de intercambio y estableció salvedades en los mismos al momento de recibir la mercadería

Para los casos en que el transportista no entregó las mercaderías en forma directa al consignatario y se trate de faltantes o daños aparentes: No procede la presunción si el consignatario dio aviso al transportador por escrito de la pérdida o daños, especificando la naturaleza de los mismos a más tardar el primer día hábil siguiente al de la fecha en que la carga haya sido puesta en su poder.

En los casos de entrega directa al consignatario y de entrega no directa al consignatario por parte del transportista y se trate de faltantes o daños no aparentes: No procede la presunción si el consignatario dio aviso al transportador por escrito de la pérdida o daño, especificando la naturaleza de estos, dentro de los cinco días hábiles, contados desde la fecha en que las mercancías fueron puestas en poder del consignatario.

tas contractuales y efectivos, sobre la base de los Artículos 1048, 1049 y 1087 del Código de Comercio.

Lo dispuesto en los Artículos 266 del Código de Comercio y 1375, 1376 del Código Civil, también se utiliza como fundamento a los efectos.

El Artículo 266 del Código de Comercio establece que siempre que dos o más personas se constituyen en la obligación de dar una cosa o ejecutar un hecho, que en su cumplimiento sean indivisibles, será considerada solidaria la obligación, aun cuando se contraiga con cláusulas de simple.

El Artículo 1375 del Código Civil establece que la obligación es divisible o indivisible, según que su objeto sea o no susceptible de división, bien material, bien intelectual.

Por su parte, el Artículo 1376 del Código Civil, dice que aunque la cosa o el hecho, objeto de la obligación, sea divisible por su naturaleza, vendrá a ser indivisible la obligación, si la relación bajo que los contrayentes han considerado dicho objeto impide que éste y por consiguiente la obligación, admita ni división ni ejecución parcial.

La misma argumentación se realiza respecto del concepto, también pacíficamente admitido, de **“indivisibilidad de la obligación”**.

La tendencia al respecto de nuestros Tribunales ha sido, casi pacíficamente, la de establecer la responsabilidad solidaria e indivisible de transportista contractual y efectivo; casi como un dogma inamovible⁸³.

La defensa del sector naviero en este aspecto, es señalar que en nuestro derecho el principio rector es justamente la no solidaridad de las obligaciones, de acuerdo a los Artículos 263 y 264 del Código de Comercio.

El Artículo 263 del Código de Comercio, establece que la solidaridad nunca se presume, sino que debe estipularse expresamente y, por su parte, el Artículo 264 dice que la regla expresada en el Artículo anterior sólo cesa en el caso de que la solidaridad tenga lugar “*ipso iure*” en virtud de disposición de la Ley.

En la misma línea, lo dispone el Artículo 1391 del Código Civil⁸⁴, al decir que la solidaridad no se presume, siendo preciso que se declare inequívocamente.

A la luz de las referidas normas, pues, parecería que las obligación del transportista marítimo efectivo es esencialmente divisible.

83 Múltiples sentencias de nuestros Tribunales, en todas las instancias, en forma histórica, disponen este concepto que venimos de referir. A modo de ejemplo, referir a una muy reciente sentencia, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4to Turno N° 24 del 3 de abril de 2014:

“...Y bien, demostrado el faltante, ambos demandados son responsables, en virtud de la indivisibilidad de la obligación de resultado, típica del contrato de transporte. Se trata de responsabilidad solidaria e indivisible de los operadores integrantes del contrato de transporte, de modo que el transportador efectivo debe responder como parte de un transporte que aceptó integrar...”

84 “La solidaridad no se presume; es preciso que se declare inequívocamente en la convención o en el testamento. Sólo cesa esta regla en los casos que tenga lugar de pleno derecho, en virtud de disposición de la ley”.

La jurisprudencia también se ha expresado en esta línea, en algunos fallos⁸⁵⁻⁸⁶, en forma contraria a la solidaridad e indivisibilidad de la obligación del transportista marítimo; siendo el criterio dispuesto el que se deberán establecer en el caso específicamente las responsabilidades de todos los involucrados en la operativa comercial y logística de transporte no siendo de recibo disponer sin más condena solidaria contra los transportistas marítimos contractuales y efectivos por estar ante una obligación indivisible.

Refieren así la sentencia citada⁸⁷ que son indivisibles las obligaciones que, de acuerdo con su naturaleza, no admiten cumplimiento parcial.

Así concebida la obligación, no puede caber duda de su divisibilidad en el caso del transporte marítimo, máxime cuando ninguna de las partes acordó en forma expresa que el objeto de la obligación sería, en el caso, indivisible, a pesar de su divisibilidad.

El mismo argumento cabe respecto a la solidaridad.

No hay norma que la establezca para el transporte marítimo, ni pueden invocarse normas análogas para patrocinar la solidaridad invocada que requiere norma o acuerdo expreso.

Tampoco corresponde recurrir, como fundamento de la solidaridad, a doctrina o jurisprudencia extranjera; porque en estos ordenamientos jurídicos si está prevista expresamente la solidaridad de los que intervienen en el transporte.

Finalmente, se argumenta, no corresponde citar el Artículo 186 del Código de Comercio, porque refiere únicamente al flete, gastos y derechos causados en la conducción y no a la mercadería en sí, lectura que corrobora el Artículo 187 del Código de Comercio al aludir a “los gastos de que habla el artículo anterior”.

El criterio de esta sentencia resulta acertado, pese a como dijimos no ser el mayoritario.

85 Servirse ver al respecto Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 125 del 18 de mayo de 2000.

86 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 33/2010 del 7 de abril de 2010. Analizando el tema de la solidaridad e indivisibilidad alegada por la Compañía de Seguros actora, dispuso que:

“...Son indivisibles las obligaciones que, de acuerdo con su naturaleza, no admiten cumplimiento parcial. Y ello se basa en la naturaleza compacta de la obligación (...)

Así concebida la obligación, no puede caber duda de su divisibilidad. Máxime cuando ninguna de las partes acordó en forma expresa que el objeto de la obligación sería, en el caso, indivisible, a pesar de su divisibilidad.

En igual sentido, con relación a la solidaridad invocada, en el caso concreto no hay norma que la establezca, ni las partes la acordaron expresamente, ni pueden invocarse normas análogas para patrocinar la solidaridad invocada que requiere norma o acuerdo expreso.

Tampoco corresponde recurrir, como fundamento de la solidaridad, a doctrina o jurisprudencia extranjera (por ejemplo Argentina e Italiana) porque en estos ordenamientos jurídicos si está prevista expresamente la solidaridad de los que intervienen en el transporte.

Estima el Tribunal que no corresponde hacer causal del artículo 186 del Código de Comercio, porque refiere únicamente al flete, gastos y derechos causados en la conducción y no a la mercadería en sí, lectura que corrobora el artículo 187 al aludir a “los gastos de que habla el artículo anterior”.

La disposición y las siguientes, contemplan la situación de los portadores y sus derechos generados por la conducción, no la de los consignatarios frente a los portadores.

Por ende, en ausencia de solidaridad pactada expresamente, al no haber contratado MAERSK con la accionante, la única legitimada pasiva frente a ésta es JAUSER, pues el obrar del auxiliar queda subsumido en el del contratante, quien responder por él, como ya se indicó...”

87 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno N° 33/2010 del 7 de abril de 2010.

No compartimos que bajo el “gran paraguas” de la solidaridad e indivisibilidad de la obligación, se establezcan condenas en contra de transportistas contractuales y efectivos, cuando no están dadas las condiciones para hacerlo e ignorando las condiciones en las que transportó la naviera.

Esto lleva a condenas realmente absurdas, carentes de toda lógica, que no resultan ajustadas a derecho.

Nos referimos por ejemplo a los casos en que existió en origen un manejo de la carga por parte de un transportista contractual, que recibió la mercadería y efectuó las tareas de consolidación, cerró y precintó el contenedor, para luego entregárselo al transportista marítimo efectivo, cargado, cerrado y precintado, en el puerto de carga, según el conocimiento de embarque.

Ese transportista marítimo, que recibió el contenedor en condiciones FCL/FCL y STC, entregó en destino el contenedor, en perfectas condiciones, y con los mismos precintos que figuraban en el conocimiento de embarque. Al momento de la apertura del contenedor, se constata un faltante casi total de la mercadería (el contenedor estaba cargado con bolsas de cemento en vez de con cámaras de fotos).

El importador demandó judicialmente por el faltante al transportista contractual (que consolidó la carga y subcontrató a la naviera) y al transportista marítimo efectivo.

La sentencia, alegando la indivisibilidad de la obligación de resultado “típica” del contrato de transporte y la responsabilidad solidaria e indivisible de los operadores integrantes del contrato de transporte, por haber aceptado el transportador efectivo integrar la cadena del transporte, condenó a las dos empresas⁸⁸.

Dicha sentencia entendemos que resulta desacertada, por aplicar sin más la solidaridad e indivisibilidad de la obligación y por ni siquiera considerar las condiciones en que se transportó por vía marítima dicho contenedor (FCL/FCL y STC).

Condiciones de transporte que tienen un régimen legal particular, que no se puede ignorar en post de una condena solidaria y, que en criterio que compartimos ha sido aplicado en algunos casos, diferenciando las particularidades del transporte marítimo efectuado, es decir en qué condiciones, así como las diferentes⁸⁹ tareas llevadas adelante por los agentes (consolidación, cerrado y precintado del contenedor, transporte efectivo FCL/FCL y STC, etc.).

Parecería que, muchas veces, resulta más sencillo disponer una condena solidaria e indivisible y no analizar las particularidades del caso planteado.

2.5.6. Los informes privados de Peritos Marinos sobre causas y liquidación de averías.

Aquí mencionaremos los informes sobre causas de la avería y liquidación de las mis-

88 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno N° 24 del 3 de abril de 2014.

89 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13° Turno N° 8/2013 del 26 de febrero de 2013, confirmada por sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno N° 60/2014 del 9 de abril de 2014.

mas, que efectúan los denominados Peritos Marinos o Navales.

Estos Profesionales, en nombre de las Compañías de Seguros, quienes pagan sus servicios, analizan cuando se denuncia un siniestro el estado del contenedor, de la carga, verifican la carga, a efectos de establecer la causa de la avería así como su liquidación, es decir, número de faltante, pérdida parcial o total y el monto de la misma.

También actúan por las empresas armadores en algunos asuntos, quienes también recurren a sus servicios.

Generalmente, todos estos informes tienen la misma conclusión: *En opinión del suscrito, tanto ha sido posible verificar que, la causa del daño a la mercadería, podría ser razonablemente atribuida a (faltante, daño, rotura, mojadura, quebradura, violación del contenedor), durante el transporte.*

A nuestro entender, muchas veces, estos informes muestran enormes carencias en sus procedimientos y protocolos llevados adelante para su elaboración y emisión.

Es usual que el inspector que emite el informe (es decir el que lo firma y sacan las conclusiones del tipo que venimos de ver) no concurra a inspeccionar por sí el contenedor y la carga.

Lo hacen “Inspectores Ayudantes” que en esas instancias de inspección relevan información, labran actas, constatan y sacan fotos, para luego pasarle el asunto al Inspector responsable que emite el informe final.

Es una especie de procedimiento de costumbre, admitido sin demasiados cuestionamientos en dicha área de trabajo.

Estas prácticas han sido relevadas por la jurisprudencia que han cuestionado el procedimiento llevado adelante, es decir, lo dicho sobre la concurrencia de un Inspector Ayudante al lugar de la inspección, que luego no emite el informe, el que es suscrito por otro Inspector, que no estuvo en el lugar y, en el caso concreto, “**cambiando**” conclusiones que surgen de la documentación relevada por quién si concurrió al lugar⁹⁰.

90 Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 21° Turno N° 38/2012 del 12 de septiembre de 2012:

“...se avisa a la aseguradora y ésta solicita la intervención de un perito liquidador de averías, perteneciendo el Sr. Daniel Paz a la firma MARINE SURVEYORS GROUP. Detalla la constancia de la inspección del contenedor mencionado, del informe del Sr. Paz y sus conclusiones.

Debe subrayarse claramente que, sin cuestionar la idoneidad del Sr. Paz, éste no actuó como perito en el juicio (...) Pasando en limpio y conforme surge de los propios dichos de Fs. 195 y siguientes: a) No actuó como auxiliar de la justicia, que no requirió sus servicios; b) No fue llamado ni por el Juzgado ni por los litigantes para ilustrar a la Sede o a las partes sobre su especialidad; c) Lo convocó al asegurada, antes del proceso y no como medida previa para adelantar prueba que podría perderse; d) fue la asegurada actora quien abonó sus servicios; d) Su tarea no contó con el contralor del Juzgado ni de la contraria.

Tampoco pudo el oficio ni la contraparte fiscalizar el trabajo de Andres Señoriales (a quien encomendó Paz la tarea); f) Según sus propias declaraciones (Fs. 195) Paz no estuvo presente en la inspección, sino que elaboró más tarde un informe en base a los datos aportados por persona capacitada de su empresa. No es un dato menor el hecho de que en el informe, se haga mención a que el contenedor estaba abierto y la mercadería no estaba en él, sino guardada en el depósito de la asegurada. El idóneo en quien el Sr. Paz basó su informe y a quién cometió la inspección, habida cuenta de su capacitación, era el Sr. Adrián Señoriales. Pues bien, en la misma audiencia en que declara Paz y a Fs. 196, la actora renuncia al testimonio de Señoriales (...) Pues bien, Señoriales no fue citada a reconocimiento de firma, se prescindió de él como testigo.

Esto pone, naturalmente, en una postura de gran debilidad esta documentación y, claro está, la que bastante más tarde elaboró el Sr.

No podemos discutir la importancia de este tipo de informes, dado que resultan fundamentales para la dilucidación de los juicios por incumplimientos de contratos de transporte marítimo.

Lo que cuestionamos, son los procedimientos o protocolos que algunas veces se llevan adelante, que ha implicado se emitan informes de este tipo, pero sin haber visto el contenedor, basándose no ya en constataciones o dichos de un Inspector de Confianza, sino del propio asegurado⁹¹.

Creemos que esto no es de recibo y directamente no se debería permitir.

También importa mencionar el valor que se le da a estos informes por parte de nuestros Jueces, dado que en los procesos por incumplimientos de contratos de transporte marítimo, tienen un valor probatorio fundamental, debido a que son casi las única prueba que hay sobre el estado del contenedor y de la carga, al momento de la entrega al consignatario.

Nuestros Tribunales, como indica nuestro Código General del Proceso, le dan valor de informe de parte, no pericial⁹², pero en los hechos son casi palabra santa.

Sin embargo, existe alguna jurisprudencia minoritaria, que los resiste⁹³.

La Ley 19.246, en su Artículo 2°, regula todo lo relativo a los peritos navales, comisarios de averías, surveyors e inspectores. Se reconocen los peritajes privados que sean agregados por las partes en juicio, así como la opinión de expertos.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley, se dice que se intenta solucionar las dificultades procesales provocadas por la posición de algunos Jueces que se niegan a aceptar la actuación de peritos privados en la materia marítima. Se refiere, en criterio

Paz en base a la inspección que se atribuye (sin acreditarlo) a Señoriales (...) a) Existen diferencias respecto de la fecha de inspección y el informe; b) En el acta de inspección dice que las dos bobinas se encontraban "húmedas", el informe (datado 42 días más tarde) señala que estaban empapadas; c) el acta consigna que el contenedor presentaba un agujero en el techo de aproximadamente 2,5 cm sobre el lateral izquierdo de la parte trasera del techo, el informe señala una avería en el panel del techo con un agujero y corte de 5 cm de largo por 2,5 cm de ancho, presentando importante oxidación.

Tales incongruencias no se ajustan a la razonabilidad y sana crítica (140 CGP) el primer documento habría sido hecho por alguien capacitado y que habría percibido directamente lo referido, el segundo, suscrito por Paz un mes y medio después, basado en lo primero y no habiendo asistido al lugar, plante muy otra cosa. Obviamente, esto enerva el poder convictivo de las apreciaciones y documentos emanados del Sr. Paz en cuanto benefician a la actora..."

91 Existen procedimientos judiciales en este sentido, en el que se han emitido informes de este tipo en base a los propios dichos del asegurado y agregando fotografías tomadas en los depósitos del consignatario por él mismo y donde el contenedor no fue visto ni por el Inspector que emitió el informe ni por un Inspector asistente, solamente lo vio el importador. En ese proceso judicial se cuestionó la validez del informe, debido a estos extremos. El proceso judicial está en trámite y aún no hay sentencia al respecto.

92 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno N° 140/2008:

"...En efecto, acorde a las probanzas rendidas cabe concluir que si bien no se practicó una específica pericia en los términos del art. 184 C.G.P., sino que ambas partes optaron por la estrategia procesal de agregar sendos informes técnicos (...) no puede soslayarse ni cuestionarse que se atribuya mayor fuerza convictiva al producido por el Liquidador de averías G. Zimmer que al realizado por el Perito Naval V. Fedullo, habida cuenta que éste último admite a fs. 98 que no inspeccionó la embarcación y que elaboró el informe "... en base a relatos de otra persona cuando me solicitaron el mismo..."

93 En la fundamentación de los motivos se dice que el Ante Proyecto de Ley intenta solucionar las dificultades procesales provocadas por la posición de algunos Jueces que se niegan a aceptar la actuación de peritos privados en materia marítima.

que claramente compartimos, que la necesidad de verificación privada del estado de las cargas y de las eventuales averías o faltantes producidas durante el transporte, ha obligado en la práctica marítima a la existencia de instituciones especializadas e investigadores profesionales que se dedican a la tarea de controlar y comprobar estos extremos, siendo usados tanto por las aseguradoras de las cargas como por las líneas marítimas y sus aseguradoras.

Asimismo, se prevé que pueden ser admitidos peritajes privados producido por un perito que actúe en el extranjero. Para el caso que las actuaciones de dicho perito extranjero se hayan cumplido en Uruguay, es decir que el peritaje haya sido efectuado en jurisdicción uruguaya, se admitirá la presentación del informe siempre que haya sido asistido por un perito inscripto en el Registro Único de Peritos de la Suprema Corte de Justicia y/o en el Registro de Peritos Navales a cargo de la Prefectura Nacional Naval y/o la Cámara de Surveyors del Uruguay.

Sin embargo, no plantea nada sobre los procedimientos o protocolos a seguir a efectos de su emisión, los que no se regulan en forma alguna.

2.5.7. Reparación integral del daño.

En los reclamos judiciales por casos de incumplimientos de transporte marítimo de mercaderías por daños a la carga, los promotores pueden ser tanto Compañías de Seguros actuando por subrogación de sus clientes (Artículo 669 del Código de Comercio) o directamente importadores finales, para los casos en que no se contaba con seguro para la operativa.

La evaluación del daño a la carga, conforme a las reglas generales, debe hacerse en función del valor de la mercadería en el tiempo y lugar de la entrega (Artículo 171 Código de Comercio).

Ello surge del principio general del Artículo 222 del Código de Comercio que expresa que los daños y perjuicios debidos al acreedor son en general la pérdida que ha sufrido y del lucro que se le ha privado y del Artículo 171 del Código de Comercio que referimos.

El Artículo 1512 del Código de Comercio, se remite al precio corriente del lugar de descarga del buque y establece, además, que la naturaleza y calidad de los efectos se determinarán por los conocimientos, facturas y otros medios de prueba.

Tratándose de daños de mercadería importada para revender, “la pérdida que ha sufrido” el importador, se evalúa por el valor CIF (costo, seguro y flete) más los gastos de importación no recuperables como ser, comisión bancaria del corredor, del despachante, tasas, etc.

Se dan casos en que una Compañía de Seguros indemniza determinada suma de dinero a su cliente, correspondiente al valor asegurado de la mercadería faltante, que resulta ser inferior al precio de venta en plaza, cubriéndose parte de los costos de importación no recuperables, pero no se indemniza en su totalidad ni tampoco cubre el lucro cesante.

Esto debido a que la indemnización del asegurador se calcula en función del valor asegurado, con lo cual siempre queda una parte del daño que no paga el seguro. Así, se dan situaciones en que un importador cobra determinada suma de su seguro, y se reclaman además directamente por los daños y perjuicios no cubiertos por el seguro.

Entonces, pueden plantearse reclamos conjuntos, demandando el asegurador por la suma que pagó y se subrogó (Artículo 669 del Código de Comercio) y el importador por la suma no cubierta por el seguro.

En la mayoría de los casos en que actúan Compañías de Seguros por subrogación, reclamarán en juicio el monto pagado a su cliente, de acuerdo a los recibos de pago y subrogación, conforme además a los términos de la póliza existente, etc.

Finalmente, también se plantean situaciones de reclamos de indemnizaciones por daño moral, tanto cuando reclama una persona física o una persona jurídica.

En efecto, resulta de interés mencionar que, en un caso de reclamo judicial por hurto de efectos personales, la promotora, reclamó daño moral por la pérdida sufrida de sus pertenencias, lo que estimó en un monto de U\$S 7.000.

La sentencia de primera instancia, desestimó el reclamo por daño moral por considerar que no corresponde su amparo en materia de responsabilidad contractual por transporte de carga, por lo dispuesto en los Artículos 222 y 1196 del Código de Comercio⁹⁴ - ⁹⁵.

En similar sentido se han expedido otras sentencias⁹⁶.

En casos en que el que reclama daño moral es una empresa, persona jurídica, las conclusiones de nuestra jurisprudencia han sido similares.

En un juicio en que una empresa importadora de turrónes reclamó daño moral, por no haber podido cumplir con la entrega de productos en forma a sus clientes (antes de las fiestas de Navidad y Año Nuevo), debido a un atraso en los días de travesía, se desestimó dicho rubro, cuantificado en U\$S 10.000.

Ello en el entendido, conforme a la sentencia, que no se probó repercusión negativa en la plaza comercial del nombre del reclamante que amerite amparar el rubro y además por considerarse que las personas jurídicas no podrían reclamar daño moral⁹⁷⁻⁹⁸.

94 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 10° Turno N° 60/2010 del 21 de septiembre de 2010.

95 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno N° 130/2011 del 13 de junio de 2011. Que respecto al daño moral reclamado, dijo que:

"...del pretensio daño moral puesto que en la situación involucrada, y más allá del natural disgusto y molestia por lo acontecido con la carga, no comporta hipótesis de hondo padecimiento espiritual que amerite resarcimiento, máxime, en tanto no tomaron las seguridades del caso al emprender la consolidación del contenedor..."

96 Sentencia de la Dra. Bello. Publicada en la Revista de Transporte y Seguros. Tomo 19. Caso 408. Al respecto dispuso: *"...Que en lo que refiere al quantum de la indemnización debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Comercio. Los daños y perjuicios debidos al acreedor son la pérdida que ha sufrido y el lucro que se le ha privado..."*

97 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno N° 1/2013 del 1 de febrero de 2013.

98 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno N° 171/2013 del 1 de noviembre de 2013. Que confirmando lo dispuesto por sentencia definitiva de primera instancia:

También por ejemplo cabe referir a los daños que se alegan o reclaman por retrasos en la entrega en destino, fuera de lo que son los plazos estimados de travesía que informan las navieras.

La jurisprudencia ha amparado esos reclamos, con fundamentos diferentes, pero concluyendo que existe responsabilidad del transportista marítimo en cumplir con los días de travesía informados como probables, desestimando las cláusulas contractuales que al respecto figuran en los conocimientos de embarque, como referimos anteriormente⁹⁹⁻¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Por tanto, en nuestro derecho, en los reclamos por incumplimientos de contrato de transporte marítimo por daños a la carga, el principio que rige es la no limitación del monto del daño que se puede reclamar, dado que como vimos rigen los principios generales en cuanto a la **“reparación integral del daño”** del deudor.

Esto, según veremos, choca de frente con lo dispuesto en la Convenciones Internacionales existentes en materia de transporte marítimo, donde el principio rector es justamente el opuesto, es decir, la limitación de responsabilidad del transportista marítimo.

Este criterio no es exclusivo del transporte marítimo sino que, por ejemplo, también se aplica en el **transporte aéreo de cargas**, siendo inclusive aplicable en nuestro derecho,

“...Resulta de rechazo la impugnación respecto a la desestimatoria dispuesta en punto al daño moral reclamado.

Aún en la postura de entender que puede admitirse este rubro respecto de las personas jurídicas, en cuanto afecte su reputación o prestigio comercial (GAMARRA, Tratado Tomo XXV pag. 37; TAC 4° sent. 64/201 en Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil Tomo I pagina 588, integrado por esta redactora; TAC 2° 383/2010 entre otros) en el sublite la decisión es totalmente compartible.

Ello en tanto no puede soslayarse que, para admitir el rubro, deben exigirse característica que no resultaron acreditadas en autos (art. 137, 139 del CGP). Véase que la pretensa repercusión negativa en la plaza comercial solo está referida por versiones de los vendedores Sres. Fernández (fs. 226), Sanabria fs. 194, Carraco fs.230 resultan insuficientes si se atiende a que este daño debe quedar reservado a hipótesis de mayor trascendencia que las invocadas por los testigos.

Máxime cuando no logra acreditarse ni siquiera los eventuales reclamos de todo tipo de los clientes que los mismos enuncian y menos que ello hubiera afectado en forma relevante la imagen o prestigio comercial de la empresa actora...”

99 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° Turno N° 1/2013 del 1 de febrero de 2013, confirmada por sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno N° 171/2013 del 1 de noviembre de 2013.

100 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia N° 56/2009 del 16 de octubre de 2009, que respecto a los daños por retraso en los días estimados de travesía dijo que:

“...La causa del daño sufrido por la mercadería se puede conectar con inclemencias climáticas a las que estuvo expuesto el contenedor durante el trayecto del transporte que insumió más tiempo del previsto, transparentando descuidado manejo de la carga, lo que provocó su recepción en mal estado.

En este sentido, surge acreditado que el 14 de diciembre de 2007, el transportista marítimo demandado comunica a la actora que el buque TAMPA previsto para el día 16 de diciembre omitirá escala en Montevideo, se trasbordará la carga KOREA y prevé su llegada el día 24 de diciembre y, finalmente, luego de sucesivos trasbordos y esperas en diferentes puertos dispuestos por la demandada, llegó al puerto de Montevideo el 27 de diciembre.

Conforme a lo informado por la demandada, por el itinerario, el contenedor fue cargado en Canadá el 10 de noviembre de 2007, quince días después de haber recibido la mercadería. El 16 de noviembre se descargó en Bahamas y allí permaneció 12 días. El 28 de noviembre se descargó en el buque TAMPA y fue descargado en Santos el día 14 de diciembre donde permaneció 6 días. El 20 de diciembre es cargado en el buque GINA y es descargado en el puerto de Montevideo el 27 de diciembre de 2007.

En suma, el viaje marítimo tuvo una extensión temporal mayor a la estimada por la línea y que la normal, según las diferentes ofertas de las transportadoras comerciantes y de la propia demandada que ofrece la travesía en 26 días.

El contenedor sufrió varios trasbordos durante el trayecto del transporte según las decisiones adoptadas por la demandada y recién se produjo la entrega al destinatario el 4 de enero, incurriendo en incumplimiento del plazo estipulado...”

101 La sentencia referida en el numeral anterior, fue confirmada en segunda instancia por sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno N° 123/2010 del 9 de junio de 2010.

conforme a lo dispuesto en la Ley 18.169¹⁰².

No es un tema menor, en virtud de la exposición económica a la que quedan expuestas las navieras por lo que significa su actividad, no pudiéndose prever las contingencias económicas, como si se podría hacer si existieran limitaciones vigentes a los montos de responsabilidad que les cabe.

Esto, sin duda, aumenta sus costos operativos, por ejemplo, en todo lo referente a los seguros que se contratan.

2.6. Ley 19.117 del 17 de julio de 2013 que adhirió al Convenio Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores, de 1972, en su forma enmendada (C.S.C. 1972 enmendado).

La Ley 19.117, del 17 de julio de 2013, aprobó la adhesión al Convenio Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores, de 1972, en su forma enmendada (C.S.C. 1972, enmendado).

Este Convenio Internacional regula una serie de aspectos relativos a la necesidad de mantener un alto nivel de seguridad de la vida humana en la manipulación, el apilamiento y el transporte de contenedores; con el objetivo de formalizar **normas internacionales comunes** de seguridad, aplicándose a los contenedores existentes y a los nuevos que se utilicen para el transporte internacional, excluidos los aéreos, regulándose procedimientos uniformes para su contralor, aprobación, inspección y conservación.

Es un dato interesante que nuestro país haya ratificado este Convenio, resultado una normativa en la que se reconoce expresamente la importancia del contenedor como medio de transporte, regulándose aspectos importantes de seguridad y control de los mismos, unificándose criterios a los efectos.

De esta forma, se reconocen criterios vigentes a nivel internacional, unificados, lo que resulta trascendente.

Así cabe resaltar el criterio seguido al respecto por nuestro país, de aprobar la adhesión a un Convenio Internacional vigente en la materia del transporte marítimo por contenedores.

No conocemos por el momento, casos judiciales tramitados en nuestro país en los que se haya invocado esta normativa, a efectos de imputar responsabilidades a los agentes intervinientes en el transporte marítimo por contenedores, ni lo resuelto al respecto por nuestros Tribunales.

102 Aprobó el Convenio de Montreal para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999. Dicho Convenio (Artículo 22.3) establece que en el transporte de carga, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso, se limita a 17 derecho especiales de giro por Kilogramo. Asimismo, el Artículo 23 del Convenio de Montreal dispone que se considerara que las sumas expresadas en derechos especiales de giro (DEG) mencionadas en el Convenio de Montreal se refieren al derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional.

2.7. Ley 19.246 de Derecho Comercial Marítimo.

En nuestra tesis mencionamos la existencia del Anteproyecto de Ley de la Asociación de Derecho Marítimo que, cumplidos los trámites parlamentarios correspondientes y habiendo sufrido algunas modificaciones, hoy es Ley. Fue promulgada por el Poder Ejecutivo del Uruguay el 15 de agosto de 2014 y publicada en el Diario Oficial el 5 de septiembre de 2014.

Mencionamos en los puntos anteriores, algunas modificaciones y/o cambios que se produjeron en dichos temas, plazo de prescripción de la acción y reconocimiento de los informes de los peritos marítimos, recibo de mercaderías e inspecciones conjuntas.

En este capítulo, referiremos a los principales temas que regula la Ley, que tienen implicancia en el régimen legal del transporte marítimo por contenedores.

2.7.1. El Artículo 1ero regula la verificación de la carga y las inspecciones conjuntas.

El Artículo 1ero de la Ley (Mercaderías transportadas por vía marítima) dice que el recibo de las mercaderías por parte del consignatario sin observaciones, hace presumir que el transportador las ha entregado tal como aparecen descriptas en el conocimiento de embarque.

En el párrafo segundo, el Artículo 1ero refiere a que no procederá la presunción de entrega al consignatario en las condiciones descriptas en el conocimiento de embarque, en los siguientes casos:

- A. Para los casos en que el transportista entregó las mercaderías en forma directa al consignatario y se trate de faltantes o daños aparentes: No procede la presunción si el consignatario observó los documentos de intercambio y estableció salvedades en los mismos al momento de recibir la mercadería
- B. Para los casos en que el transportista no entregó las mercaderías en forma directa al consignatario y se trate de faltantes o daños aparentes: No procede la presunción si el consignatario dio aviso al transportador por escrito de la pérdida o daños, especificando la naturaleza de los mismos a más tardar el primer día hábil siguiente al de la fecha en que la carga haya sido puesta en su poder.
- C. En los casos de entrega directa al consignatario y de entrega no directa al consignatario por parte del transportista y se trate de faltantes o daños no aparentes: No procede la presunción si el consignatario dio aviso al transportador por escrito de la pérdida o daño, especificando la naturaleza de estos, dentro de los cinco días hábiles, contados desde la fecha en que las mercancías fueron puestas en poder del consignatario.

La norma prevé que para el caso de transportes sucesivos, el aviso al último integrante de la cadena de transporte, hará caer la presunción de entrega en las condiciones establecidas en el conocimiento de embarque contra todos los transportadores u operadores

incluidos en la misma.

En definitiva, se regula el proceso de verificación de la carga, siendo el régimen pactado el siguiente:

iii. Presunción de entrega en las condiciones indicadas en el conocimiento de embarque a favor del transportista si el consignatario no observa al momento de su recepción.

iv. Presunción que no procederá si el consignatario cumple con el régimen de avisos sobre el estado de la carga previsto en el segundo párrafo del Artículo 1ero.

En el tercer párrafo, el Artículo 1ero, regula el instituto de las inspecciones conjuntas.

Se señala que no será necesario dar aviso de la pérdida o daño, para el caso que se haya realizado una inspección conjunta.

Así refiere a que cualquier operador del transporte (armadores, propietarios de buques, consignatarios de la mercadería, aseguradores, Clubes de Protección e Indemnidad, freight forwarders, agentes de carga y cualquier interesado, podrán requerir una inspección de la mercadería citando a los demás interesados a efectos de determinar la existencia y estado de la mercadería.

No se estable un protocolo a efectos de realizar la inspección conjunta ni el detalle operativo de cómo se instrumentarán, regulándose exclusivamente los siguientes aspectos:

- i. Cualquier operador del transporte marítimo la podrá solicitar.
- ii. La fecha y hora de la inspección deberá notificarse a los interesados con una “antelación razonable” para permitir su concurrencia a la misma y salvaguardar la eficacia de la inspección.
- iii. De lo comprobado en la inspección, se levantará acta en la que cada uno de los participantes tendrá derecho a estampar sus discrepancias, si las hubiera.
- iv. El agente que reciba una citación para realizar una inspección conjunta y considere que existen otros interesados a quienes pueda afectar la medida o que otra persona o empresa, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en el caso, deberá darle aviso en forma de la fecha y hora de la inspección, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondan por su omisión.

Entendemos que la norma deja algunas dudas sobre el funcionamiento de las inspecciones conjuntas, en virtud de que:

- i. No queda claro dentro de que plazo se debe notificar su realización o, en su caso, notificar y realizar a efectos de que no rija la exigencia para el consignatario de dar aviso por escrito sobre los daños, conforme al Artículo 1ero en su párrafo segundo, que hace caer la presunción de entrega en las condiciones del conocimiento de embarque.

- ii. No se establece el lugar físico en el que se realizarán las inspecciones conjuntas (dentro del recinto portuario, en el depósito del consignatario fuera del puerto de Montevideo, etc.).
- iii. No quedan claras las condiciones de las inspecciones conjuntas ni el objeto de las mismas: (i) Si se efectúa solamente sobre la carga; (ii) Si la inspección también recae sobre el contenedor (evidentemente, según el tipo de daño o avería que se trate, habrá casos en los que resultará trascendente para el transportista marítimo inspeccionar el estado del contenedor, sus precintos, de los sistemas de cierre, que se determine si existieron maniobras sobre el contenedor que hayan permitido su apertura sin violar los precintos, etc.); (iii) Si cabe que el consignatario desconsolide el contenedor por si o debe hacerse en presencia de quienes participen en la inspección conjunta; (iv) En qué condiciones se apertura el contenedor si estamos ante una situación de entrega del contenedor con diferencia de precinto.
- iv. El concepto de “**antelación razonable**” de invitación a la inspección conjunta también puede generar alguna duda, y habrá que estar al caso concreto; máxime teniendo presente la obligatoriedad del aviso a otros interesados en la inspección.

Esto a efectos de que realmente se trate de una inspección representativa del estado en que el consignatario recibió la carga y que todo el manipuleo de la carga y del contenedor, se haga en presencia de todos los interesados, con las debidas garantías.

No se establece en la Ley una obligatoriedad para el transportista marítimo de que, si es invitado a una inspección conjunta, deba concurrir. En principio, no se imputa responsabilidad o sanción por no concurrir a una inspección a la que fue invitado.

Pero luego, para el caso de que dicha inspección se presente como prueba en un proceso por incumplimiento del contrato de transporte marítimo contra la línea, resultará muy difícil cuestionar el informe de inspección (así como su resultado) al que el transportista marítimo fue invitado pero no concurrió, dado el carácter legal del procedimiento de inspección.

Los anteriores puntos, los reseñamos como algunas dudas que surgen de la regulación de las inspecciones conjuntas conforme a la Ley, que habrá que ir evaluando en la práctica, o si en su caso se dicta reglamentación en este sentido.

2.7.2. Nuevo plazo de prescripción de la acción contra el transportista marítimo: Dos años desde la fecha en que la mercadería fue entregada o debió ser entregada en caso de faltante.

El Artículo 3° elimina la prescripción presuntiva y establece un nuevo plazo de prescripción de dos (2) años desde la fecha en que la mercadería fue entregada o debió ser entregada en caso de faltante.

También se reduce a dos (2) años el plazo de prescripción para otros reclamos de derecho marítimo o derivados de la navegación o servicios auxiliares de la misma (aborda-

je, asistencia y salvamento, contrato de remolque, hallazgo o rescate de restos náufragos, avería gruesa o común).

Vimos también la excepción en este plazo respecto de las acciones de repetición del transportador y del buque y del asegurador.

2.7.3. Otras previsiones de la Ley N° 19.246.

Ya mencionamos que el Artículo 2°, regula todo lo relativo a los peritos navales, comisarios de averías, surveyors e inspectores.

Se reconocen los peritajes privados que sean agregados por las partes en juicio, así como la opinión de expertos.

Asimismo, se prevé que pueden ser admitidos peritajes privados producido por un perito que actúe en el extranjero. Para el caso que las actuaciones de dicho perito extranjero se hayan cumplido en Uruguay, es decir que el peritaje haya sido efectuado en jurisdicción uruguaya, se admitirá la presentación del informe siempre que haya sido asistido por un perito inscripto en el Registro Único de Peritos de la Suprema Corte de Justicia y/o en el Registro de Peritos Navales a cargo de la Prefectura Nacional Naval y/o la Cámara de Surveyors del Uruguay.

El Artículo 4° modifica el régimen sobre fianza y contra cautela en las medidas cautelares, reconociendo la validez de las otorgadas por las compañías de seguros y, especialmente, las otorgadas por los Club de P&I.

El Artículo 5° regula algunos cambios normativos para el remate de buques de bandera nacional y de bandera extranjera.

El Artículo 6° sustituye diversas normas del Código de Comercio Uruguayo, legislando el abandono liberatorio de buques.

Se derogan por el Artículo 8° las normas vigentes del Código de Comercio que resultan contrarias a lo ahora previsto por la Ley.

El Artículo 7° legisla en materia de Derecho Internacional Privado, manteniendo los principios del Tratado de Montevideo de 1940.

3. EL CONTRATO DE TRANSPORTE POR CONTENEDORES BAJO LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

3.1. La normativa internacional. Introducción.

La normativa internacional que analizaremos toma trascendencia debido a que, por las normas de derecho internacional privado¹⁰³ vigentes en nuestro país, se dan generalmente ante nuestros tribunales, casos judiciales que son resueltos bajo las leyes vigentes

¹⁰³ Artículos 2401, 2403, 2399 del Código Civil.

en otros países (de destino de las cargas - por lo referido en el Artículo 2399 del Código Civil que dispone que las relaciones internacionales derivadas de actos jurídicos -en el caso contrato de transporte marítimo internacional de mercaderías- se rigen por la: “... *ley del lugar de su cumplimiento...*”).

Específicamente, dicha situación, se da en casos de operaciones de exportación desde Uruguay, con destino a otros países.

Por tanto, es común, que nuestros Tribunales resuelvan casos por daños y perjuicios derivados de un contrato de transporte marítimo, en jurisdicción Uruguaya, pero aplicando normativa vigente en otro país.

Fundamentalmente, las normas que corresponderá aplicar, son **las principales convenciones internacionales en la materia**, en virtud de haber sido ratificadas o incorporadas como derecho interno, en los países de destino.

Paradójicamente, si bien se trata de normativa que generalmente no resulta ser conocida por los Jueces al momento de entender en un proceso judicial con las características que venimos de referir, la resolución judicial de los casos resulta más sencilla, en virtud de que como analizaremos las pautas y criterios son más claros que los que surgen de la normativa interna vigente en nuestro país. Hay menos zonas grises, sin duda alguna.

Las principales Convenciones Internacionales en la materia son las siguientes:

- i. Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque: Las Reglas de La Haya y de La Haya – Visby (Convención de Bruselas de 1924 y protocolos de Bruselas de 1968 y 1979).
- ii. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías: Reglas de Hamburgo, 1978.
- iii. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo: Reglas de Rotterdam, 2008.

Las Reglas de La Haya, estableció las reglas sobre los Conocimientos de Embarque, y las reglas de La Haya-Visby estableció algunas modificaciones al respecto.

Estos primeros convenios se hicieron en una época en que cada uno de los armadores escribía sus conocimientos de embarque. Se buscaba así unificar las reglas de los conocimientos de embarque.

En esa primera época, los conocimientos marítimos cubrían únicamente el período desde que el armador tomaba la mercancía en su buque, con su gancho, hasta el puerto de descarga. Era puro transporte marítimo.

Luego comenzaron los avances en el funcionamiento.

En 1960, cuando comenzó el uso de contenedores entre países industrializados, se

produjeron los primeros cambios importantes en la manera de ejecutar el transporte pero aún más en la forma de contratar los mismos.

Eso hizo necesario adaptar el primer Convenio de 1924 (Las Reglas de La Haya) y se hizo en 1968 un Protocolo Adicional de las Reglas de La Haya que se llamó Las Reglas de La Haya-Visby.

Pero no todos los países que habían ratificado Las Reglas de La Haya, ratificaron el Protocolo de Visby. Además, en 1979, se hizo un Protocolo Adicional, denominado SDR¹⁰⁴.

A partir de la segunda parte de los años 80, avanzó el uso de contenedores y se consideró que se necesitaban cambios más amplios que los que había producido el Protocolo de Visby y SDR.

Para ajustarse a esa nueva situación, se hicieron Las Reglas de Hamburgo, como un cuerpo normativo más moderno.

Sin embargo, este Convenio no tuvo una aceptación generalizada y, particularmente, tuvo el rechazo del sector armador.

Tan es así que el 80% de toda la carga del mundo sigue navegando bajo las reglas de La Haya y La Haya-Visby, es decir, aplicando el principio **“Gancho a Gancho”** o, lo que es lo mismo, el período de responsabilidad desde que se toma la carga bajo gancho en los puertos de carga hasta bajarlo en los puertos de descarga.

Con la extensión más masiva del uso de contenedores en todo el mundo, se produjeron enormes cambios en el transporte marítimo y avances en el transporte multimodal. En vez de contratarse transportes **“Puerto a Puerto”**, se comenzaron a contratar **“Punto Interior a Punto Interior”** y las consecuencias de los cambios se trasladaron a los otros modos de transporte.

Así se comenzó a hablar de Transporte Combinado, de Transporte Intermodal y finalmente de Transporte Multimodal¹⁰⁵.

Más recientemente en el tiempo, UNCITRAL¹⁰⁶, luego de más de seis años de trabajo, elevó un proyecto para un nuevo Convenio.

Es así que, a fines de 2008, durante la 63^a Asamblea General, la Organización de las Naciones Unidas adoptó el **“Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías Total o Parcialmente Marítimo”**, conocido más comúnmente como Reglas de Rotterdam.

104 Por su nombre en inglés: **Special Drawing Right** (SDR).

105 A efectos de adaptar las reglas a las nuevas condiciones, se hizo en 1980, en Naciones Unidas, el **“Convenio de Transporte Multimodal para Contratos de Transporte Internacional con el uso de más de un modo”**, que fue ratificado por 11 países, la mayoría de África. Inmediatamente después de su aceptación en la Asamblea de la ONU, 8 países advirtieron que aquellas reglas no se podrían aplicar en la práctica, lo cual resultó cierto y finalmente dicho Convenio nunca se aplicó en la práctica.

106 Comité de Leyes de Comercio Internacional de Naciones Unidas.

El Convenio fue abierto para su firma hacia fines de septiembre de 2009 y se encuentra en proceso de ratificación.

Este Convenio, ha tenido grandes resistencias de los sectores que defienden los intereses de la carga, como ser las Compañías de Seguros, incluso en nuestro país¹⁰⁷.

A todas luces, parecería que, actualmente, todos los agentes involucrados en la operativa del transporte marítimo, aún los que operan bajo La Haya, Haya-Visby y Hamburgo, están de acuerdo en que se necesita un nuevo Convenio.

El problema central, sin duda, es que durante 30 años se dejaron acumular las cuestiones de análisis y con interminables debates en todos los ámbitos, no se ha llegado a avanzar en forma significativa.

Es claro que hay intereses comerciales en juego y, a priori, parecería que se quiere hacer primar el interés sectorial, aunque el Comercio Internacional sea el que pierda.

La falta de reglas claras, principalmente unificadas a nivel internacional, hace que aumente en gran medida los costos de los seguros, tanto de los seguros de responsabilidad civil que toman los transportistas involucrados en la operativa, como los seguros que toman los dueños de las cargas.

Algunos analistas del área, dicen que los costos muy altos de los seguros que deben afrontar los transportistas marítimos, no se reflejan en el costo final de los fletes que se pagan.

Esto no es así.

Como consecuencia de las deficientes reglas internacionales, un mismo riesgo se asegura más de una vez y así aumenta el costo final para todos los que actúan en el circuito. Al respecto, pues, no será difícil comprobar que las consecuencias negativas se reflejan con más intensidad en países en vías de desarrollo¹⁰⁸.

En definitiva, los mayores costos de los seguros de los armadores si se pasan a los fletes.

Además, afirmar lo contrario, es ignorar que ha sido casi imposible mantener durante un largo período un equilibrio entre la oferta de espacio en los buques y las demandas de transporte de las cargas y que regularmente se han producido los famosos "pigcycles" de abundancia seguidos por faltantes de espacio. Y así los fletes se han ido de un

107 Más de 60 juristas de Iberoamérica aprobaron la **Declaración de Montevideo** contra las denominadas "Reglas de Rotterdam". Reunidos en el salón de conferencias del Teatro Solís y ante la presencia de autoridades nacionales y legisladores, los juristas expertos en derecho marítimo alertaron a los gobiernos y parlamentos latinoamericanos sobre los graves inconvenientes y perjuicios de una eventual ratificación de las "Reglas de Rotterdam".

Según los profesionales que emitieron una dura declaración de 16 puntos contra esta convención, impulsada por el Comité Marítimo Internacional, las "Reglas de Rotterdam" son "altamente inconveniente para los importadores y exportadores de los países latinoamericanos, en su casi totalidad usuarios del transporte marítimo internacional".

108 En los países centrales se realizan estudios exhaustivos sobre los llamados costos del comercio. Esos estudios no se conocen en los países en vías de desarrollo.

extremo a otro, de grandes ganancias para transportistas a grandes pérdidas, en una actividad donde generalmente el retorno sobre las inversiones es bajo¹⁰⁹. Pero estas fluctuaciones en los fletes no significan que los costos de los seguros de los transportistas no necesitan ser considerados.

En este contexto, es que surgen las Reglas de Rotterdam, con el objetivo de lograr un verdadero contrato internacional de mercancías.

Analicemos ahora las principales características legales de estas Convenciones Internacionales.

3.2. Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque: Reglas de La Haya y de La Haya – Visby (Convención de Bruselas de 1924 y protocolos de Bruselas de 1968 y 1979).

3.2.1. Precisiones preliminares.

Veremos en este punto las principales características legales del Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, suscrito en Bruselas en 1924, conocidas como Reglas La Haya.

Las Reglas de La Haya, estableció las reglas sobre los Conocimientos de Embarque, y las reglas de La Haya-Visby de 1968 estableció algunas modificaciones al respecto.

Pero no todos los países que habían ratificado Las Reglas de La Haya, ratificaron el Protocolo de Visby.

En 1979 se hizo un Protocolo Adicional, denominado SDR.

Analizaremos las principales características legales de esta Convención Internacional y su implicancia práctica en el transporte marítimo por contenedores.

3.2.2. Principales características del Convenio.

El Artículo 1° del Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, y Protocolos de 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979 (Reglas de la Haya-Visby y Protocolo de SDR), establece que el contrato de transporte se aplica únicamente al contrato de porte formalizado en un conocimiento o en cualquier documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar; y que se aplica, igualmente, al conocimiento o documento similar emitido en virtud de una póliza de fletamento, a contar desde el momento en que este documento regula las relaciones del porteador y del tenedor del conocimiento.

El concepto de mercaderías comprende bienes, objetos, mercancías y artículos de cualquier clase, con excepción de animales vivos y del cargamento que, según el contrato de transporte, se declara colocado sobre cubierta y es en cierto modo transportado así.

¹⁰⁹ Exposición de Antonio Zuidwijk en www.antonioz.com.ar.

Por buque se entiende cualquier embarcación empleada para el transporte de mercancías por mar.

El transporte de mercancías; comprende el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías a bordo del buque hasta la descarga del buque.

En similar sentido, el Artículo 2º dispone que el porteador de todos los contratos de transporte de mercancías por mar estará sometido, en cuanto a la carga, conservación, estiba, transporte, vigilancia y descarga de dichas mercancías, a las responsabilidades y obligaciones previstas en el Convenio, y gozará de los derechos y exoneraciones allí regulados.

En términos generales, por tanto, puede afirmarse que en las Reglas de La Haya-Visby la responsabilidad del transportista marítimo se actualiza por **falta de diligencia razonable** en el cumplimiento de su obligación fundamental que surge de las mismas: (i) La de poner al buque en estado de navegabilidad para efectuar con seguridad el viaje contratado; (ii) Así como por el incumplimiento de su obligación de lograr que el buque se encuentre en la aptitud suficiente para cargar las mercancías específicas del viaje.

La responsabilidad por defectos de navegabilidad, se asienta en la existencia de culpa por parte del naviero o de las entidades por él empleadas para el mantenimiento y control del estado del buque.

Se establece el concepto de **Debida Diligencia**, estableciendo un estándar de comportamiento sin configurarse presunción alguna de responsabilidad.

Las Reglas exigen al naviero la diligencia de proveer un buque en buen estado de navegabilidad, debidamente equipado y tripulado, con sus bodegas preparadas, así como emplear un especial cuidado en la recepción, carga, transporte y descarga de las mercancías.

De esta manera, se establece en el Artículo 4º, que el transportista resulta responsable en el supuesto que se le impute una falta de diligencia razonable respecto a las condiciones de navegabilidad del buque.

Por otra parte, la responsabilidad del transportista marítimo de acuerdo a las Reglas, deviene en casos en que resultan daños y pérdidas por defectos o errores en las operaciones de carga, descarga y/o estiba de las mercancías; únicamente cuando sea el propio porteador quien haya asumido contractualmente la realización de dichas operaciones.

Sin embargo, cuando los términos del contrato imponen la operación al cargador o receptor (de acuerdo a las cláusulas del conocimiento de embarque), desaparece la posibilidad de imputar responsabilidad al porteador¹¹⁰ por estas operaciones.

Acertadamente advierte la doctrina que la normativa uniforme de las Reglas, regulan únicamente los supuestos de **infracción de la obligación de custodia de las mercancías**

110 ENRIQUEZ David. "UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía". Página 102.

que pesa sobre el porteador; esto es, los casos de daños, pérdidas o averías de las mercancías durante el transporte marítimo, es decir, desde la carga hasta la descarga¹¹¹.

En este punto, además, corresponde hacer una aclaración respecto a cuál es efectivamente el período de responsabilidad del transportador o porteador según las Reglas.

Como venimos de ver el período de responsabilidad del transportador va desde el momento de la carga de la mercancía a bordo del buque hasta el momento de la descarga del mismo en el puerto de destino. Esta regla, sobre el período de responsabilidad, es denominada **“Gancho a Gancho”**, y significa que el transportador es responsable por las mercancías desde el momento en que son enganchadas en la grúa para su carga y hasta su descarga en el puerto de destino.

Quedando así el naviero exento de responsabilidad por el manejo de la carga en los recintos portuarios, tanto en el puerto de partida como en el destino del viaje.

Las Reglas establecen un extenso listado de excepciones a la responsabilidad ante una eventual pérdida o daño a las mercancías transportadas, las cuales se establecían a partir del concepto de **“Caso Fortuito o Act of God”** es decir con hechos que escapan al control del naviero. Las que se sintetizan en tres: fuerza mayor, culpa de la víctima y actos ajenos al poder de actuación del porteador.

La carga de la prueba en dichos supuestos recae sobre quien alegue la excepción por lo que se deberá probar el acaecimiento del hecho ajeno a la voluntad del transportista.

Así, el profesor Blas Simón¹¹² ha ordenado el sistema de responsabilidad de las Reglas de La Haya-Visby con base en ciertos elementos característicos:

- I. Jerarquía de responsabilidad: Establece una responsabilidad legal y de orden público (imperativa) aplicable únicamente durante el lapso de transporte que va desde la carga de la mercadería a bordo del Buque hasta la descarga del Buque (Artículos 1.e), 3.7 y 3.8).
- II. Conocimiento de embarque: Impone al porteador el deber de expedir un conocimiento de embarque detallando las mercancías recibidas. Este documento habrá de servir para acreditar la presunción, salvo prueba en contrario, de que las mercancías fueron recibidas tal y como aparecen descriptas en él (Artículo 3.4).
- III. Responsabilidad por culpa: Reconoce una presunción de responsabilidad culpable -en oposición a responsabilidad objetiva o absoluta- en la actuación del transportista ante la pérdida o el daño que sufrieran las mercancías transportadas (Artículo 4.1).
- IV. Carga de la prueba: Ubica la carga de la prueba correspondiente sobre el porteador únicamente para los casos en que éste requiera acreditar el empleo de

111 BLAS SIMONE Osvaldo. “Compendio de derecho de la navegación”. Buenos Aires. Depalma. 1987. Página 331.

112 BLAS SIMONE Osvaldo. Op. Cit. Página 331.

diligencia razonable cuando hubiere resultado una pérdida o daño derivado del mal estado del buque para navegar y cargar mercancías.

- V. Exoneración subjetiva: Exonera de responsabilidad al porteador por haber empleado una debida o razonable diligencia en el caso que antecede (Artículo 4.1).
- VI. Exoneración objetiva: Exonera de responsabilidad al transportista en caso de producirse alguna de las 17 causales previstas o bien alguno de los riesgos exceptuados o incluso la desviación razonable (Artículo 4.1 y 4.4).
- VII. Límite indemnizatorio: Limita el monto de la responsabilidad del porteador cuando éste resulta efectivamente responsable (Artículo 4.5).
- VIII. Derogación convencional: Permite la derogación convencional de la responsabilidad del transportista, siempre que fuera aumentada a favor del titular de la carga, pero nunca disminuyéndolo (Artículo 4.5).

Respecto del ámbito de validez material, espacial y temporal del régimen unificado de las Reglas de La Haya-Visby; como expone el Profesor Ruiz Soroa¹¹³, el objetivo declarado es apuntalar el valor del tráfico comercial del título representativo de las mercancías transportadas por mar, con lo cual el punto focal que define su ámbito de aplicación es el mismo conocimiento de embarque.

Así se establece su aplicación al contrato de transporte formalizado en un conocimiento o en un documento similar que sirva de título para el transporte de mercancías por mar.

La Convención extiende su aplicación a todo título de transporte marítimo de mercancías con la condición de que pueda ser equiparada al conocimiento de embarque.

En cuanto al ámbito de aplicación por el lugar de expedición del conocimiento de embarque, debe considerarse ésta a todo conocimiento relativo a un transporte de mercancías entre puertos pertenecientes a dos Estados diferentes cuando: (i) El conocimiento se otorgue en un estado contratante; (ii) El transporte se efectúe desde el puerto de un estado contratante; (iii) El conocimiento prevea que las disposiciones de la Convención o de otra legislación que le ha hecho efectiva regirán el contrato.

Luego de la modificación pertinente del Artículo 10° de la Convención de Bruselas de 1924, el Protocolo de 1968, confirma la aplicación exclusiva de su regulación al transporte marítimo internacional, requiriéndose que el viaje haya comenzado en un puerto de un estado contratante, o bien que las partes hayan pactado la sumisión expresa a las Reglas de La Haya-Visby, en el conocimiento de embarque, mediante la inclusión de la Cláusula paramaunt¹¹⁴.

113 ENRIQUEZ David. "UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía". Página 81.

114 El **propósito fundamental de esta categoría de cláusula** cuya denominación traducida al español podría ser "**Suprema Predominante**", era el de incorporar a los contratos las disposiciones de la Convención de Bruselas, e incluso de Leyes anteriores a la misma, a los efectos de compeler a los Tribunales de los Países que no eran el del Foro o partes contratantes

Las obligaciones del “porteador” o “naviero” están previstas en el Artículo 3° del Convenio. Allí se prevé que el porteador antes de comenzar el viaje deberá cuidar diligentemente:

- I. De que el buque esté en estado de navegar.
- II. De armar, equipar y provisionar el buque convenientemente.
- III. De limpiar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficas, y los demás lugares del buque, cuando se carguen las mercancías para su recepción, transporte y conservación.
- IV. Se establece que el porteador bajo la reserva de las disposiciones del Artículo 4°, procederá de manera apropiada y cuidadosa a la carga, conservación y descarga de las mercancías transportadas.
- V. Se prevé también, en el Artículo 3.3., todo lo relativo a la entrega y expedición del conocimiento de embarque.

Se prevé, como señalamos, un extenso listado de excepciones a la responsabilidad ante una eventual pérdida o daño a las mercancías transportadas

3.2.3. Excepciones de responsabilidad.

Ha señalado la doctrina mexicana¹¹⁵, que el Artículo 4° de Las Reglas de la Haya-Visby, enlista las excepciones con que cuenta el transportista para exonerarse de responsabilidad.

Se dice que resulta evidente que son muy amplias, en la mayoría de los casos, el transportista encuentra una excepción dentro de las previstas en dicho artículo.

Respecto de la gama de excepciones, previstas en el Artículo 4°, refiere la doctrina¹¹⁶ que el legislador internacional creó una importante gama de causas de exoneración, o excepted perils (expresión inglesa tomada de la práctica del seguro marítimo). Los supuestos de exoneración de responsabilidad, son resultado del razonamiento jurídico del Common Law, basado en el método del caso, por lo que su formulación legal se encuentra envuelta en un cierto tono asistemático para el jurista de tradición romano germánica.

El Artículo 4° establece que ni el porteador ni el buque serán responsables de las pérdidas o daños que provengan o resulten de la falta de condiciones del buque para navegar, a menos que sea imputable a falta de debida diligencia, por parte del porteador,

para que aplicaran dichas disposiciones convencionales, con el paso del tiempo el Propósito inicial se amplió, considerablemente, ya que mediante dicha Cláusula Paramount se llama a la aplicación tanto, de normas (o de una parte de su texto) cuyo ámbito de aplicación no cubre el caso concreto determinado por un transporte específico, como de soluciones convencionales vigentes en la materia en el caso análogo de que un transporte no entre dentro del ámbito de aplicación de norma alguna.

Podemos afirmar, por consiguiente, que la Cláusula Paramount pretende extender la aplicación del sistema de deuda por responsabilidad que con carácter imperativo se recoge en la normativa Uniforme Convencional.

115 ÁLVAREZ CASTILLO Joaquín. Op. Cit. Página 73.

116 ENRIQUEZ David. Op. Cit. Página 108.

para poner el buque en buen estado para navegar o para asegurar al buque el armamento, equipo o aprovisionamiento convenientes, o para limpiar o poner en buen estado la bodegas, cámaras frigoríficas, y todos los otros lugares del buque donde las mercancías se cargan, de manera que sean apropiadas a la recepción, transporte y conservación de las mercancías, todo conforme a las prescripciones del Artículo 3, párrafo primero.

Siempre que resulte una pérdida o daño del mal estado del buque para navegar, las costas de la prueba, en haber empleado la razonable diligencia, será de cuenta del porteador o de cualquiera otra persona a quien beneficie la exoneración prevista en el presente artículo.

Dice el citado Artículo que tampoco será el porteador ni el buque responsable por pérdida o daños que sufran las mercancías y que resulten o provengan de una serie de circunstancias que enumera, entre las que se encuentran las siguientes: (i) De embalaje insuficiente; (ii) De los vicios ocultos que escapan a una diligencia razonable; (iii) De disminución en volumen o peso o de cualquiera otra pérdida o daño resultante de vicio oculto, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía; (iv) De cualquier otra causa que no proceda de hecho o falta del porteador, o de hecho o falta de los agentes encargados del porteador, pero las costas de la prueba incumbirán a la persona que reclama el beneficio de la excepción, y a ella corresponderá demostrar que la pérdida o daños no han sido producidos por falta de personal, hecho del porteador ni por falta o hecho de los agentes encargados del porteador.

Es claro, por tanto, que existe un amplio abanico de excepciones factibles de ser invocadas por el transportista marítimo a efectos de eximirse de responsabilidad, en alguna de las diecisiete causales previstas (Artículo 4.1 y 4.4).

3.2.4. Límites de responsabilidad.

Las Reglas de La Haya estableció el límite de responsabilidad con base en el valor de la libra esterlina.

El máximo que el transportista estaba obligado a cubrir eran 100 libras esterlinas.

Esta moneda, sin embargo, sufrió sucesivas devaluaciones en el tiempo.

Por esta razón, fue que los estados partes de Las Reglas de La Haya, consideraron que había que cambiar de unidad de valor. Se estableció en el Protocolo de Visby (Artículo 2.d) que la unidad debía ser el franco poicaré. Este valor se determina a partir de la unidad consistente en 65.5 miligramos de oro de 900 milésimas.

Al igual que la libra esterlina, el valor del oro fluctuó, haciendo inmensas fortunas las cantidades que los transportistas pretendían limitar.

Por ello, posteriormente, el Protocolo SDR estableció la unidad económica del Fondo Monetario Internacional, denominada Derecho Especial de Giro (DEG).

El valor de cada unidad de giro se basa en cálculos que hace el Fondo Monetario In-

ternacional del valor de las principales monedas del mundo.

Así, la actualización del límite de indemnización del transportista marítimo por eventuales daños a la carga, se fijó en 666.67 DEG (Derechos Especiales de Giro) por bulto o unidad, o bien en 2 DEG por KG de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas aplicándose de ambos límites, el que resulte más elevado.

El mecanismo por el cual el cargador puede evitar verse sometido a estos los límites es optar por hacer una “**declaración expresa**” que se debe figurar en el conocimiento de embarque del valor de las mercancías.

En virtud de que el porteador no podrá beneficiarse del límite como ordinariamente lo haría, la declaración consignada de tal valor trae consigo la elevación del flete; es así como surge el llamado *flete ad valorem*.

Es por esto que, a pesar de que el cargador puede hacer uso válidamente de este derecho, económicamente, resulta poco atractivo y consiguientemente es una práctica infrecuente¹¹⁷.

3.2.5. Avisos de recepción de la carga. Plazos de prescripción de la acción.

Se hace referencia en Las Reglas de La Haya-Visby, que el hecho de retirar las mercancías constituirá, una presunción de que han sido entregadas por el porteador en la forma consignada en el conocimiento de embarque, salvo aviso por escrito en el puerto de descarga, o dentro de los tres días siguientes a la entrega, si son pérdidas o daños no aparentes.

En el Artículo 6° de Las Reglas de La Haya-Visby, establece que el porteador y el buque estarán exentos de absolutamente toda responsabilidad con respecto a las mercancías, a menos que se ejerza una acción dentro del año siguiente a su entrega o a la fecha en que deberían haber sido entregadas.

Este plazo, no obstante, podría ser prorrogado si las partes así lo acuerdan con posterioridad al hecho que haya dado lugar a la acción.

Por tanto, bajo las Reglas de La Haya-Visby, el plazo de prescripción de la acción es de un año.

3.3. Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías: Reglas de Hamburgo, 1978.

3.3.1. Precisiones preliminares.

La aparición del contenedor implicó un cambio fundamental en como se hacía el transporte internacional, ya que se hace necesario el transporte intermodal y se empiezan a hacer contratos de transporte intermodal. Aunque las Leyes de transporte maríti-

117 RUIZ José. Citado por David Enríques: “UNCITRAL y la oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía”. Página 111.

mo no cubren nada fuera del gancho, se empezaron a hacer contratos nuevos, teniéndose presente también el avance del comercio electrónico.

En este contexto, Las Reglas de Hamburgo constituyeron un cuerpo normativo más moderno, sin embargo, es menester señalar que no gozan de una aceptación masiva, como es el caso de las Reglas de La Haya-Visby.

Desde el punto de vista jurídico, debemos decir que el cambio que representa la adopción de las Reglas de Hamburgo, en lo concerniente a la responsabilidad del armador no es tan dramático, ya que introduce modificaciones que en algunos puntos constituyen avances y otros retrocesos, pero que no alteran de un modo drástico la situación de ninguna de las partes.

3.3.2. Principales características del Convenio.

Señala la doctrina¹¹⁸ que en las Reglas de Hamburgo, evidentemente, la extensión del período de responsabilidad de las navieras transportadoras, fue uno de los puntos que más convulsionó al sector armador ante la consideración de aceptar dichas reglas y que ello, sin lugar a dudas, llevó a diferentes niveles de aprobación.

Las Reglas de Hamburgo introducen el principio de la responsabilidad **“Puerto a Puerto”**, principio que prescribe la responsabilidad del naviero incluyendo todo el período comprendido desde que las mercancías están bajo la custodia del naviero, siendo dicho momento aquel en el que las reciba del cargador o quien haga sus veces, o de la Autoridad competente, y hasta el momento en que las entrega al consignatario o quien haga a sus veces.

Esta regla busca solucionar el viejo problema de la tierra de nadie en la que existía vacíos en lo que atribución de responsabilidad se presentaba, ya que ni las Reglas de La Haya ni de las de La Haya-Visby contemplan dicha regulación; siendo el principio el **“Gancho a Gancho”**.

El Convenio mantiene su carácter internacional, es decir, que predica su aplicación sólo respecto de transportes marítimos que se realicen entre puertos de dos Estados contratantes.

Al igual que lo que sucede con las Reglas de La Haya-Visby, se trata de una internacionalidad objetiva. En efecto, el Artículo 2.1. de Las Reglas de Hamburgo dispone que las disposiciones del presente Convenio se aplicarán sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador efectivo, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada¹¹⁹.

Otra novedad de este Convenio, es que en cuanto a su ámbito de aplicación, se fundamenta en la existencia del contrato de transporte marítimo de mercancías y no en la

118 RUIZ José. Citado por David Enríquez. “UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía”. Página 123.

119 ESCOBAR GUZMÁN José Vicente. “El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque”. Universidad Externado de Colombia. 2007. Página 97.

expedición de un conocimiento de embarque o título representativo de mercaderías.

De este modo, entonces, el ámbito de aplicación de las Reglas de Hamburgo, comprende todos los contratos de transporte marítimo internacional, independientemente de que se expida un conocimiento de embarque.

Por lo tanto, también se aplican estas reglas “*ex proprio vigore*”, a los contratos en los que se expida un “*sea waybill*”, un conocimiento recibido para embarque, o cualquier otro documento que acredite la existencia del contrato.

No obstante, si de hecho se expide un conocimiento de embarque y tal expedición se hace en un Estado contratante, también constituye un criterio autónomo para la aplicación de las Reglas de Hamburgo, criterio que viene desde las Reglas de La Haya.

Las Reglas de Hamburgo mantienen el criterio contenido en las Reglas de La Haya-Visby, en el sentido de establecer la aplicación del convenio a los transportes cuyo puerto de embarque se encuentre ubicado en un Estado contratante. Sin embargo, las Reglas de Hamburgo, establecen que se trata del puerto de embarque del contrato, mientras que las Reglas de La Haya-Visby hablan del transporte que se efectúe desde un puerto ubicado en un Estado contratante.

Las Reglas de Hamburgo incluyen el puerto de descarga como otro factor que determina la aplicación “*ex proprio vigore*” del Convenio -Artículos 2.1. (b) y 2.1. (c)-.

Además, las Reglas de Hamburgo también contemplan la cláusula Paramount, como un criterio autónomo de la aplicación del Convenio, al establecer en su Artículo 2.1. (e) que las Reglas serán aplicables cuando el concombiente de embarque u otro documento que haga prueba del contrato de transporte marítimo, estipule que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o por la legislación de un Estado que de efecto a esas disposiciones.

De ese modo las Reglas de Hamburgo, al igual que las Reglas de La Haya-Visby, otorgan a la autonomía privada de las partes manifestada en la cláusula Paramount, la virtud de determinar en forma autónoma la aplicación “*ex proprio vigore*”.

La aplicación de las Reglas de La Hamburgo al contrato de transporte en virtud de una cláusula Paramount tiene carácter imperativo, es decir, que sus disposición prevalecerán sobre cualquier otra cláusula del conocimiento de embarque.

Ello implica que respecto de las Reglas de Hamburgo no puede predicarse la “tesis contractual”, que predominaba en el régimen original de las Reglas de La Haya y que fue abandonado con las modificaciones introducidas por las Reglas de La Haya-Visby.

Las Reglas de Hamburgo establecen la “**Culpa Presunta**”, al establecer que el porteador se presumirá responsable de los perjuicios, daños o pérdidas de las mercancías a menos que pruebe que él y todos sus agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse.

Asimismo, confirma el estándar de razonabilidad establecido en las Reglas de La Haya, respecto a la navegabilidad, en el que el transportista deberá establecer las medidas de razonables, las mismas que podrán variar de acuerdo a los diversos tipos de naves, pero no deberían variar entre buques del mismo tipo.

Las Reglas de Hamburgo establecen la responsabilidad en transporte multimodal, en la que el principal obligado es el naviero y responsables solidarios aquellas empresas subcontratadas.

El Artículo 6° de Las Reglas de Hamburgo dispone que la responsabilidad de porteador por los perjuicios, estará limitada a una suma equivalente a 835 unidades de cuenta¹²⁰ por bulto u otra unidad de carga transportada¹²¹, o a 2,5 unidades de cuenta por Kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor.

Asimismo, la responsabilidad por retraso en la entrega, se limitó a una suma equivalente a dos veces y medio el flete que deba pagarse por las mercancías que hayan sufrido retraso, pero no excederá de la cuantía total que deba pagarse en virtud del contrato de transporte marítimo de mercancías.

En ningún caso, dice la norma, la responsabilidad acumulada del porteador por los conceptos enunciados en los apartados a y b, excederá el límite determinado por la pérdida total de las mercancías respecto de las cuales se haya incurrido en esa responsabilidad.

Se prevé también que el porteador y el cargador, podrán pactar límites de responsabilidad superiores a los referidos.

Asimismo, el porteador, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 8°, no podrá acogerse a la limitación de la responsabilidad que vimos, si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega, provinieron de una acción o una omisión del porteador realizadas con la intención de causar tal pérdida, daño o retraso.

El Artículo 19°, prevé lo relativo a los avisos de pérdida, daño y retraso, diciendo que los avisos especificando la naturaleza de la pérdida o el daño, se deberán dar a más tardar el primer día hábil laborable siguiente al de la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en su poder, el hecho de haberlas puestas en poder del consignatario establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de que el porteador ha entregado las mercancías tal como aparecen descriptas en el documento de transporte o, si no se hubiere emitido ese documento, en buen estado.

Si las pérdidas o el daño no son aparentes, si no se da aviso por escrito dentro de un plazo de quince (15) días consecutivos contados desde la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario.

120 Derecho Especial de Giro.

121 Aquí toma relevancia que cuando se utilicen para agrupar mercancías un contenedor, una paleta o un elemento de transporte análogo, todo bulto o unidad de carga transportada, que estén contenidas en el elemento de transporte, se considerarán como un bulto o una unidad de carga transportada.

También se prevé lo relativo a las inspecciones conjuntas, diciéndose al respecto que si el estado de las mercancías ha sido objeto, al momento en que se han puesto en poder del consignatario, de un examen o inspección conjunta de las partes, no se requerirá aviso por escrito de la pérdida o el daño que se hayan comprobado con ocasión de la inspección.

Respecto de los perjuicios resultantes del retraso en la entrega, se establece que no se pagará indemnización a menos que se haya dado aviso por escrito al porteador dentro de un plazo de sesenta (60) días consecutivos contados desde la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario.

El Artículo 20°, regula la prescripción de las acciones.

Dice que toda acción relativa al transporte de mercancías en virtud al Convenio, prescribirá si no se ha incoado un procedimiento judicial o arbitral dentro de un plazo de dos años, a contar desde el día que el porteador haya entregado las mercaderías o parte de ellas o, en caso de que no se hayan entregado mercaderías, el último día en que debieran haberse entregado.

Se prevé que en cualquier momento durante el plazo de prescripción, se podrá prorrogar ese plazo mediante declaración por escrito hecha al reclamante. Se establece además que la acción de repetición que corresponda a la persona declarada responsable, podrá ejercitarse incluso después de expirado el plazo de prescripción de un año, siempre que se ejercite dentro del plazo fijado por la Ley del Estado en que se incoe el procedimiento. No obstante, ese plazo, no podrá ser inferior a noventa (90) días contados desde la fecha en que la persona que ejercite la acción de repetición haya satisfecho la reclamación o haya sido emplazada, respecto a la acción ejercida contra ella.

3.3.3. Régimen comparativo entre ambos sistemas (RHW vs. RH).

Como conclusión de este capítulo, resulta interesante efectuar un análisis comparativo de las convenciones internacionales de que venimos de referir, en virtud de ser las más trascendentes en cuanto a su nivel de ratificaciones a nivel mundial.

3.3.3.1. Período de responsabilidad.

Respecto del período durante el que el transportador es responsable por la carga que transporta, las Reglas de La Haya-Visby consagran la conocida regla denominada “Gancho a Gancho”, siendo el transportador responsable por las mercancías desde que son enganchadas en la grúa para su carguío y hasta su descargue en el puerto de destino, quedando así el naviero exento de toda responsabilidad por el manejo de la carga en los recintos portuarios, tanto en el puerto de partida como en el de destino del viaje.

Las Reglas de Hamburgo introducen el principio de responsabilidad “Puerto a Puerto”, principio que, pese a la explicación que proporciona el Convenio, no resulta del todo claro en cuanto a sus alcances prácticos.

La disposición señala que la responsabilidad del naviero incluye todo el período comprendido desde que las mercancías están bajo su custodia, siendo dicho momento aquél en el que las reciba del cargador o quien haga sus veces, o de la Autoridad competente, y hasta que las entrega al consignatario o quien haga sus veces.

Esta norma tenía como intención solucionar el viejo problema de la tierra de nadie que, en materia de responsabilidad por la carga, representaban los puertos, ya que ni las Reglas de La Haya ni las del régimen de La Haya-Visby contemplaban una regulación acerca de este punto, lo que en la práctica se traducía en un vacío de responsabilidad. Dado que el cargador respondía sólo hasta la entrega de las mercancías a la Autoridad Portuaria, o a la empresa de carga, en tanto que la responsabilidad del naviero comenzaba recién al iniciarse las maniobras de carguío y hasta que las descargaba.

Las Reglas de Hamburgo han suplido una importante falencia de los regímenes anteriores; pero se trata de una solución que favorece de modo preferente -por no decir exclusivo- los intereses de la carga, en detrimento de los legítimos intereses del sector naviero.

3.3.3.2. Fundamento de la responsabilidad y excepciones.

Las Reglas de La Haya y el Protocolo de Visby exigían al naviero la diligencia de proveer un buque en buen estado de navegabilidad (Seaworthy) debidamente equipado y tripulado, con sus bodegas preparadas, así como emplear un especial cuidado en la recepción, carga, transporte y descarga de las mercancías.

Se establecía un extenso listado de excepciones a la responsabilidad del transportador, con la falta náutica (culpa náutica) como única contra excepción.

La carga de la prueba recaía sobre quien alegara la excepción.

Las Reglas de Hamburgo consagran un principio radicalmente opuesto, es decir, el de la “Culpa Presunta”, al establecer que el porteador se presumirá responsable de los perjuicios, daños o pérdidas de las mercancías “a menos que pruebe” que él y sus empleados o agentes adoptaron en el caso: *“todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”*.

De lo anterior podemos desprender inmediatamente que el concepto de “Debida Diligencia” de Las Reglas de La Haya es substituido por el de “Culpa Presunta” en las Reglas de Hamburgo, las que, además, **hacen desaparecer el listado de excepciones a la responsabilidad**, lo que conlleva el serio riesgo de convertir el régimen en un intrincado sistema casuístico en el que cada vez habrá que probar las circunstancias concurrentes al siniestro, la adopción por parte del armador y sus dependientes de las medidas razonables, etc.

Con todo, tal vez el más dramático de los cambios introducido por las Reglas de Hamburgo, sea el concepto de las “**Medidas Razonables**” o, según ha sido denominado

por alguna doctrina, el “**Estándar de la Razonabilidad**”¹²². Tal disposición no sólo exige uniformidad de interpretación, sino de aplicación a nivel internacional, ya que las medidas razonables podrán variar de acuerdo a los diversos tipos de naves, pero no deberían variar entre buques del mismo tipo aunque de diversa nacionalidad.

La navegabilidad del buque era una exigencia para que el naviero, en la eventualidad de un daño a la carga, pudiese ampararse en alguna de las exenciones de responsabilidad. Si hacía lo que debía al comienzo del viaje, tanto él como el titular de la carga asumían sus propios riesgos durante el viaje. Esto bajo las Reglas de La Haya-Visby.

La doctrina indica¹²³ que la teoría según la cual el buque debe ser navegable en cada etapa del viaje para esa etapa del viaje, es un principio normativo previo a las Reglas de La Haya-Visby y derogado por éstas.

La interpretación jurisprudencial fue restringiendo progresivamente el alcance de la obligación, al extremo de llegar a identificarla con el deber de poner el buque en buen estado de navegabilidad sólo en el momento de presentarlo en el puerto para ser cargado.

Sin embargo, desaparecido ese enfoque, el concepto de navegabilidad ya no representa una verdadera garantía para el naviero. Más aún, el naviero podría eventualmente escapar a toda responsabilidad aún si su buque fuera innavegable, siempre que logre demostrar que él y sus dependientes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse.

En definitiva, se podrían definir las medidas razonables de Las Reglas de Hamburgo al menos como aquellas que no constituyen un obrar culposos.

Ahora bien, las Reglas de Hamburgo modificaron el régimen de La Haya-Visby, al prescribir que el naviero responde por las mercancías mientras éstas se encuentren bajo su custodia, por tanto, no sólo constituye una medida razonable del naviero poner un buque apto para la navegación al comienzo del viaje, sino que la nave deberá conservar dicha aptitud hasta el final del trayecto.

3.3.3.3. Eximentes de responsabilidad y varios transportadores.

Las Reglas de Hamburgo, junto con alterar substancialmente el estándar de la responsabilidad del naviero al sustituir el principio de la “Debida Diligencia” por el de las “Medidas Razonables”, suprimen el listado de excepciones que proporcionaban las Reglas de La Haya-Visby.

Asimismo, se regula la responsabilidad cuando varios transportadores intervienen; a efectos del transporte en forma sucesiva por varios porteadores o cuando el transporte ha sido contratado con una empresa determinada y es, en definitiva, transportada por otra, dando lugar a lo que se denomina “Transportador de papel”.

122 DUALDSON John. “El Standart de la Razonabilidad en la Responsabilidad del Transportador de Mercaderías por Agua”. Milano-Dott. A. Guiffre Editore. 1983. Página 67.

123 TETLEY William. “Marine Cargo Claims”. International Shipping Publications. National Library of Canada. 1988. Página 377.

La disposición del Artículo 10° de Las Reglas de Hamburgo es el primer intento por introducir normas directamente vinculadas con la responsabilidad por transporte multimodales.

Se refiere a la responsabilidad solidaria del porteador y del porteador efectivo cuando el primero ha contratado con la carga, apareciendo de este modo como transportador responsable ante ella.

Estas previsiones fueron incorporadas con el objetivo de establecer una normativa que se adapte a la realidad del transporte marítimo, al multimodalismo y participación de varios agentes.

3.4. Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo: Reglas de Rotterdam, 2008.

3.4.1. Precisiones preliminares.

El Convenio, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas del 11 de diciembre de 2008, establece un régimen legal uniforme y moderno por el que se regulan los derechos y obligaciones de los cargadores, porteadores y destinatarios sujetos a un contrato de transporte puerta a puerta que comprenda un tramo internacional por vía marítima.

El Convenio desarrolla y moderniza los antiguos convenios que venimos de ver.

Las Reglas de Rotterdam ofrecen un marco en el que se consideran novedades tecnológicas y comerciales que se han producido en los transportes marítimos desde que se adoptaron esos antiguos convenios, **concretamente el aumento del transporte en contenedores**, el deseo de englobar en un único contrato el transporte de puerta a puerta y la aparición de los documentos electrónicos de transporte.

El Convenio brinda a los cargadores y porteadores un régimen universal vinculante y equilibrado que regula el funcionamiento de los contratos marítimos de transporte que puedan comprender otros modos de transporte.

La situación actual en cuanto al tratamiento de esta Convención es la siguiente:

Estado	Notas	Firma	Ratificación, adhesión(*), aprobación(†), aceptación(‡) o sucesión(§)	Entrada en vigor
Armenia		29/09/2009		
Camerún		29/09/2009		
Congo		23/09/2009	28/01/2014	
Dinamarca		23/09/2009		
España		23/09/2009	19/01/2011	
Estados Unidos de América		23/09/2009		
Francia		23/09/2009		
Gabón		23/09/2009		
Ghana		23/09/2009		
Grecia		23/09/2009		
Guinea		23/09/2009		
Guinea-Bissau		24/09/2013		
Luxemburgo		31/08/2010		
Madagascar		25/09/2009		
Malí		26/10/2009		
Níger		22/10/2009		
Nigeria		23/09/2009		
Noruega		23/09/2009		
Países Bajos		23/09/2009		
Polonia		23/09/2009		
República Democrática del Congo		23/09/2010		
Senegal		23/09/2009		
Suecia		20/07/2011		
Suiza		23/09/2009		
Togo		23/09/2009	17/07/2012	

Estados parte: 3: (SE REQUIERE EL DEPÓSITO DE 20 INSTRUMENTOS PARA QUE EL CONVENIO ENTRE EN VIGOR).-

3.4.2. Principales características del Convenio.

El ámbito de aplicación del Convenio refiere a que se aplicará a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de entrega de las mercancías estén situados en Estados diferentes y en que el puerto de carga y de descarga de ese mismo transporte, estén situados en Estados diferentes, siempre que conforme a la ruta estipulada por las partes, alguno de los siguientes lugares se encuentra ubicado en un Estado Contratante del Convenio: (i) El lugar de recepción; (ii) El puerto de carga; (iii) El puerto de descarga; (iv) El lugar de entrega.

Por contrato de transporte, se entiende todo contrato por el cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro.

Dicho contrato deberá prever el transporte marítimo de las mercancías y podrá prever, además, su transporte de otros modos.

Debe ser internacional, así el lugar de recepción y de entrega de las mercancías deben estar ubicados en distintos países siempre que contemple un trayecto marítimo internacional, es decir, que el puerto de carga y el puerto de descarga estén ubicados en distintos países; o contemple trayectos por varios modos de transporte, siempre que prevea un trayecto marítimo internacional.

El Artículo 6°, refiere a que el Convenio se aplica al tráfico de líneas regulares, no al transporte ocasional o servicios “Tramp.”

Adicionalmente, se excluye expresamente su aplicación a los contratos de fletamento y a otros contratos de utilización de naves o de espacio a bordo de naves (fletamentos de “slots” y fletamentos de espacio).

Se define a la “parte ejecutante marítima” como la persona distinta del porteador que ejecuta o se compromete a ejecutar algunas de las obligaciones del porteador previstas en el contrato de transporte, respecto a la recepción, carga, manipulación, estiba, transporte, cuidado, descarga o entrega de mercancías y su salida del puerto de descarga del buque; en la medida que dicha persona actúe directa o indirectamente a instancia del porteador o bajo su supervisión o control.

Se regula “**el contrato de volumen**”, como aquél que prevé envío de una cantidad determinada de mercancías en diferentes despachos, durante un período de tiempo, estableciendo mínimos, máximos o márgenes entre ellos.

Se establece la libertad contractual en los contratos de volumen, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones: (i) Que el contrato señale visiblemente que se han incluido condiciones distintas a las Reglas de Rotterdam; (ii) Que haya sido individualmente negociado o señale visiblemente cambios; (iii) Que se haya dado al cargador oportunidad de celebrar el contrato sujeto al contenido de las Reglas de Rotterdam; (iv) Que no se hagan cambios por remisión a otro contrato; (v) Que no sea un contrato de adhesión.

La responsabilidad del transportador bajo este Convenio no está limitada al denominado periodo comprendido entre el momento en que las mercancías son cargadas a bordo del buque hasta cuando son descargadas del mismo (“Gancho a Gancho”), ni tampoco al periodo comprendido entre el momento en que las mercancías están bajo su custodia en el puerto de carga y hasta que son entregadas en el puerto de descarga (“Puerto a Puerto”), **sino que el Convenio cubre el periodo de responsabilidad que comienza desde el momento en que el porteador reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega (“Puerta a Puerta”).**

Para cumplir con las obligaciones derivadas de la aplicación de esta regla “Puerta a Puerta” la Convención ha previsto el uso de varias formas de transporte para cumplir con el contrato, dando origen a operaciones de transporte multimodal.

Se estipula la responsabilidad solidaria con el transportador cuando el daño o pérdida ha ocurrido en su período de responsabilidad.

Con respecto a este tipo de operaciones, las Reglas de Rotterdam han establecido el sistema de responsabilidad conocido como **“sistema de red o camaleón”** según el cual cuando es posible identificar el modo de transporte en que ha ocurrido el daño o pérdida de la carga y se ha verificado que el mismo no ha sucedido durante la ejecución del transporte marítimo las Reglas, en principio, no aplican sino que aplica es la Convención Internacional que regula el modo de transporte en el cual ocurrió la pérdida o daño.

Para que tal Convención Internacional aplique, es necesario que la misma contenga normas que regulen expresamente la responsabilidad del porteador, su limitación, o el plazo de que se disponga para el ejercicio de sus acciones.

Ahora bien, si la Convención Internacional no regula estos temas o si no es posible determinar el modo de transporte en que sucedió el daño o pérdida de la mercancía o si no existe una Convención internacional aplicable, el régimen de responsabilidad de las Reglas de Rotterdam deberá aplicarse.

Las Reglas de Rotterdam han aumentado los límites de responsabilidad por los perjuicios resultantes de la pérdida, daño de la mercancía.

En estas reglas el límite de responsabilidad establecido es de 875 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga y de 3 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías que sean objeto de reclamación o litigio.

La unidad de cuenta es el Derecho Especial de Giro (DEG).

Se incrementan los topes indemnizatorios del transportador marítimo en relación a los previstos por sus predecesores (Artículo 59).

Se consagra la responsabilidad del transportador por retraso en la entrega de las mercancías (Artículo 21).

Se prevén también el beneficio de exoneraciones y limitaciones de responsabilidad.

Las Reglas de Rotterdam están llamadas a ser interpretado teniendo en cuenta su carácter internacional (Artículo 2°). Es decir, no más ya a partir de precedentes jurisprudenciales y/o normativa de nación alguna en particular.

Se eliminan las exoneraciones de responsabilidad del transportador por culpa náutica e incendio (dejando sólo el incendio a bordo).

Asimismo, permitiría instaurar una demanda judicial en contra del transportador marítimo o su representante en el lugar de entrega o puerto de entrega bajo ciertas condiciones (Artículo 66°).

Las Reglas de Rotterdam facilitan la operatividad de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, de arraigo en la región, como ser el arbitraje (Artículo 75° y ss.).

Por otra parte, se facilita el uso de documentos electrónicos (Artículo 8° y ss.).

Las Reglas de Rotterdam dan cabida, dentro de su ámbito de operación y a diferencia de las Convenciones anteriores, a la aplicabilidad en algunos casos de instrumentos subregionales que regulan el transporte por otros modos, como sería el caso de la Decisión 399 de la Comunidad Andina en Materia de Transporte Terrestre Internacional de Mercancías.

3.4.3. Las críticas al Convenio del sector vinculado a los intereses de la carga.

En primer lugar, se ha criticado la complejidad, extensión e inseguridad en la interpretación, por tratarse de un documento complejo y de difícil interpretación en muchos de sus puntos.

También que en su texto, se eliminan institutos que tenían siglos de aceptación en el transporte marítimo (conocimiento de embarque, armador, y fletamento).

En segundo lugar, se cuestiona que se introducen conceptos absolutamente nuevos (documento de transporte electrónico, contrato de volumen, parte ejecutante marítima, parte controladora) y que, dichos conceptos, traerán inseguridad en la interpretación y aplicación de las nuevas reglas a lo que es la realidad del transporte marítimo.

En tercer lugar, se critica que a efectos de la limitación de la responsabilidad, se parte de la base del derecho de los transportistas marítimos a gozar de limitación de responsabilidad, como algo indiscutible.

Así, se establece (Artículo 59°) en ochocientos setenta y cinco (875) unidades de cuenta por bulto o en tres (3) unidades de cuenta por Kilogramo.

La unidad de cuenta es el Derecho Especial de Giro (DEG)¹²⁴.

Se dice, como crítica a esta norma, que resulta irrisoria en su monto y está fijada en una unidad de cuenta afectada por inflación.

¹²⁴ A la fecha (abril de 2014) 1 Derecho Especial de Giro (DEG) = U\$S 1,545,

En cuarto lugar, se menciona que la limitación de responsabilidad no se pierde por parte del transportista en caso de culpa grave (Artículo 61°) y que solamente se pierde en caso de dolo.

En quinto lugar, la limitación de responsabilidad no es de orden público, pueden pactarse límites menores, siempre que ello se haga en un “contrato de volumen” (Artículo 79°). Sobre el contrato de volumen se menciona que está definido en el Artículo 1.2. y que bastaría tener una relación habitual de cliente con un armador para que la cláusula de irresponsabilidad total del contrato sea totalmente válida.

En sexto lugar, se menciona que todas las Convenciones anteriores dejaban en libertad al reclamante de elegir el Tribunal entre varias opciones, cosa que no sucede bajo Rotterdam. Y que se declaraban nulas las cláusulas de jurisdicción exclusiva que obligara al reclamante a ir a los Tribunales del domicilio del armador o a cualquier otro domicilio lejano y que hiciera imposible el acceso a la justicia.

El nuevo sistema de las Reglas de Rotterdam acepta las cláusulas de elección de Tribunal y la elección de jurisdicción exclusiva que imponga el transportador en el documento de transporte.

El Artículo 67°, por su parte, establece que el Tribunal acordado entre cargador y porteador tendrá competencia exclusiva, siempre que la cláusula forme parte de un contrato de volumen.

Y, además, para que la cláusula valga es suficiente con que haya sido acordada entre cargador y porteador.

Los críticos de Rotterdam, agregan que se olvida que el transporte es una relación entre tres partes (cargador, porteador y destinatario) y que, en la enorme mayoría de los casos, los daños los sufre el destinatario.

Dicen que de esta forma, los usuarios de transporte, de países importadores, se ven totalmente privados de protección y se les impone un acuerdo celebrado por los otros dos comerciantes (cargador y porteador), que lo remite exclusivamente a Tribunales del mundo desarrollado, lo que hace imposible ir a un juicio. Se agrega que el propósito no es elegir el Tribunal adecuado, sino de dificultar los reclamos a los armadores.

Debiéndose tener presente, señalan, que solamente un reclamo muy importante puede justificar ir a litigar a otro país, en virtud además del límite de responsabilidad vigente.

Por lo que serían cláusulas de irresponsabilidad y no de jurisdicción.

En séptimo lugar, se menciona la desaparición de la figura del armador quién, para las Reglas de Rotterdam, desaparece como sujeto de derecho y obligaciones y no es responsable de nada.

Se limita a regular las relaciones y responsabilidades del cargador con el porteador

(que es el transportador contractual o sea quien celebre un contrato de transporte con el cargador) y la parte ejecutante (que se define como quien se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador).

En octavo lugar, que si bien el Artículo 20° establece la responsabilidad solidaria del porteador y una o más partes ejecutantes, dado lo dicho sobre la figura del armador que desaparece como tal, queda en evidencia: (i) Que el porteador (transportador NVOC) es por definición insolvente; (ii) Que la parte ejecutante, generalmente, es un arrendador de buque que lo explota pero no es dueño, por lo que también sería insolvente; (iii) Que el propietario del buque no es más responsable, siendo los únicos responsables el porteador y la parte ejecutante.

Ambos pueden ser insolventes (se dice que generalmente ninguno de los dos tiene bienes a su nombre) y que el porteador subcontrata servicios de terceros y los “ejecutantes” utilizan barcos arrendados.

Finalmente, como conclusión a las críticas efectuadas a las Reglas de Rotterdam, se menciona que todo el sistema limitativo en el transporte marítimo se origina en normas proteccionistas impuestas por las grandes potencias navieras a favor de la industria armadora.

De esta forma, todo el sistema limitativo de responsabilidad, perjudica y daña a los usuarios de fletes marítimos, de los países que carecen de flota mercante.

Por lo que, en conclusión, las Reglas de Rotterdam son una tentativa de imponer una legislación contraria al interés nacional y en la que el principio de responsabilidad limitada se lleva a los extremos; siendo un concepto impuesto por los países proveedores de servicios armatoriales para su exclusivo beneficio¹²⁵.

125 AGUIRRE RAMIREZ Fernando. Declaración de Montevideo. En dicha instancia, se efectuó por parte de juristas de la región la siguiente declaración, criticando las Reglas de Rotterdam, e instando a los Gobiernos de la Región a no adherir ni ratificar dicha Convención.

DECLARACION DE MONTEVIDEO: Un grupo de ciudadanos y especialistas en Derecho Marítimo contrarios a que sus respectivos países adhieran y ratifiquen las llamadas “REGLAS DE ROTTERDAM” (“Convención sobre el contrato de transporte internacional de mercaderías total o parcialmente marítimo”, abierta a la firma el 23 de setiembre de 2009 en Rotterdam), han acordado emitir la siguiente declaración:

Dicha Convención es altamente inconveniente para los importadores y exportadores de los países latinoamericanos, en su casi totalidad usuarios del transporte marítimo internacional.

No proporciona la equidad y provecho recíproco en el comercio internacional, constituyendo un instrumento jurídico sumamente complejo, reglamentarista, lleno de remisiones entre sus disposiciones, con definiciones tautológicas e introduciendo un neo lenguaje marítimo, que deja sin valor la abundante jurisprudencia internacional desde 1924 a la fecha y que provoca por su deficiente técnica legislativa interpretaciones muy disímiles.

Constituye un retroceso de las normas y las prácticas vigentes en el transporte multimodal, al excluir otros medios de transporte cuando no está presente el transporte marítimo: sólo regula el tramo marítimo y los trayectos vinculados (plus marítimo). Además, en sí no es un convenio de alcance uniforme y universal, ya que permite apartarse de sus propios términos, como ocurre en el llamado contrato de volumen, y permite a los países además no ratificar las reglas de Jurisdicción y Arbitraje (Caps. 14 y 15), las que pasan a ser o no obligatorias para los contratantes.

Introduce definiciones jurídicamente intrascendentes para el contrato de transporte, como lo son: el contrato de volumen, el transporte de línea regular o no regular, la parte ejecutante o la parte ejecutante marítima, disgregaciones que no alteran el concepto ni el objeto del contrato de transporte.

Introduce el concepto de embarcador documentario, distinto de embarcador, que la propia Convención admite no ser la otra parte verdadera en el contrato de transporte, así como también elimina la figura del transitario o agente transitario de carga.

3.4.4. Situación regional en cuanto a la ratificación de las Convenciones Internacionales.

Elimina los términos de consignatario y endosatario de la carga, consagrados en casi dos siglos por las legislaciones, doctrina y jurisprudencia internacionales, sustituyéndolos por términos sin significado jurídico, como portador del documento de transporte destinatario, derecho de control y parte controladora

Elimina el término conocimiento de embarque, consagrado en todas las legislaciones, doctrina y jurisprudencia, sustituyéndolo por vagos términos de documento de transporte o documento de transporte electrónico.

Declara equivocadamente que el sustituto del conocimiento – el documento de transporte – es el contrato de transporte, cuando él no es más que una prueba de su existencia y se ignoran sus otras funciones de constituir recibo de mercancías a bordo y título de crédito,

Admite la inserción de cláusulas especiales en el documento de transporte, alterando lo actual, que ello sólo es admisible en contratos de fletamento libremente negociados.

Admite la validez de las cláusulas de adhesión insertas en el documento de transporte que atribuyan jurisdicción exclusiva a los tribunales que elija el transportador. Esto, en la práctica, obligará a los usuarios a concurrir siempre a los tribunales de los domicilios de los transportadores, excluyendo así a los órganos jurisdiccionales de los países consumidores de servicios de transporte, y en especial, impedirá al damnificado de un incumplimiento contractual recurrir a los tribunales del lugar de destino.

No se aplica a conocimientos o documentos de transporte emitidos en razón de contratos de fletamento total o parcial de un navío, forma comercial que tiene muchos años de pacífica aplicación.

Deja al transportador el arbitrio de recibir a bordo o destruir mercancías, si ellas, en cualquier momento, se pueden tornar peligrosas en el curso del transporte, y exonera de responsabilidad al transportador por cualquier pérdida natural de volumen o peso, sin establecer límites específicos para cada tipo de mercadería. Asimismo, permite al transportador desviarse de ruta, sin perder el derecho a la exoneración o la limitación de responsabilidad, por tal desviación.

Cambia las reglas claras que regulaban hasta la fecha la responsabilidad del transportador y aumenta gravemente la carga de la prueba sobre el reclamante (destinatario o cargador), alterando sustancialmente el onus probandi. No existen motivos para abandonar el sistema tradicional donde al damnificado sólo le cabe probar la existencia del contrato de transporte y el incumplimiento de éste: Hasta aquí al porteador le incumbe acreditar la causa extraña que lo pueda exonerar de responsabilidad. Queda en la nebulosa si el transportador se obliga a un resultado con el cúmulo de excepciones desaparece para el transportador la obligación de custodiar, lo que recibe a bordo. Si el contrato es en esencia con obligación de resultado, ello conduce a una obligación básica para el transportador: custodiar las mercancías. Respecto de la carga y estiba en la nave, al permitirse que el transportador traslade estas operaciones al embarcador o terceros operadores, resultará para el transportador una liberación de sus obligaciones de custodia y súper vigilancia de la buena estiba, siendo que esta compromete la buena navegabilidad.

Fija límites ínfimos de responsabilidad por pérdida o avería – 875 DEG por bulto y 3 DEG por kilogramo de peso bruto – que implican una rebaja radical de la medida de los límites fijados en las Reglas de La Haya Visby. Además, la medida de cuenta (DEG) es una unidad monetaria afectada por inflación, lo que significará a lo largo de los años un aumento progresivo de la irresponsabilidad de los transportadores. El límite de responsabilidad por atraso (dos veces y media el valor del flete) también parece insuficiente. Tampoco son claras las reglas sobre el valor de la indemnización debida cuando hubiere valor declarado de las mercancías. La limitación de responsabilidad es solo para el porteador, pero no para el cargador, cuyas obligaciones regula (arts. 17/24), y cuya responsabilidad es íntegra e ilimitada, por lo que consagra un privilegio inaceptable para el primero.

La limitación de responsabilidad de los transportadores es perjudicial para los usuarios del transporte, implica una transferencia de costos en beneficio de los navieros y afecta la balanza de pagos de los países consumidores de servicios armatoriales. Hacemos notar que en la legislación de muchos países de esta región no se admite la limitación de responsabilidad (como Brasil o Uruguay), y que los límites adoptados por la República Argentina y otros países ratificantes de las Reglas de La Haya, son sustancialmente superiores.

Con el afán de conseguir unanimidad, se han introducido en estas nuevas Reglas, principios y normativas de la tecnología jurídica adoptada por las Reglas de La Haya 1924, y también por las Reglas de Hamburgo. Esto dicho en otros términos, sobre un esqueleto con origen en el Common Law se ha puesto un ropaje extraído de las Reglas de Hamburgo (las que tienen un sustrato del derecho civil continental codificado). Cuando se dice que se busca la uniformidad del derecho aplicable para facilitar el comercio marítimo transnacional, se ignora la incoherencia del cúmulo de artículos de Rotterdam, por dejar conforme a todos, habrá de llevar a una verdadera Torre de Babel jurisprudencial, mucho más inconfortable que el estudiar legislaciones foráneas que se han logrado en protección de los derechos de los usuarios; esto es de exportadores e importadores. Las modernas tecnologías de la informática, ponen a disposición de todo el universo, las reglamentaciones locales con sus interpretaciones doctrinarias y judiciales. O sea, no es tan difícil conocer las normativas transoceánicas. En resumen es una falacia anunciar que las Reglas de Rotterdam terminarán con “el desorden mundial que reina actualmente en la materia”, como lo sostienen los entusiastas de esta nueva nomenclatura.

Conclusión: Todas estas razones nos llevan a señalar a los respectivos Gobiernos y Parlamentos que no adhieran ni ratifiquen las llamadas Reglas de Rotterdam.

En Latinoamérica, no son uniformes los criterios que han llevado adelante los diferentes países, en lo que refiere a la ratificación de las Convenciones Internacionales que venimos de analizar.

- **Reglas de La Haya:** Argentina; Bolivia; Cuba; Perú.
- **Reglas de La Haya- Visby:** Ecuador; México (con el Protocolo SDR de 1979).
- **Reglas de Hamburgo:** Chile; Paraguay; República Dominicana.

► **No han ratificado ningún Convenio:** Brasil; Costa Rica; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Puerto Rico; Venezuela; Colombia; El Salvador; Haití; Jamaica; Panamá; Uruguay.

Sin embargo, algunos de los países referidos, que no han ratificado las Convenciones, cuentan en su derecho interno con normas bastante modernas en la temática del derecho marítimo¹²⁶.

Respecto de las Reglas de Rotterdam, cabe mencionar que ningún país de la región ha iniciado los procesos internacionales necesarios a efectos de ratificarlas, si bien como veremos, se está avanzando en el estudio serio de la normativa.

2.4.5. Algunas sentencias de nuestros Tribunales que aplicaron derecho extranjero.

Como dijimos, por lo que es nuestra normativa de derecho internacional privado del Apéndice del Código Civil, es común que se resuelvan en jurisdicción Uruguaya, reclamos por incumplimientos de contrato de transporte marítimo, en lo que resulta aplicable la normativa vigente en los países de destino.

Mencionaremos, a modo de ejemplo, tres casos, en los que se aplicó por parte de nuestros Tribunales normativa extranjera, haciéndose lugar a excepciones de prescripción y/o caducidad de la acción así como entendiéndose que el daño por el que se reclamaba se había producido luego de concluido el período de responsabilidad temporal del transportista marítimo efectivo.

Como se comprenderá, sin demasiada dificultad, teniendo en cuenta lo que vimos del régimen legal de las principales Convenciones Internacionales en la materia, estos procesos resultaron favorables para los intereses de las empresas navieras.

También debemos mencionar, que resultó más fácil situar la realidad del caso a la normativa aplicable, debido al alcance de la regulación misma de las Convenciones.

3.4.5.1. Carga de exportación de carne con destino a España.

126 Venezuela cuanta con una Ley de Comercio Marítimo de 2001. Dicha Ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.551 del 9 de noviembre de 2001 – Decreto N° 1.506 del 30 de octubre de 2001. El Artículo 253 de la Ley Comercio Marítimo de Venezuela dispone expresamente:

“Todas las acciones derivadas del contrato de transporte de mercancías por agua prescriben transcurrido que sea un (1) año, contado a partir de la fecha en que el porteador haya entregado la mercancía al consignatario, o en la fecha en la cual han debido ser entregadas...”.

Se trató de una carga de exportación de carne bovina congelada desde Uruguay con destino al puerto de Valencia, España.

Al llegar la carga a destino, existieron inconvenientes con el comprador de la carga por lo que se demoró el retiro de la misma desde el puerto de Valencia.

Asimismo, cuando otro comprador fue a despachar la carga, se constató que faltaba el precinto de sanidad del Ministerio de Agricultura y Pesca de Uruguay. Esto motivó una inspección, por un tema formal, constatándose además que la mercadería no estaba en condiciones sanitarias adecuadas, por la cercanía de fechas de vencimientos, ordenándose su destrucción.

El caso se resolvió bajo la Ley Española para un caso de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque, que era la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para conocimientos de embarque en los buques mercantes, que introdujo las Reglas contenidas en el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 (Reglas de La Haya).

El Artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 decía que el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a menos que se ejercite una acción dentro del año siguiente a la entrega de las mercancías o a la fecha en que éstas hubieran debido ser entregadas.

En caso de pérdida o daños, ciertos o presuntos, el porteador y el receptor de las mercancías se darán recíprocamente todas las facilidades razonables para la inspección de las mercancías y de la comprobación del número de bultos¹²⁷.

La sentencia definitiva de primera instancia, amparó el argumento de que la acción había sido promovida fuera del plazo legal de un año aplicable al asunto, de acuerdo al derecho Español, declarando la caducidad de la acción¹²⁸.

La sentencia no fue apelada por el frigorífico reclamante.

3.4.5.2. Carga de exportación de aceite con destino a México.

127 Se alegó en juicio los criterios jurisprudenciales de los Tribunales Españoles al respecto. La STS (sala 1ª) del 30.05.1984 dispuso:

"...si es de caducidad el plazo del párrafo 4º del artículo 22º, es llano que, por el criterio y conforme a un cuerpo de doctrina constituido, los diferentes modos de interrumpir la prescripción no son aplicables a los plazos de caducidad, pues la prescripción y la caducidad aunque sirvan a la finalidad de evitar que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos, ofrecen como nota que las distingue, aparte de otras, la de que, en la primera el factor tiempo puede ser detenido en su marcha tendente a la extinción si median actos obstructivos al designio prescriptivo, lo que no ocurre con la caducidad en la cual no cabe la interrupción ni la suspensión sino el propio ejercicio del derecho dentro del plazo..."

En similar sentido, la STS (sala 1ª) de 14/12/1986 señaló:

"...el lapso anual previsto en este artículo debe calificarse de caducidad y no de prescripción, y ello no sólo porque de la literalidad del citado precepto se desprende que a la acción concedida para reclamar por pérdidas o daños se le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonere en todo caso de responsabilidad al porteador y al buque, sino también, y con independencia de cualquier otra consideración, porque así lo tiene declarado esta Sala en sentencias de 31/10/1978, 30/05/1984, 29/11/1985, etc., calificación de caducidad que lleva aparejada que los modos interruptivos aplicables a la prescripción, como la interposición de la demanda de conciliación, no lo sean a la caducidad según constante doctrina de este Tribunal Supremo..."

128 Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13º Turno N° 67/2013 del 11 de noviembre de 2013.

Fue una operativa de exportación de aceite refinado de girasol desde Uruguay con destino a México.

La carga llegó sin inconvenientes al puerto de destino, siendo descargado el contenedor por el operador portuario interviniente, sin observaciones, quedando el contenedor depositado en la playa de contenedores del operador que efectuó la descarga desde el buque de la naviera.

Posteriormente a la descarga, días después, el contenedor es cargado en un camión a efectos de un traslado interno dentro del puerto, para que luego se pudiera cumplir con el desaduana miento de la carga.

Durante ese transporte interno en el puerto de destino, se constata una pérdida de aceite desde dentro del contenedor.

Efectuada la inspección de la carga por las Autoridades, se certifica rotura en el flexitanque¹²⁹ y se ordena la destrucción del aceite.

El transporte marítimo había sido efectuado FCL/FCL y el flexitanque había sido proporcionado al cargador (exportador) por una tercera empresa, que no era parte del juicio. La consolidación del aceite había sido efectuada en la planta del exportador, por su propio personal.

La normativa aplicable al caso, fueron las Reglas de La Haya-Visby -pues México accedió a las Reglas de La Haya de 1924 y a sus protocolos de Visby de 1968 y el SDR de 1979-.

Como analizamos, de acuerdo esa normativa, el período de responsabilidad del transportista marítimo culmina al momento de la descarga¹³⁰.

En el juicio, se logró acreditar que al momento de la descarga, no había pérdida alguna de aceite ni daño, habiendo sido descargado el contenedor sin observaciones por parte del operador portuario interviniente; sin emitirse Documento de Intercambio de Equipo.

Se hizo hincapié en que la carga fue consolidada por el propio exportador, que el flexitanque había sido proporcionado por una tercera empresa, y en el hecho de que había informes de peritos marinos efectuados en destino (agregados por la parte actora del proceso) que decían que la causa de la rotura del flexitanque había sido el roce con el protector generado con el vaivén del camión al transitar, hasta que se rompió¹³¹.

129 Es el recipiente en el que va consolidado el aceite dentro del contenedor.

130 Es el criterio "Gancho a Gancho".

131 El Informe de la causa de la avería decía que:

"El inspector local encontró que uno de los protectores de metal se había salido de lugar. Aparentemente, porque se encontró el flexitanque manchado de óxido similar al de este protector en el lugar donde se rompió, el inspector consideró que el flexitanque había sido rozado el protector con el vaivén del camión al transitar hasta que se rompió."

La sentencia definitiva de primera instancia¹³² desestimó la demanda en todos sus términos, siendo los principales fundamentos la normativa aplicable al respecto.

En efecto, la sentencia dispuso que conforme a las Reglas de La Haya-Visby (Artículo 1ero literal a, b y c, Artículo 2); el período de responsabilidad del transportador se extiende desde el momento en que carga la mercancía a bordo del buque hasta que la descarga en el puerto de destino, además, refirió que conforme al conocimiento de embarque, el que calificó como “la ley de partes”, el transportista recibió en el puerto de Montevideo un contenedor conteniendo 20,5 toneladas de aceite y se comprometió a transportarlo a México, siendo el puerto de descarga pactado el de Altamira, en México.

Analizando el conocimiento de embarque, la sentencia refirió a que se trató de un transporte marítimo pactado puerto a puerto y no un transporte combinado, el espacio correspondiente al mismo texto en el documento se encuentra libre, dijo.

En definitiva, concluyó que el transportista marítimo dio cumplimiento al contrato en el momento de efectuar la descarga en el puerto de Altamira, sin observaciones de ningún tipo.

Refiriéndose al momento de la producción del daño, señaló que quedó probado que no se notó falta ni daño alguno a la descarga y que fue varios días después, cuando el contenedor ya estaba en poder de otro agente, que se produjo el daño a la carga.

Asimismo, se hizo referencia a que fue el exportador quien llenó el contenedor con su producto, realizando las tareas de consolidación y que, además, fue una tercera empresa la encargada de suministrarle el flexitanque donde se colocó el aceite.

Esto deja en evidencia, señala el fallo, que el transportista marítimo no acondicionó el flexitanque dentro del contenedor, no se lo proporcionó al exportador, y que el transportista marítimo se obligó a transportar el contenedor en las mismas condiciones que lo recibió, desde el puerto de Montevideo hasta el puerto de Altamira (FCL/FCL y STC).

Finalmente, agregó la sentencia, incluso, cabría hacer lugar a la eximente de responsabilidad invocada en subsidio, prevista en el Artículo 4° de la Convención, que señala que ni el porteador ni el buque serán responsables de las pérdidas o daños que provengan de: Embalaje insuficiente y vicios ocultos que escapen a una diligencia razonable; disponiéndose al respecto que también quedó acreditado que el daño en el flexitanque pudo haberse producido por la deficiencia de embalaje (que estuvo a cargo de la asegurada de la actora) o de los vicios ocultos que escapen a una diligencia razonable, lo que eximiría de responsabilidad al transportista marítimo.

La sentencia referida no fue apelada por la Compañía de Seguros actora.

3.4.5.3. Carga de exportación de leche larga vida con destino a Venezuela.

El tercer caso que queremos referir, se trata de una exportación de leche larga vida en

¹³² Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13° Turno N° 56 del 30 de septiembre de 2013.

caja con destino a Venezuela.

En el puerto de destino, se constató que se habían roto los palletes en que estaba estibada la carga, produciéndose rotura de cajas, lo que contaminó el producto, ordenándose la destrucción por parte de las Autoridades Sanitarias.

Se aplicó el derecho Venezolano, la Ley de Comercio Marítimo de 2001, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.551 del 9 de noviembre de 2001 – Decreto N° 1.506 del 30 de octubre de 2001.

Conforme a dicha normativa, que recoge como derecho interno de Venezuela, las Reglas de Las Haya-Visby, la naviera interpuso la excepción de prescripción de la acción, debido a que la demanda fue presentada fuera del plazo legal de un año, previsto en el Artículo 253 del la Ley referida¹³³.

Por sentencia interlocutoria¹³⁴, la Sede actuante amparó la excepción de prescripción, en base al Artículo de la Ley de Comercio Marítimo de Venezuela que venimos de mencionar.

La sentencia, en definitiva, dispuso que la demanda fue presentada pasado el plazo de un año de prescripción previsto en la norma aplicable al caso y que se notificó el emplazamiento a los demandados fuera de dicho plazo, por lo que no se interrumpió válidamente la prescripción y, consecuentemente, la acción se encontraba prescripta.

La referida sentencia fue apelada por la Compañía de Seguros.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, confirmó en todos sus términos la sentencia de primera instancia¹³⁵.

4. IMPLICANCIA PRÁCTICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE EN NUESTRO PAÍS.

Venimos de analizar el régimen legal del transporte marítimo por contenedores, tanto a nivel nacional como internacional.

Entendemos que ha quedado en evidencia las diferencias existentes al respecto, que implican un tratamiento legal dispar para los intereses de la carga y para el sector armador.

Sin duda, podemos afirmar que el régimen legal vigente en nuestro país, resulta mucho más beneficioso para el sector que defiende los intereses de la carga, relegando, claramente, al transportista marítimo o naviero.

133 Artículo 253 de la Ley Comercio Marítimo de Venezuela dispone:

“Todas las acciones derivadas del contrato de transporte de mercancías por agua prescriben transcurrido que sea un (1) año, contado a partir de la fecha en que el porteador haya entregado la mercancía al consignatario, o en la fecha en la cual han debido ser entregadas...”.

134 Sentencia interlocutoria del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 13er Turno N° 3273/2013 del 23 de octubre de 2013.

135 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno N° 380/2014 del 13 de junio de 2014.

En este punto, retomaremos lo analizado anteriormente, dejando ver la judicialización que existe en nuestro país, por parte de los sectores vinculados a la carga, que ha llevado con los años ha establecer un sistema jurisprudencial que les resulta claramente favorable. Ello en detrimento del sector naviero o armador lo que, teniendo en cuenta la realidad de nuestro país, en el sentido de apostar al desarrollo sostenido del puerto de Montevideo, conjuntamente con otras medidas relacionadas a la actividad, nos permite afirmar la necesidad de reformas legislativas al respecto, teniendo en cuenta el régimen legal actual y lo que implican las Convenciones Internacionales.

Veremos también los Proyectos que han existido al respecto que, sin embargo, no han tenido el impulso necesario ni el apoyo de todos los involucrados pero que, sin duda alguna, intentaban dar rápida solución a grande temas de conflicto, que aún se mantienen en nuestra práctica legal sin resolver correctamente.

4.1. Las principales “premisas” del sistema legal Uruguayo.

La normativa vigente en nuestro país favorece claramente a los intereses vinculados a la carga en detrimento del sector naviero o armador.

Alcanza revisar las grandes características de nuestro sistema legal interno, impuestas algunos de ellos por criterios jurisprudenciales mayoritarios a lo largo de los años, para percatarse de ello.

Dentro de estas premisas fundamentales, verdadero “buque insignia” de los reclamos judiciales promovidos en nuestra jurisdicción, bajo normativa interna, podemos referir:

i. Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de veinte (20) años.

No cabe duda que resultaba ser un plazo sumamente excesivo y totalmente alejado de la dinámica de la operativa, así como de lo que indican las Convenciones Internacionales que analizamos.

Es muy común, en el ejercicio profesional en esta rama de actividad, que se deba explicar varias veces que el plazo de prescripción es de veinte años en nuestro país, repitiéndose la sorpresa de los involucrados, generalmente empresas armadoras del exterior, acostumbrados a los plazos de las Convenciones Internacionales (1 o 2 años, según la Convención).

Por ello, aplaudimos lo regulado por la reciente Ley 19.246 al respecto, reduciendo el plazo a dos años, en la línea de lo previsto en las principales Convenciones Internacionales.

ii. Solidaridad e indivisibilidad de la obligación de todos los involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores (armadores, propietarios registrales, propietarios gerentes, operadores portuarios, depósitos portuarios).

Este es otro concepto fundamental que se cuela como “palabra santa” en nuestros Tribunales.

De esta forma, la práctica indica, que los reclamantes (generalmente Compañías de Seguros que actúan por subrogación de acuerdo al Artículo 669 del Código de Comercio), inicien este tipo de procesos contra todos los involucrados en la cadena de transporte marítimo, sin diferenciar responsabilidades, pese a muchas veces tener los elementos para hacerlo.

Se pide una **condena solidaria e indivisible**, de un agente de cargas u operador NVOC que recibió carga suelta, la consolidó en un contenedor, así como del transportista marítimo efectivo en un puerto del mundo recibió el contenedor para su traslado hacia el puerto de Montevideo.

Esto también sin diferenciar las condiciones en que llegó ese contenedor, teniendo en cuenta todo lo que analizamos sobre las diferentes cláusulas que rigen para el transporte marítimo por contenedores, operativa logística y comercial llevada adelante en origen, por ejemplo (FCL/FCL; LCL; etc.).

Nuestro Juzgados están llenos de reclamos en que se involucra a un transportista marítimo efectivo, por un faltante que claramente sucedió en origen.

Con el análisis de algunos elementos básicos en la operativa, se puede sacar esa conclusión, casos pactados FCL/FCL en los que el transportista marítimo efectivo entregó el contenedor en destino con el mismo número de precinto con que recibió el contenedor en el puerto de carga, sin observaciones.

En estos casos, es claro, por lo que indica la práctica logística así como las mismas constancias FCL/FCL y STC, que se trató de maniobras sobre la carga efectuadas en origen, en la etapa de consolidación, antes de que se cerrara y se precintara el contenedor, antes también de que fuera entregado al transportista marítimo efectivo para su transporte.

Aplaudimos, por ende, los fallos judiciales que van recogiendo, tímidamente, que no se está en el caso del transporte marítimo internacional de contenedores ante una obligación que sea solidaria e indivisible. También las sentencias que distinguen las operativas llevadas adelante y las formas de transporte marítimo realizado, a efectos de deslindar las responsabilidades de los diferentes agentes, caso a caso, según la forma de transporte marítimo pactado, y sin aplicar sin más el concepto de “obligación de resultado” y la “solidaridad e indivisibilidad de la obligación”.

iii. Momento de configuración de la entrega por parte del transportista marítimo y su período de responsabilidad temporal.

Vimos la problemática que genera, teniendo en cuenta la operativa portuaria desde la Ley 16.246, la intervención de los operadores portuarios que se encargan de la estiba y desestiba de los contenedores desde los buques, el depósito de los mismos en playas de contenedores, así como la intervención de los depósitos portuarios.

Sin duda, es otro de los puntos en los que hay zonas grises, y que genera una sobre-

protección de los intereses de la caga, facilitándose al máximo el reclamo judicial.

No distinguiéndose los diferentes períodos de responsabilidad (plenamente identificables), los diferentes involucrados (plenamente identificables también), así como lo que indican los usos y costumbres en la operativa portuaria (emisión de documentos de intercambio de equipos, controles a la descarga del buque por parte de operadores portuarios, retiro de los contenedores llenos de importación desde el puerto de Montevideo, suscripción de documentos de intercambio de equipos por parte del importador, etc.).

Las Convenciones Internacionales, con diferente alcance, como vimos, regulan claramente lo que se entiende por período de responsabilidad temporal del transportista marítimo.

A esto ahora debemos sumar lo previsto en el Artículo 1ero de la Ley 19.246, especialmente lo relativo al régimen de recibo de las mercaderías e inspecciones conjuntas y como comiencen a operar en la práctica, conforme señalamos.

iv. Responsabilidad ilimitada por los daños.

Otra de las características de nuestro sistema legal. Esto genera inseguridad jurídica en una actividad que claramente es de volumen.

Sin duda es difícil un equilibrio, pero nuestro régimen actual es el de reparación integral del daño del derecho común.

Eso lleva que puedan darse juicios en los que se reclama daño emergente (que sería el valor de la mercadería perdida o averiada), lucro cesante (por supuestas pérdidas de ganancias, como ser reventa en plaza de mercaderías importadas) e incluso daño moral (de empresas por daños a su imagen o de personas físicas en casos de pérdidas de enseres personales).

Existen juicios de estas características, si bien no son la mayoría, dado que como señalamos generalmente actúan Compañías de Seguros por subrogación, limitándose el monto de sus reclamos judiciales a lo abonado a sus clientes, según lo establecido en las pólizas de seguros respectivas.

Esta característica de reparación integral del daño que rige en nuestro derecho, evidentemente, implica una exposición económica desmesurada para el sector armador, teniendo en cuenta el tipo de actividad de la que estamos hablando.

Tan es así que, como analizamos, desde las Convenciones Internacionales de 1924, se regula este aspecto de la limitación económica de la responsabilidad, que si bien ha variado en cuanto a la fórmula del cálculo, no lo ha hecho en cuanto al concepto.

Limitación de responsabilidad que, por otro lado, no es exclusivo del derecho marítimo sino que también es moneda corriente en el derecho aéreo y, en ese medio de transporte, nuestro país ha recorrido el camino de la ratificación de Convenciones In-

ternacionales que regulan el transporte aéreo¹³⁶, cuando años atrás regían prácticamente los mismos principios y conceptos que estamos analizando; particularmente la no limitación de los montos de responsabilidad.

v. Obligación de resultado del transportista marítimo. Eximentes de responsabilidad aplicables por el transportista marítimo y la forma en que se ha pronunciado mayoritariamente la jurisprudencia nacional.

Este punto está relacionado con lo que vimos sobre al alcance que se le da a la obligación de resultado y a las eximentes de responsabilidad que pueden ser alegadas por el transportista marítimo.

Claramente es muy restrictivo la valoración que al respecto han hecho nuestros Tribunales y, en los hechos, prácticamente es inexistente la posibilidad de que un transportista se eximido de responsabilidad por haberse configurado a su respecto las eximentes legales del Artículo 168 del Código de Comercio.

Según referimos, el criterio de las Convenciones Internacionales, es el de prever eximentes de responsabilidad para los transportistas marítimos, en determinados casos, a efectos de que no se aplique sin más su responsabilidad.

4.2. Reclamos judiciales por daños a la carga en el transporte marítimo en Uruguay, tomando como “buque insignia” algunos de los conceptos analizados.

En base a estos puntos referidos, principalmente, se ha construido en nuestro país un sistema jurisprudencial, que favorece a los intereses de la carga y, particularmente, de las Compañías de Seguros.

La jurisprudencia ha sido así totalmente favorable a amparar los reclamos de las Compañías de Seguros que actúan por subrogación por pagos efectuados a sus clientes importadores, de acuerdo al Artículo 669 del Código de Comercio.

A nuestro entender, llevando adelante como bandera la obligación de resultado y la solidaridad e indivisibilidad de la obligación, la limitación a los eximentes de responsabilidad factibles de ser alegadas por el transportista marítimo efectivo, además de los otros puntos reseñados, como “buque insignia”, nunca mejor aplicada la metáfora.

A esto se sumaba el plazo de prescripción de la acción que rige en nuestro derecho (20 años), lo que a todas luces es un exceso, hoy ya reducido a dos años, conforme señalamos.

Esto, principalmente, genera inseguridad jurídica para el sector armador, que opera en todo el mundo, al amparo, en la mayoría de los casos, de las Convenciones Internacionales analizadas o de normas internas, con idéntico contenido.

A la luz de este régimen, no pocas veces consideramos que sucede, que las Compañías de Seguros cubren siniestros a sus clientes y, amparados luego en la reclamación

¹³⁶ Ley 18.169 del 14 de agosto de 2007; que aprobó el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte aéreo internacional de 1999.

por subrogación, habilitados por las características de la normativa interna y del sistema legal impuesto, inician reclamos contra los armadores, sin prueba o elementos suficientes, pero bajo el gran paragua de de estos conceptos o principios.

Aquí entran en juego, los informes sobre causas de la avería y liquidaciones de avería, que efectúan en casos de siniestros que actúan Compañías de Seguros, los denominados Peritos Marinos. Informes a todas luces son necesarios, pero que se llevan adelante, muchas veces, sin la rigurosidad que deberían tener lo que ha llevado a que se emitan informes de este tipo, sin haber visto el contenedor ni la carga, basándose no ya en constataciones de un Inspector de Confianza, sino del propio asegurado.

Si la Compañía de Seguros, contra esos informes, decide igualmente cubrir un siniestro, no deja de ser una decisión comercial. Sin embargo consideramos, al menos como peligroso, que se reclamos judiciales utilizando como prueba esos informes.

Por eso, sin duda, resulta importante que exista una regulación específica sobre los métodos que se deben cumplir para la elaboración/emisión de estos informes, con protocolos establecidos y dándose las garantías del caso a todos los involucrados.

Lamentablemente, si bien la Ley 19.246 reguló su validez, nada estableció sobre los protocolos o regímenes que se deben llevar adelante, por lo que no cambia esta problemática.

4.3. Uruguay en la región.

El 60% de los países de Latinoamérica no ha ratificado ninguno de los Convenio Internacionales vigentes sobre el contrato de transporte marítimo por mercancías que referimos.

Esto parece implicar que, para la mayoría de los países latinoamericanos, no son satisfactorias las Convenciones Internacionales vigentes.

- **Reglas de La Haya:** Argentina; Bolivia; Cuba; Perú.
- **Reglas de La Haya- Visby:** Ecuador; México (con el Protocolo SDR de 1979).
- **Reglas de Hamburgo:** Chile; Paraguay; República Dominicana.
- **No han ratificado ningún Convenio:** Brasil; Costa Rica; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Puerto Rico; Venezuela; Colombia; El Salvador; Haití; Jamaica; Panamá; Uruguay.

Por los diferentes regímenes legales de estas Convenciones, para los sectores involucrados en la operativa, parece claro que la pregunta que en cuanto a la conveniencia del régimen legal aplicable y su necesidad de cambios debería estar arriba de la mesa en nuestro país.

Más aún teniendo en cuenta la competencia de puertos instalada en la región, que

ha quedado de manifiesto en los últimos meses del 2013 primeros meses de este año, con las medidas argentinas respecto de la prohibición de trasbordos de exportaciones Argentinas en el puerto de Montevideo¹³⁷ y las medidas dispuestas que afectan el Puerto de Nueva Palmira¹³⁸.

137 ADJ 128/2013: Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables. PUERTOS. Disposición 1108/2013. **Mercosur. Cargas de exportación.** Bs. As., 25/10/2013

VISTO el Expediente N° S02:0008337/2012 del Registro del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, y CONSIDERANDO:

Que el ACUERDO SOBRE TRANSPORTES MARITIMOS ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, aprobado por la Ley N° 23.557 establece en su Artículo III, inciso 1 que "Las mercaderías originadas en puertos argentinos, y destinadas a los puertos brasileños, y viceversa, serán obligatoriamente transportadas en buques de bandera nacional de las Partes Contratantes, con participación en partes iguales, en la totalidad de los fletes generados".

Que el Acuerdo mencionado en el primer considerando no admite operaciones de trasbordo en puertos de terceros Estados.

Que pese a los reiterados esfuerzos realizados por la REPUBLICA ARGENTINA, en el ámbito del Subgrupo de Trabajo N° 5 -TRANSPORTES del MERCOSUR, no se ha logrado consolidar un Acuerdo de Transporte Marítimo Multilateral - MERCOSUR.

Que consecuentemente corresponde fortalecer la operativa de transporte de carga por agua, en el marco de los Acuerdos Bilaterales vigentes.

Que esta SUBSECRETARIA DE PUERTOS Y VIAS NAVEGABLES dependiente de la SECRETARIA DE TRANSPORTE del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE es Autoridad de Aplicación de la Ley N° 24.093 de Actividades Portuarias en virtud del Artículo 22 del Decreto N° 769/1993, revistiendo el carácter de AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL.

Que dentro de las funciones y atribuciones de la AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL previstas en el Artículo 22, inciso d) de la Ley N° 24.093 figura la de promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del ESTADO NACIONAL.

Que asimismo corresponde a la AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL de acuerdo a la atribución otorgada por el artículo 22, inciso j) de la Ley N° 24.093 coordinar la acción de los distintos organismos de supervisión y control del Estado Nacional que actúan dentro del ámbito portuario, con el fin de evitar la superposición de funciones, y facilitar el funcionamiento eficiente del puerto en sí mismo y de los servicios que en él se prestan; todo ello, sin perjuicio de las leyes y reglamentos vigentes en la materia.

Que en orden a las consideraciones vertidas precedentemente, corresponde dictar el presente acto administrativo.

Que la DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS dependiente del MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que el suscripto está facultado para el dictado de la presente medida, en virtud de las competencias atribuidas en el Artículo 22 del Decreto N° 769/1993 y el Decreto N° 875 de fecha 6 de junio de 2012.

Por ello,

EL SUBSECRETARIO

DE PUERTOS Y VIAS NAVEGABLES

DISPONE:

Artículo 1° — Dentro del ámbito geográfico de los países que integran el MERCOSUR las cargas de exportación originadas en puertos argentinos, únicamente podrán ser transbordadas en otros puertos de jurisdicción nacional o en puertos de los Estados Parte del MERCOSUR y sus Estados asociados que mantengan vigentes acuerdos de transporte marítimo de cargas con la REPUBLICA ARGENTINA.

Art. 2° — Notifíquese a la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA dependiente del MINISTERIO DE SEGURIDAD y a la DIRECCION GENERAL DE ADUANAS dependiente de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad descentralizada en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS.

Art. 3° — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — Horacio L. Tettamanti.

138 La operativa de Nueva Palmira está siendo afectada al no recibir carga procedente desde Paraguay. El motivo fue una resolución de la subsecretaría de Puertos y Vías Navegables de Argentina de clausurar un embarcadero (por motivos de seguridad y por incumplir un plan de inversiones comprometido) en la isla La Paloma (frente a la terminal colonense) que era utilizada por las barcasas paraguayas como sitio de amarre a la espera de tener lugar de atraque en Nueva Palmira.

También se limitó el tamaño de los convoyes con barcasas que navegan por la hidrovía rumbo a Nueva Palmira y la Pre-

Si Uruguay apuesta a ser un país que juegue fuerte como polo logístico, con actividad portuaria que apunte a la región, como puerto Hub, compitiendo con otros puertos como receptor de carga (de importación o de exportación), con actividad armatorial, debería plantearse seriamente la necesidad de cambios en su sistema normativo.

Dado que, como establecimos, el régimen vigente en nuestro país resulta claramente perjudicial para estos intereses, debido a que habilita todo tipo de reclamos de los sectores vinculados a los intereses de la carga contra el sector armador o naviero.

Obviamente, hay otros temas de interés, conjuntamente con el cambio normativo, que deberán ser evaluados, dado incluso las últimas medidas Argentinas en relación a nuestros puertos.

Uno de esos temas, es avanzar con Argentina y Brasil en un tratado multilateral sobre transporte marítimo, como el que existe actualmente entre esos dos países.

Más teniendo en cuenta que la medida argentina ha disminuido la llegada a nuestro puerto de buques porta contenedores¹³⁹.

Se deberá seguir negociando el acuerdo Mercosur de tránsito marítimo único, sin perjuicio de que se pueda avanzar en un acuerdo bilateral de carga provisorio.

Otros de los puntos trascendentes en esta temática, es la situación por el dragado del Canal Martín García¹⁴⁰, que también ha dado lugar a enfrentamientos con Argentina en

fectura Naval dispuso que todos los convoyes con barcasas que utilicen los amarradores argentinos (como el caso de los paraguayos) deben formalizar la entrada o salida del país.

Esto provoca un sobre costo a los propietarios de la mercadería en tránsito. La previsión de los operadores privados es que la decisión de las autoridades marítimas argentinas les hará perder al puerto unos 1,5 millones de toneladas. Mensualmente la terminal coloniense recibía unas 200 barcasas desde Paraguay, de las cuales 100 vienen de ese amarradero de La Paloma.

Los especialistas han dicho que el puerto de Nueva Palmira no se sustenta sin la llegada de carga Paraguaya, esto teniendo presente que el 40% de la mercadería que maneja Nueva Palmira es carga Paraguaya.

139 Estos barcos son los que transbordaban en Montevideo fruta procedente de la Patagonia argentina durante la zafra, con un punto alto de actividad entre septiembre y abril.

Por mes, llegaban en promedio 11 buques regionales que descargaban esa mercadería en la terminal montevidéana para luego ser embarcada en barcos de ultramar, según datos del Centro de Navegación.

La previsión es que el puerto recibirá entre 65 y 70 barcos menos que el año pasado cuando aún no regía la prohibición dispuesta por la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables de Argentina que está vigente desde el 7 de noviembre 2013. Luego de esos seis meses de zafra, el arribo de estos buques a Montevideo se reduce en forma considerable.

Esta falta de mercadería en tránsito marítimo hace que los buques de ultramar partan desde Montevideo hacia sus destinos finales con menos carga.

Igualmente, a pesar de ese menor volumen de mercadería transportada, las compañías marítimas no han decidido que la terminal montevidéana quede fuera de sus itinerarios.

En el primer trimestre luego de aprobada la medida argentina (entre diciembre del año pasado y febrero de 2014) el puerto perdió casi la mitad de los transbordos que recibía. La intención de Puertos y Vías Navegables es que las cargas argentinas sean movilizadas por terminales portuarias de su país.

Incluso, desde esa dependencia gubernamental se manejó que el gobierno uruguayo conocía 20 meses antes de tomada la medida cuáles eran las expectativas del gobierno argentino respecto al manejo de las cargas de exportación.

Puertos y Vías Navegables también decidió limitar la capacidad de los convoyes de barcasas que llegaban al puerto de Nueva Palmira y el clausuró un embarcadero en la isla La Paloma que era utilizado como sitio de espera por barcasas paraguayas que aguardaban su turno para amarrar en la terminal coloniense lo que complicó la llegada de la zafra paraguaya.

140 El canal Martín García es la llave para el desarrollo del segundo frente económico del país que lo constituye el litoral

los últimos años.

Particularmente en este tema, han existido avances en los últimos meses, entre los Ministerios de Relaciones Exteriores de ambos países¹⁴¹.

uruguayo.

A partir del dragado que se realizó entre 1997 y 1998 el crecimiento de la actividad de Nueva Palmira en el manipuleo, carga y trasbordo de granos ha sido un crecimiento totalmente exponencial. Esas profundidades ayudan a mejorar la competitividad del comercio exterior uruguayo en el mercado internacional al tener la posibilidad de bajar fletes.

El aumento del calado de ese canal, que es la principal vía de salida de la producción agrícola uruguaya, es una vieja aspiración de productores, exportadores y agentes marítimos.

Mario Baubeta, presidente del Centro de Navegación, afirmó en diferentes medios de prensa que la historia en el tema del dragado indica de que lo que se firma después no se cumple.

En febrero de 2007 Comisión Administradora del Río de la Plata) anunció el dragado de Martín García a 36 pies, señaló Baubeta que la licitación, forma que Uruguay eligió para aumentar el dragado a 34 pies, es el camino más largo.

La actual concesión de Martín García se resolvió en más de tres años.

Todas estas licitaciones internacionales tienen un proceso.

Hay un proceso de precalificación, luego hay que estudiar esas precalificaciones, un proceso de llamado a licitación, hay que analizar el informe técnico.

O sea, antes de un año no se va a poder adjudicar.

Si Uruguay y Argentina tienen la suerte de que no hay ninguna impugnación (de quienes pierdan la licitación), bueno tal vez a partir de un año el concesionario pueda hacer la implementación de obra. Pero si hay impugnaciones puede llevar más de dos años. Puede llegarse a cuatro años, dijo Baubeta.

Baubeta afirmó que mientras se va tramitando toda la licitación en Uruguay para que la obra, una vez terminada, tenga un calado a 34 pies, Argentina va a dragar el canal Mitre a 36 pies.

Refirió luego:

“Antes de que se pueda adjudicar una concesión del dragado de Martín García, Argentina va a oficializar los 36 pies en el Canal Mitre. Lo que sucede es que todavía no está oficializado.”

“Actualmente la profundidad oficial del Mitre es 34 pies, entonces hoy tenemos un acuerdo con Argentina y tenemos que llevar el canal Martín García al mismo calado, 34, pero mañana Argentina va a oficializar el canal a 36 y vamos a quedar dos pies de diferencia, como lo hemos tenido hasta ahora.”

141 Esto trascendió el 13 de abril de 2014.

Ver por ejemplo www.lr21.com.uy: A través de un comunicado conjunto que lleva la firma de ambos cancilleres, se expresa que “con respecto al dragado de profundización a 34 pies al 0 de mareas y 38 pies en fondos duros del Canal Martín García, que resulta de interés para el comercio exterior de ambos países”, se encomienda a la Comisión Administradora del Río de la Plata a “concluir los estudios técnicos de trazas alternativas en los canales del Río de la Plata entre el kilómetro 37 (Barra del Farallón) y el kilómetro 0 del Río Uruguay, para evitar los fondos duros de Puerto Pereyra y de Punta Diamante”.

Los cancilleres acordaron que **ambos países procederán a “aportar, por partes iguales, los medios financieros para llevar a cabo las obras”**.

Se instruirá a la Comisión Administradora del Río de la Plata (CARP) para que proceda a “concretarlas a la brevedad a través de la obtención de los medios técnicos que sean necesarios”. Con respecto al dragado del río Uruguay, y en base a la “exitosa experiencia de los trabajos conjuntos llevados a cabo por los organismos estatales de ambos países para el mantenimiento y administración del Canal Martín García, los cancilleres decidieron “avanzar en el dragado del río Uruguay en base a la misma modalidad”. Para ello **instruyeron a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) a que “inicie el proceso de obra del dragado** y balizamiento entre el kilómetro 0 y el kilómetro 187 del Río Uruguay a 23 pies de navegación (25 pies de profundidad), incluyendo el canal de acceso al puerto de Concepción del Uruguay, y los canales entre el kilómetro 187 y el kilómetro 206, Puerto de Paysandú, a 17 pies de navegación (19 pies de profundidad)”.

En la declaración conjunta se expresa que la obra resulta de “interés” de ambos países, ya que “abatará los costos y facilitará de forma sustancial la salida de los productos de exportación de las localidades ribereñas uruguayas y de las provincias mesopotámicas argentinas”.

En tal sentido, ambos países aportarán los recursos financieros necesarios. Otro de los acuerdos que alcanzaron ambos jerarcas se refiere a la construcción de un puente binacional que conecte las ciudades de Monte Caseros y Bella Unión.

Timerman instruyó a su delegación ante la CARU a aprobar los términos que conforman el pliego de licitación pública binacional-internacional para el “estudio de viabilidad técnica, económica y ambiental para la construcción de un puente internacional sobre el río Uruguay entre las ciudades de Monte Caseros y Bella Unión”. Almagro y Timerman instruyeron “dar inicio de forma inmediata al llamado a licitación correspondiente”.

Es claro la “Guerra de Puertos” continúa hoy en día¹⁴²⁻¹⁴³ y Uruguay debe recorrer las mejores alternativas para no perder competitividad en la región.

Tan es así que se ha señalado que detrás de las medidas tomadas por Argentina, sin perjuicio de lo político, persiguen componentes estratégicos como ser despojar a Uruguay de su condición de puerto Pub y concentrar cargas de lado Argentino¹⁴⁴.

Esto teniendo en cuenta la cercanía con importantes puertos como ser el Río de Janeiro, Santos, Navegantes, Río Grande, en Brasil y Buenos Aires, La Plata, San Lorenzo, en Argentina.

Por tanto, consideramos que son varios puntos los que debería encarar nuestro país, a efectos de no perder competitividad en la región y apostando a la actividad de puerto Hub.

Dentro de esos temas, lo señalado sobre la normativa en la actividad del transporte marítimo, entendemos, no es un tema menor y debe ser considerado.

142 Nota en El Diario El País del 30 de marzo de 2014 en www.diarioelpais.com.uy.

El gobierno de Cristina Fernández de Kirchner tomó en los últimos cinco meses varias medidas que perjudicaron -intencionalmente o no- a los puertos uruguayos. Además, el subsecretario de Puertos y Vías Navegables de Argentina, Horacio Tettamanti reivindicó que su país maneje la carga que se origina en él. Ahora, otra declaración de Tettamanti carga contra el puerto de Nueva Palmira.

El diario El País de Madrid realizó una nota titulada “Uruguay y Argentina se disputan los puertos del Río de la Plata” donde consultó, entre otros, a Tettamanti. El funcionario argentino afirmó allí que “la presencia de Nueva Palmira no tiene sentido ni antecedentes históricos desde el virreinato, la carga de la Hidrovía del Paraná le corresponde a Argentina”.

El 7 de noviembre del año pasado, la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables de Argentina resolvió que las exportaciones de mercadería argentina solo podrían salir a su destino final desde puertos argentinos o de puertos de países del Mercosur que tengan un acuerdo de reserva de cargas. Uruguay no lo tiene y el puerto de Montevideo perdió en los primeros meses 40% de la actividad de transbordo.

Ese mismo día, limitó el tamaño de los convoyes que llegaban con barcas a Nueva Palmira y el pasado 7 de marzo clausuró un amarradero argentino en La Paloma donde las barcas esperaban para ir a la terminal coloniense.

Además, el funcionario argentino criticó en el diario español la política portuaria uruguaya, sin mencionarla. Tettamanti califica las zonas francas (como hay en Nueva Palmira) de “política portuaria de las multinacionales”.

“Hay dos maneras de definir un puerto: un mero espacio de transferencias de materias primas o una plataforma logística de agregado de valor al servicio de un modelo de industrialización. Argentina ha elegido la segunda”, expresó el funcionario.

Tettamanti rechaza el calificativo de “proteccionista” para su política: “proteccionismo es lo que se hace en Estados Unidos o la Unión Europea” a favor de los puertos o las navieras, responde. El subsecretario piensa que “Argentina tiene derecho a fijar políticas de su propia carga”.

Algo similar había dicho en entrevista con El País hace 12 días. “Establecimos una política que no está relacionada con ninguna otra cuestión que no sea razonable para un país. Es proteger su carga y exportar su producción a través de sus puertos”, había afirmado.

También había señalado que no se sentía “para nada” como “el malo de la película”.

“Estoy agradecido, en mi caso y en nombre de todo nuestro equipo, por el trato que tenemos por parte de las autoridades portuarias uruguayas. Podremos haber sido el malo para algún interés que seguramente no forma parte del interés genuino de nuestros pueblos”, había agregado.

Tettamanti había dicho que “en todos los conflictos más serios y más importantes que llevaron a situaciones de desencuentro” entre los dos países, “casi en todos los casos, encuentro siempre entremezclado el interés de multinacionales”.

143 Se ha dicho, sin medias tintas, que el objetivo del Gobierno Argentino en este tema es que las cargas argentinas se movilicen en sus puertos y no utilizar el puerto de Montevideo. Objetivo y medida que ha merecido el calificativo de “demencial” por parte del Presidente del Centro de Navegación Mario Baubeta. Ver nota de El Diario El País del 20 de abril de 2014.

144 Dr. Pablo Labandera. Entrevista en El Observador. Suplemento de Comercio Exterior y Transporte. 24 de abril de 2014.

4.4. Necesidad de reformas legislativas.

A modo de ejemplo, ya nos están sacando ventaja en la región, nada menos que Brasil, que está estudiando en forma seria la conveniencia o no de ratificar las Reglas de Rotterdam.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, con competencia en una parte del transporte marítimo internacional, encargó a la Agencia Nacional de Transporte Navegable, una encuesta entre los principales entes empresariales: cargadores, seguros, bancos, etc.

La evaluación final se mandará al Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil para poder elevar luego al Congreso.

Entendemos que es un buen modelo de cómo debería proceder Uruguay y no limitarse a análisis claramente sectoriales¹⁴⁵ y con intereses también sectoriales.

Cabe decir que el camino de la ratificación de Convenciones Internacionales no es desconocido para nuestro país, dado que en temas de transporte aéreo de cargas, Uruguay ratificó la Convención de Montreal por Ley 18.169 del 14 de agosto de 2007, que aprobó el Convenio de Montreal para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999.

Dicha normativa, por ejemplo, implicó que rijan en nuestro país limitaciones de responsabilidad para los casos de transporte aéreo; similar a lo que sucede en las Convenciones Internacionales que analizamos¹⁴⁶.

Sin duda, es difícil el justo equilibrio, pero consideramos que Uruguay debe recorrer los caminos para ratificar Convenciones Internacionales en este sentido, a efectos de tener, a los ojos del mundo, reglas claras y conocidas, para terminar de desarrollar la actividad portuaria como objetivo país.

4.4.1. Ley 19.246 de Derecho Comercial Marítimo.

Vimos el alcance de la mencionada Ley y sus principales innovaciones en la materia, conforme señalamos.

Aplaudimos el nuevo plazo de prescripción del Artículo 3ero, en clara línea con lo regulado en las principales Convenciones Internacionales.

El régimen de inspecciones conjuntas, que no es nuevo, entendemos también que es muy buena cosa su regulación expresa en la Ley.

Creemos, sin embargo, como señalamos, que quedan algunas dudas operativas y prácticas al respecto, también en su alcance, lo que sin duda va a traer cola a nivel judicial y jurisdiccional.

¹⁴⁵ Nos referimos a lo analizado sobre la Declaración de Montevideo en contra de las Reglas de Rotterdam.

¹⁴⁶ Límite de 17 DEG (Derechos Especiales de Giro) por Kilogramo de mercadería.

Desconocemos a la fecha la existencia de casos judiciales resueltos bajo la nueva Ley, pero particularmente el régimen del Artículo 1ero de la Ley, consideramos que va a traer diferentes interpretaciones prácticas y defensas legales de diverso índole, dadas las zonas grises que existen en su regulación (que por otra parte son textos copiados de otras normativas¹⁴⁷).

Vimos que en la exposición de motivos de la Ley, justamente, se hacía referencia al objetivo de dar solución a una docena de problemas, que la práctica judicial en la materia vuelve en ciertas oportunidades engorroso de resolver.

Consideramos que la Ley quedó realmente “corta”, con buenas intenciones sin duda, pero que logró resolver muy pocos temas (nos animamos a decir que exclusivamente el tema de la prescripción) y, además, entendemos que se abrirá grandes diferencias judiciales por lo que es la regulación del Artículo 1ero de la Ley, principalmente, el régimen legal de las inspecciones conjuntas y su alcance.

También con lo referido a los peritos navales, comisarios de averías, surveyors e inspectores, que si bien se establece a texto expreso la posibilidad de agregar estos peritajes privados, de gran utilidad por cierto, nada se dijo sobre el procedimiento para la elaboración y emisión de los mismos situación que, como referimos, también genera importantes problemas en la práctica.

4.4.2. Proceso de ratificación de Convenciones Internacionales.

Sin perjuicio de que algunos de los cuestionamientos a la Ley 19.246 que realizamos puedan ser enmendados con la Reglamentación de la Ley, Ley interpretativa u Leyes posteriores que se dicten en la materia, evidentemente y a nuestro entender, es necesario que Uruguay de un paso más y se embarque en el proceso de ratificación de Convenciones Internacionales en materia de transporte marítimo.

Lógicamente, como vimos, la tendencia mundial al respecto comenzó con las Convención de La Haya, La Haya-Visby, Reglas de Hamburgo y, finalmente, Las Reglas de Rotterdam.

Parece lógico que si se inicia un camino en ese sentido, sea el de acompañar Las Reglas de Rotterdam, última normativa al respecto, aún en proceso.

Sería buena cosa efectuar un estudio al nivel que lo está haciendo Brasil, tratando realmente de efectuar al respecto un análisis global de actividad y no sectorial, como se efectuó en nuestro país, con la llamada Declaración de Montevideo. Teniendo en cuenta, también, lo que son los procesos de ratificación de Convenciones Internacionales en la región.

Es claro que la normativa interna en nuestro país, aún con la reciente Ley 19.246 sobre la mesa, resulta sumamente desfavorable para el sector naviero, favoreciendo claramente los intereses de la carga y de ese sector de actividad.

¹⁴⁷ Particularmente Convención de Bruselas de 1924.

A la luz de lo analizado, consideramos que Uruguay debería evaluar seriamente que caminos legislativos seguir en la materia, y el proceso de ratificación de Convenciones Internacionales resulta, a nuestro entender, es insoslayable.

La entrada en vigencia de estas nuevas reglas (Reglas de Rotterdam) es una buena oportunidad para que se abra un debate sobre la conveniencia de adoptar un Convenio Internacional que regule el transporte por vía marítima; teniéndose presente que Uruguay no ha ratificado ninguna de las Convenciones Internacionales que analizamos.

Si realmente queremos ser un país que apueste al desarrollo de un puerto Hub, con proyección en la región como receptor de carga, tanto para importar como para exportar, conjuntamente con otra serie de decisiones que se deberán encarar como país, es impostergable recorrer el camino de la ratificación de Convenciones Internacionales en la materia.

No podemos, como país, cerrar los ojos y desconocer lo que está sucediendo a nivel mundial, la tendencia que se impone, que es buscar la uniformidad en ciertas materias, como el transporte marítimo, para generar una seguridad jurídica que garantice y mejore la eficiencia y previsibilidad del transporte internacional de mercancías.

Particularmente, en las políticas de distribución de riesgos del transporte, que se caracterizan por la consagración de períodos de responsabilidad del transportador, causales exonerativas de la responsabilidad del transportador, límites indemnizatorios a la responsabilidad del transportador y términos cortos de prescripción de la acciones derivadas del contrato de transporte.

Estas características están presentes, sin excepción, en todos los Convenios e instrumentos Internacionales que regulan el contrato de transporte, en la modalidad que sea, tanto a nivel internacional como regional¹⁴⁸.

Mientras que Uruguay no adopte ningún convenio en la materia marítima, difícilmente estemos realmente cerca de los grandes tráficos marítimos internacionales, pues las grandes navieras y los generadores de carga preferirán seguir concentrando sus operaciones en aquellos países en los cuales conozcan la normatividad que les es aplicable en caso de cualquier pérdida o daño de la mercancía, “uniformizando criterios”, cosa que no sucede, tal como analizamos, en nuestro régimen legal interno.

5. CONCLUSIONES.

Veamos finalmente las conclusiones de la investigación, de acuerdo a lo que fue nuestro planteo inicial para el presente trabajo.

5.1. Conclusiones finales.

148 Ver el Convenio de Montreal de 1999 (Transporte Aéreo), las decisiones 331, 393 (Transporte Multimodal) y 399 (Transporte Internacional de mercancías por carretera) de la Comunidad Andina, Reglas de La Haya, Haya-Visby y Hamburgo (Transporte Marítimo), COTIF, CMR, entre otros.

Hemos cubierto el área de investigación proyectada para este trabajo, logrando determinar el régimen jurídico del contrato de transporte marítimo por contenedores tanto a nivel nacional como internacional, identificando en forma, las principales características y consecuencias que uno u otro régimen trae aparejado para los intereses de los principales operadores en la materia (el sector armador y los intereses de la carga), en la resolución judicial de casos tramitados en nuestra jurisdicción.

Quedó en evidencia la implicancia práctica que estos regímenes tienen para los intereses de las partes involucradas y como juega ello en la operativa de nuestro puerto actual así como a futuro.

Asimismo, identificamos el camino legislativo que a los efectos entendemos debería recorrer nuestro país para no perder competitividad frente a los puertos de la región, teniendo en cuenta el desarrollo planificado del potencial portuario de Uruguay.

Cumplimos así con el objetivo de principal de la investigación.

Consideramos, también, que abarcamos en forma los objetivos secundarios de investigación, en virtud de haber logrado en el presente trabajo:

- i. Determinar el régimen jurídico vigente en Uruguay para el transporte marítimo por contenedores.
- ii. Identificar los principales aspectos que dicho régimen jurídico trae aparejado para los principales involucrados en el transporte marítimo por contenedores.
- iii. Establecer el régimen jurídico de las convenciones internacionales en materia de transporte marítimo aplicables al transporte marítimo por contenedores.
- iv. Determinar las consecuencias que dicho régimen jurídico trae aparejado para los principales agentes involucrados en el transporte marítimo por contenedores.
- v. Establecer si es necesario que nuestro país efectúe algún tipo de reforma legislativa a efectos de alinear su legislación con los países de la región y el mundo, para no perder competitividad como puerto.

Asimismo, hemos contestado nuestras preguntas de investigación formuladas oportunamente de la siguiente manera:

¿Cuáles son los puntos de interés para los principales involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores dispuestos en la normativa nacional e internacional aplicable al transporte marítimo por contenedores?

¿Cuál es el régimen jurídico vigente en Uruguay para el transporte marítimo de contenedores?

¿Cuáles son los principales aspectos o temas jurídicos que el régimen jurídico vigente en Uruguay trae aparejado para los agentes involucrados en la operativa de transporte

marítimo por contenedores?

¿Cuál es el régimen jurídico establecido en las convenciones internacionales no ratificadas por Uruguay aplicables al transporte marítimo por contenedores?

¿Cuáles son los principales aspectos que las convenciones internacionales establecen para los agentes involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores?

¿Cómo repercute, todo lo anterior, en los procesos judiciales por incumplimientos de contratos de transporte marítimo, tramitados en Uruguay, desde el punto de vista los intereses de los principales involucrados en la operativa de transporte marítimo por contenedores?

¿Qué debería hacer nuestro país para no perder competitividad frente a la región en virtud de la normativa aplicable en Uruguay?

Concluido el presente estudio, podemos determinar que la normativa a nivel internacional en materia de derecho de transporte marítimo resulta más favorable para los intereses del sector armador y, por otro lado, hemos dejado en evidencia que la normativa vigente en Uruguay tiene grandes carencias de regulación, no adaptada a las nuevas características/condiciones del contrato de transporte marítimo ni a la realidad del mismo.

En la misma línea, estamos en condiciones de afirmar que la normativa vigente en nuestro país y los criterios jurisprudenciales aplicables por nuestros Jueces, a lo largo de los años, en los reclamos judiciales por incumplimientos de contrato de transporte marítimo, son notoriamente favorables a los intereses del sector usuario de fletes marítimos o cargador y que, además, resulta imperioso que nuestro país efectúe modificaciones a su régimen legal a efectos de proyectarse con competitividad frente a la región.

Son grandes los desafíos que en el sector se presentan, a nivel país, entre los que está la necesidad de reformas legislativas que impliquen que Uruguay comience el proceso necesario a efectos de ratificar Convenciones Internacionales en la materia.

Pese a toda la situación contextual contraria que venimos de referir, cabe señalar que los armadores siguen siendo fieles a Montevideo, no han cambiado sus escalas, ni por la situación regional en cuanto a todas las medidas argentinas del año 2013 ni por el estancamiento en la normativa legal aplicable, que les resulta francamente desfavorable, aunque están cargando un 40% menos que el año pasado¹⁴⁹. Aunque debemos mencionar que según datos de mayo de 2014, el movimiento de contenedores cayó por tercer mes consecutivo, siendo la caída de un 14% en abril de 2014, con respecto a igual período de 2013¹⁵⁰.

149 Nota al Presidente del Centro de Navegación Mario Baubeta. Diario El País del 20 de abril de 2014.

150 Noticia del 6 de mayo de 2014 en www.observador.com.uy.

Penado por la disposición argentina de prohibir que la carga de exportación de ese país pase por las terminales portuarias de Uruguay, el puerto de Montevideo registró en abril pasado –en relación con mismo mes de 2013–, una nueva caída en el movimiento de contenedores en tránsito, aunque más leve que la percibida en marzo de este año, según datos brindados por el Centro de Navegación (Cennave).

El informe mensual del Cennave indicó que los contenedores en tránsito, medido en boxes, cayeron 13,7% en abril en la

Sin embargo, siempre es factible que se reestructuren tráficos y que, de esa forma, el puerto de Montevideo quede fuera de los grandes movimientos de carga. Ello resulta a todas luces muy grave, dado la dificultad que luego implica recuperarlos y que nuevamente estén en el itinerario de las grandes líneas marítimas.

Además, de la pérdida directa que se puede dar por la pérdida de los tráficos, también puede verse perjudicado, sin lugar a dudas, el comercio exterior nacional debido a un incremento de costos, en el caso de que la carga tenga que salir en tránsito hacia Brasil, si finalmente los armadores no opten por el puerto de Montevideo y si por puertos Brasileños.

Resulta claro, a nuestro entender, de acuerdo a todo lo analizado, los pasos que debería seguir Uruguay para realmente “comenzar a convertirse” en un país que apueste a la actividad portuaria de tráficos de carga marítima, con todo lo que ello implica.

BIBLIOGRAFÍA

ABUAUAD DAGACH Ricardo. “Limitación de responsabilidad de la empresa naviera. Constitución del fondo de limitación”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2007.

AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. “Curso de Derecho del Transporte. Transporte Multimodal”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2000.

AGUIRRE RAMIREZ Fernando FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia. “Curso de derecho del transporte. Transporte Marítimo”. Volumen III. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2011.

BLAS SIMONE Osvaldo. “Compendio de derecho de la navegación”. Depalma. Buenos Aires. 1987.

comparación interanual (11.618 contenedores en abril pasado y 13.473 en abril de 2013), y en el análisis general, que incluye en contenedores en tránsito, importaciones, exportaciones y vacíos, la caída resultó ser de 0,2% (40.001 contenedores en 2013 y 39.888 este año).

Las importaciones cayeron 3,1%, mientras que crecieron las exportaciones (27%) y los vacíos (0,9%) crecieron en actividad en abril de 2014.

Por tercer mes consecutivo se registró un descenso en el tránsito de contenedores en el puerto de Montevideo, aunque esta vez la caída fue menos impactante, sobre todo porque en la comparación de abril frente a marzo de este año ese movimiento cerró con un alza de 4%.

En marzo pasado, en comparación al mismo mes de 2013, el movimiento de contenedores en tránsito desbarrancó 30% y en febrero había sido de 7,3%.

En la variación enero-abril de 2014 con mismo período del año pasado también se concretó un descenso con los contenedores en tránsito, de 10,1%, en los vacíos, de 20,7%, en las importaciones, de 2,1%, y en la contabilidad general, de 6,2% (152.827 contenedores en enero-abril de 2013 y 143.367 en 2014), de acuerdo a las cifras del Cennave.

Solo aumentaron los contenedores de exportación en un 23%.

En tanto, en la comparación del año móvil mayo 2013-abril 2014 frente a mayo 2012-abril 2013 sí se dio un incremento, de 24,5%, en el movimiento de los contenedores en tránsito en el puerto capitalino.

CAFFERA Gerardo y MARINÑO Andrés. "Obligaciones de Medio y de Resultado". ADCU Tomo XXVII.

DUALDSON John. "El Standart de la Razonabilidad en la Responsabilidad del Transportador de Mercaderías por Agua". Milano-Dott. A. Guiffre Editore. 1983.

ENRIQUEZ David. "UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía."

ESCOBAR GUZMÁN José Vicente. "El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque". Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2007.

FERNÁNDEZ Raymundo GÓMEZ Osvaldo. "Tratado de derecho Comercial". Edición Depalma. Buenos Aires. 1991.

GAMARRA Jorge. "Responsabilidad Contractual". Tomo 2. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1997.

JAVUREK GISELLE. "Responsabilidad del transportador de mercaderías por agua". Editorial Lerner Editora S.R.L. Córdoba. 2009.

LORENZO IDIARTE Gonzalo A. "Transporte por Contenedores en el derecho Uruguayo y otras cuestiones actuales". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2000.

MARTINEZ SANZ Fernando. "Manual de Derecho del Transporte". Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2010.

MESSINEO Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955.

MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. "Curso de Derecho Marítimo". Tomo 2. Editorial Acali. Montevideo. 1977.

MEZZERA ALVAREZ Rodolfo. "Curso de Derecho Comercial". Tomo 3. Editorial Acali. Montevideo. 1977.

OPERTTI Didier. "Transporte Internacional Terrestre de Mercaderías. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939-40". Revista Uruguaya de Derecho Internacional. Tomo 1. 1972.

RADOVICH Jorge. "El Freight Forwarder. Caracterización, obligaciones, responsabilidad por daños o faltantes de mercaderías". Revista de Transporte y Seguros N° 3.

RUIZ José. Citado por David Enríques: "UNCITRAL y la oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la

búsqueda de una tercera vía”.

TETLEY William. “Marine Cargo Claims”. International Shipping Publications. National Libray of Canada. 1988.

VIDAL AMODEO Julio. “Transporte marítimo. Descarga de mercaderías. El reconocimiento judicial del Artículo 1256 del Código de Comercio”. En Revista de Transportes y Seguros N° 1.

Revistas jurídicas y Anuarios de Derecho:

Revista de Transporte y Seguros.

Revista de Derecho Procesal.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo.

Anuario de Derecho Comercial Uruguayo.

Sitios web:

www.laleyonline.com.uy

www.lju.com.uy

www.elderechodigital.com.uy

www.poderjudicial.gub.uy

www.diarioelpais.com.uy

www.elobservador.com.uy

www.espectador.com

www.lr21.com.uy

www.anp.gub.uy

Otras fuentes de información:

Jurisprudencia nacional e internacional identificada en la investigación.

Datos proporcionados por empresas privadas consultadas en el marco de la investigación.

Datos obtenidos del Centro de Navegación del Uruguay en el marco de la investigación.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

BARQUÍN MONTANER, Julián

Derecho de suscripción preferente de los accionistas y su aplicación
Comentarios al caso Paycueros S.A. C/ Frimacar y otros

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE DE LOS ACCIONISTAS Y SU APLICACIÓN

COMENTARIOS AL CASO PAYCUEROS S.A. C/ FRIMACAR Y OTROS

JULIÁN BARQUÍN MONTANER

I) Hechos del caso

El día 7/6/2007, en asamblea extraordinaria, convocada con la orden del día “*consideración de aumento del capital social e integrado*”, previa capitalización de rubros correspondiente, se decide aumentar el capital de FRIMACAR S.A. a través de la capitalización de un pasivo (un crédito debido al BROU), otorgándole al acreedor en contrapartida las acciones emitidas. A ésta asisten accionistas por el 95% de las acciones, no asistiendo el restante accionista por el 5%.

En la resolución se deja constancia que los accionistas presentes renunciaban a su derecho de preferencia.

El día 29/6/2007, los accionistas mayoritarios de FRIMACAR S.A. adquieren del BROU el crédito, que es cedido a una sociedad anónima en que también participaban como únicos socios, y a la cual luego también transfirieron las demás acciones que ya les pertenecían.¹

El 10/6/2007 se publica un extracto de la resolución, confiriendo 30 días para ejercer el derecho de receso, conforme a las disposiciones del 362 de la LSC 16.060 respecto al aumento de capital social. En diciembre de 2007 se emitieron y entregaron las nuevas acciones a la acreedora del crédito en forma de pago.

En 2008 se inician negociaciones con el accionista minoritario para adquirir sus acciones. En agosto del mismo año, ésta reclama una indemnización por violación de su derecho de preferencia y acrecer. Se le ofrece en reiteradas veces la entrega de acciones para que recupere su porcentaje.

Esta propuesta es rechazada y se promueve la demanda el 21/11/2008, en contra de FRIMACAR S.A. y sus directores, invocando protección del art. 330 de la ley ante suspensiones del derecho de preferencia.

Procederé a realizar comentarios, a mi juicio relevantes, sobre las resoluciones judiciales tomadas sobre el caso.

II) 1ª Instancia – Juzg. Letrado de primera instancia de Ciudad de la Costa 5º turno (Dr. Héctor Iriarte)

¹ Alfaro Borges, Jenifer, Suspensión o limitación del derecho de preferencia del accionista. Comentario de la Sentencia N° 51 del 16/5/2012 de segunda instancia, caso Paycueros c/ Frigorífico Carrasco y otros, LJU Tomo 147, UY/DOC/137/2013, pág. 1

De la sentencia de primera instancia, se desprende, entre otras cosas, que la parte demandada alega la caducidad para el ejercicio del derecho. El tribunal entiende que se puede afirmar que “sin dudas no se limitó o suspendió el derecho de preferencia invocado” en la asamblea, habiendo un incumplimiento por parte de la sociedad de “su obligación de ofrecer en forma las acciones. No se realizaron las publicaciones legalmente reclamadas”.

Esta omisión tiene una incidencia en el plazo para ejercer la acción para obtener la indemnización, por lo que, a juicio del tribunal, ésta es de recibo.

Por otra parte, el tribunal afirma que no existían motivos para que la sociedad apartara su comportamiento de lo dispuesto por el 328 para el ejercicio del accionista derecho fundamental de preferencia; ni se verificó el supuesto del 330, ni existían disposiciones pactadas en los estatutos.

En conclusión, el tribunal afirma que “La prueba aportada es clara y contundente. El procedimiento es irregular. Los perjuicios son **evidentes y se desprenden directamente de las consecuencias** que para el accionista tiene la disminución porcentual de su participación accionaria”

Procederé a realizar algunos comentarios introductorios al tema y explicativos del fallo.

El tribunal entiende que la decisión tomada en asamblea extraordinaria, entraba en los supuestos del art. 326 de la ley 16.060. Las acciones ordinarias otorgan a sus titulares derecho preferente a la suscripción o adquisición de nuevas acciones de la misma clase que sean emitidas, y el derecho a acrecer en proporción a las que posean. **Es un derecho fundamental** del accionista, y que deriva de su calidad de tal.² Sobre este derecho, Gagliardo lo califica como condicional (sujeto a que la sociedad ejecute una emisión), potestativo del accionista, y exclusivo (en tanto la suscripción es exclusiva del accionista antes que terceros).³

Cuando, de conformidad con lo antedicho, proceda el ejercicio del accionista de su derecho de preferencia, el art. 328 establece que la sociedad tiene la obligación de ofrecer las acciones mediante avisos por tres días en el Diario Oficial y en otro diario. El artículo luego detalla los plazos: “Quienes tengan derecho de preferencia, lo ejercerán dentro de los treinta días siguientes al de la última publicación, si el contrato social no estableciera un plazo mayor. El derecho de acrecer se ejercerá en los treinta días subsiguientes. Vencidos ambos plazos, las acciones no suscriptas podrán ofrecerse a terceros o al público.”

En cuanto a la referencia al art. 330, es un caso de suspensión o limitación de éste derecho de preferencia, en determinados supuestos y bajo circunstancias concretas. Esta suspensión o limitación se resolverá por asamblea ordinaria 1) cuando el interés de la sociedad lo exija 2) cuando su consideración se incluya en el orden del día 3) se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o en pago de obligaciones preexistentes 4) y

2 Velasco Suárez, Diego, Naturaleza de la indemnización por privación del derecho de preferencia, La Ley Online, UY/DOC/59/2009, pág. 1

3 Gagliardo, Mariano, Sociedades Anónimas, Abeledo-Perrot pág. 135

de un aporte de dinero que por su importancia sea absolutamente necesario para el desarrollo de los negocios sociales o el saneamiento de la sociedad. Como plantea Roimisier, esta suspensión o limitación requiere la existencia de una situación objetiva y concreta, que es la planteada en la ley.⁴ Por lo tanto deben concurrir todos los requisitos para poder suspender o limitar este derecho.

Por último, como se resaltó, el tribunal en primera instancia entiende que el daño es evidente y se desprende de forma directa de lo que significó para el accionista verse licuado en su participación, en virtud de esta injusta privación de su derecho de preferencia.

En cuanto al plazo, se ha discutido acerca de la naturaleza del mismo. Algorta plantea, en su análisis sobre la aplicación de las disposiciones de la LSC sobre el derecho de suscripción preferente, que el plazo del artículo 329, que consiste en 6 meses para iniciar la acción a partir del vencimiento del plazo de suscripción o del momento en que se puedan adquirir las acciones, es, sin lugar a dudas es un plazo civil, no procesal, y de caducidad, no de prescripción.⁵

Sin embargo, en el caso analizado, la sociedad omitió realizar las publicaciones preceptuadas por el artículo 328. Algorta dice respecto a esta hipótesis: “Nos preguntamos si el accionista que vio vulnerado su derecho de preferencia por falta de publicaciones podría invocar que, a su respecto, este plazo de seis meses no le ha corrido ya que la sociedad omitió cumplir con el requisito de publicidad exigido por la ley.”⁶

Y, respecto de ello, cita jurisprudencia sobre el tema: “En relación al comienzo del cómputo de plazos donde se exige publicaciones, nuestra jurisprudencia ha señalado: “En resumen: si la ley exige la publicación en dos periódicos hasta que no se completaron ambas no se puede considerar que empezó a correr el plazo, siendo el principio general que el plazo debe computarse a partir del primer día hábil siguiente a la notificación (...)”⁷

Por lo que, ante la falta de realización de las publicaciones debidas, se puede argumentar que el plazo no comienza a correr.

Sin embargo, se plantea también en jurisprudencia que “Aún cuando el acto impugnado no se hubiere notificado personalmente o publicado en el Diario Oficial, si el mismo pudo ser fehacientemente conocido por el interesado, ello implica que el momento en que así se efectivizó, constituye el punto de partida para ejercer el derecho que le asiste de recurrir, en caso de lesión de sus derechos”⁸. Por lo que, se podría argumentar que la acción fue presentada fuera de plazo si se prueba que el actor tomó conocimiento de los hechos con anterioridad a 6 meses de presentada la demanda.

4 Roimisier, El interés social en la sociedad anónima, Depalma pág. 123 y ss.

5 Algorta Morales, Paula, Derecho de preferencia. Planteo de algunas incertidumbres en su aplicación práctica, UY/DOC/1038/2009, págs. 9 y 10

6 Ibid., pág. 10

7 Ibid., pág. 10

8 TCA sentencia No. 976 de fecha 18/11/91 en RUDP, Tomo 4/2000, c. 97, p. 584.

Al ser de caducidad, no se interrumpiría el plazo con la primera intimación realizada en agosto de 2008.

No obstante, no es el tema del plazo el centro del litigio, surgiendo varias consideraciones en el marco de éste proceso cuyo análisis considero de suma relevancia para el estudio del derecho de suscripción preferente, y su aplicación.

III) 2ª Instancia - TAC 1er turno mayoría (Salvo, Castro, Sosa)

En 2ª instancia, se toman en consideración para el fallo ciertos agravios deducidos por el apelante, respecto de los cuales considero pertinente realizar ciertas precisiones.

Privación de ejercicio de derecho potestativo

Por un lado, se considera en el fallo la alegación de la parte demandada, apelante, que los incumplimientos con lo dispuesto por el 328 fueron “errores formales en que, de buena fe, incurrieron al tramitar el aumento del capital integrado”. Sobre esto realizaré ciertos comentarios más adelante.

Se considera además, citando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, que “la actora no probó que hubiera ejercido su derecho de preferencia y menos aún el de acrecimiento (...) siendo que hay sobrada prueba de su desinterés por la sociedad- nunca ejercieron sus derechos de accionistas ni los comunicaron a los demandados, con quienes tenían trato- **por lo que no puede sostenerse que la integración de capital por una sociedad formada por los accionistas mayoritarios le haya causado daño.**”

Respecto de esto, creo es bueno recordar que el reclamo por la privación del ejercicio de un derecho potestativo, no implica la necesidad de probar que efectivamente se hubiera ejercido ese derecho. La decisión es del titular de ese derecho potestativo, a quién se le privó la posibilidad efectiva de ejercerlo, y por lo tanto de tomar dicha decisión.

Por otra parte, el hecho de que un sujeto, de buena fe, decida no ejercer los derechos de los cuales es titular, no significa, ni constituye prueba, de que se esté autorizado a privarle de la posibilidad de ejercer los mismos de forma arbitraria.

El tema de la cancelación de la suscripción

“Por demás, no corresponde ir a la indemnización porque aún es posible entregar a la actora las acciones que necesita para mantener su porcentaje del 5%, lo que, con consentimiento de la sociedad adquirente, le han ofrecido reiteradamente contra el aporte respectivo, y siempre ha reusado”

No se toma en cuenta, en mi opinión, que si en este caso efectivamente se produjo la lesión de un derecho jurídicamente protegido (ilicitud), esto puede haber ocasionado un perjuicio, que en virtud de esto se hace resarcible. No importa que se le ofrezca la reparación de forma posterior en el tiempo, porque la lesión al derecho ya tuvo lugar.

Las exigencias formales

Por otra parte, en el considerando V), el tribunal adirma, sobre la limitación o suspensión del derecho de preferencia “El carácter excepcional de esta situación, que motiva resistencia de parte de alguna doctrina, justifica exigencias formales particularmente severas y que se conserve para el accionista siempre la posibilidad de receder”.

Justamente, estas exigencias son particularmente severas debido al derecho de naturaleza fundamental para el accionista que se está limitando. Si se falta a estos requisitos, **no constituye un mero error formal** (como quiso alegar la parte demandada en la apelación, cosa que el Tribunal considera en el fallo) que se puede resolver mediante la impugnación, sino que constituye una violación al deber específico impuesto por la ley, al privar al accionista de las garantías que aseguran el ejercicio de su derecho de preferencia.

El error del TAC- la interpretación del supuesto de suspensión del 330

Sin embargo, lo central de la sentencia se encuentra en el considerando VII), y es allí donde, a mi parecer, el fallo demuestra sus mayores carencias.

“Abordando el análisis jurídico del problema, es claro a juicio de la Sala que éste se origina porque la sociedad demandada decidió capitalizar pasivo y **para hacerlo era necesario** limitar o suspender el derecho de preferencia con arreglo a lo dispuesto por el 330” Se afirma que se está ante un caso de emisión de acciones para capitalizar pasivo, para pagar con ellas una deuda que interesa cancelar. “En este (...) caso, el derecho de preferencia de los accionistas **puede ceder ante el interés prioritario de la sociedad de desembarazarse de ese pasivo**. Para hacerlo era necesario convocar a una asamblea extraordinaria de accionistas poniendo expresamente en el orden del día que se consideraría esa posibilidad y luego incluir en el acta la decisión de suspender el derecho de preferencia”

Esto no es cierto. Se ignoran los supuestos, en mi opinión, extremos y concretos del 330.

Un primer requisito, en cuanto a que sean aportes en especie o en pago de obligaciones preexistentes, y un segundo requisito, de que sea un aporte de dinero que por su importancia sea absolutamente necesario para el desarrollo de los negocios sociales o del saneamiento de la sociedad. ¿Se configuran estos supuestos? ¿Era la suspensión del derecho de preferencia para capitalizar el pasivo, emitiendo acciones para el acreedor a modo de pago, *absolutamente necesaria* para el desarrollo de los negocios sociales o el saneamiento? No parece ser este el caso, pues si así lo fuera, los accionistas mayoritarios no se habrían tomado el trabajo de adquirir el crédito para luego decidir ellos mismos cancelarlo.

Así lo interpreta Alfaro Borges al comentar el caso: “Lo que se viene describiendo hasta ahora, tiene demasiadas señales de uso abusivo de un mecanismo societario: un crédito del BROU que es adquirido por los accionistas mayoritarios pocos días después de aprobada la capitalización, cuando tales negocios con dicha institución insumen tiempos mucho mayores, hacen suponer que estaba negociado con anterioridad. Por tanto entiendo que el relato debe leerse: la mayoría votó capitalizar un pasivo del que era ti-

tular. Ello además permite afirmar que la referida resolución constituye un supuesto de conflicto de intereses en que el accionista mayoritario debía abstenerse de votar⁹. Si esto es realmente así, se descarta de forma total la posibilidad de un aporte “absolutamente necesario”, como describe la ley en el 330.

Es cierto, sin embargo, que este tipo de negociaciones con el BROU permiten cancelar una obligación por un monto menor al pactado inicialmente, ya que el BROU cede créditos por montos menores al valor de los mismos. Por lo que se podría justificar la negociación por los beneficios económicos (aunque fue hecha por los accionistas mayoritarios y no por la sociedad).

Más allá de estas consideraciones, lo importante es que esta posibilidad directamente no se discute el hecho de que la decisión haya sido o no por absoluta necesidad para el desarrollo de los negocios sociales o el saneamiento de la sociedad, lo que contribuye a descartar esta hipótesis.

La gravedad de las resoluciones extrañas a la orden del día

“En el caso, se convocó dicha asamblea pero no se consignó en el orden del día ese punto específico ni tampoco surge tal decisión expresa del acta respectiva” ¿Es entonces consciente la Sala de que, conforme al 358, será nula toda decisión sobre materias extrañas a la orden del día? Nunca se podría haber tomado una decisión como la del 330, entre otras cosas, porque no se incluyó expresamente en la orden del día, conforme correspondería por el criterio general del 358, y el criterio específico del 330.

La incorrecta interpretación acerca de la procedencia del derecho de preferencia

Sin embargo, a mi juicio, el mayor error de interpretación de la ley, se halla, en lo siguiente: **“Es indiscutible que si se decide capitalizar pasivo, corresponde dar acciones en pago de la deuda y obviamente esas acciones han de entregarse al acreedor respectivo, que aporta su crédito, por lo cual queda excluido el derecho de preferencia y, naturalmente, también el de acrecer”**

Claramente, este no es el funcionamiento previsto por la ley.

La decisión de no suscribir capital conforme al derecho de preferencia es propia del accionista, es un derecho fundamental, y no puede ser votada en contra por el resto de los accionistas. Que en asamblea se decida un aumento del capital integrado a través de la emisión de acciones en pago de una obligación existente, no implica que automáticamente quede sin efecto el derecho a suscribir de todos los accionistas. Justamente, esto es lo que busca evitar el 330 y esta hipótesis solo tendrá lugar en casos excepcionales. Como ya se analizó, este no parece ser uno de esos casos.

El hecho de que sea *posible* aumentar el capital integrado, emitiendo acciones en pago de una obligación existente, supone que va a haber accionistas que no ejercerán su derecho de suscripción preferente (los que votaron a favor de esta decisión), pues si todos los

9 Alfaro Borges, Jenifer, op.cit., pág. 2

accionistas suscribieran en proporción a su cuota parte, no quedarían acciones restantes para dar en pago de la obligación preexistente.

“A juicio del tribunal, lo que ocurrió en el caso fue la suspensión del derecho de preferencia para un propósito particular, previsto expresamente por la ley” Esta es una interpretación incorrecta, o bien de la ley, ya que no es ésta la previsión dispuesta por la ley en el 330, o del caso, ya que aquí dichos supuestos, concretos y objetivos para la doctrina, 1) no parecen verificarse y 2) no hay fundamento alguno para sostener lo contrario. El Tribunal parece estar afirmando que la suspensión del derecho de preferencia está a sujeta a la votación en asamblea, cuando es un derecho fundamental y esencial del accionista, y por lo tanto no puede ser suspendido por votación.

Las formalidades como instrumento de protección del accionista minoritario

Por otra parte, en el considerando IX) se discute del impacto que “dos omisiones de carácter formal” tuvieron en el derecho de la actora. “Se ha dicho que se omitió (1) consignar en la convocatoria de la asamblea extraordinaria para tratar el aumento de capital integrado, que se consideraría la suspensión del derecho de preferencia, y (2) luego, también se omitió consignar en el acta de la asamblea la decisión expresa de suspender ese derecho por esta vez para todos los accionistas. **El único sentido de toda formalidad es la tutela de un derecho sustancial, que -en el caso- es notoriamente el derecho de preferencia del accionista que, a su vez, tiene como finalidad la defensa de su porcentaje de capital accionario**, para impedir que resulte abatido por un aumento de capital integrado sin darle la oportunidad de integrar.”

Por una parte, el tribunal no toma en cuenta otro error “formal” fundamental con el cual la sociedad incumplió, que es el de realizar las publicaciones previstas en el art. 328.

Además, en este punto, el tribunal parece alegar que es lícito no cumplir con las exigencias de una ley, si la finalidad de la misma (la cual es muchas veces opinable) se intenta cumplir por otras vías. En este caso, como, una vez ya enajenadas las acciones, y ante el reclamo de la parte actora, se les ofrecieron, estaría el error de “carácter formal” subsanado.

“La actora fue convocada a asamblea por lo que no puede alegar ignorancia de la decisión adoptada y no pudo caberle duda alguna de que la decisión de capitalizar una obligación por (...) implicaba que, en esa oportunidad, ningún accionista podría ejercer su derecho de preferencia y que únicamente podría receder”

Justamente, por la omisión de los requisitos “formales”, la accionista puede alegar ignorancia del contenido de la decisión tomada en la asamblea, puesto que 1) no tenía forma de enterarse, ya que no se incluyó en el orden del día, la decisión de suspender el derecho de suscripción preferente no aparece en el acta, y no se realizaron las publicaciones convocando a los accionistas al ejercicio de este derecho, y 2) es inadmisibles que la parte actora tenga que suponer un contenido, que es sin duda ilícito, de suspender por votación un derecho fundamental de carácter propio.

En concreto, en el caso, cómo la actora fue citada a asamblea (como correspondía debido a su calidad de accionista), el tribunal afirma que tendría que haber deducido del acta que se iba a suspender su derecho de preferencia.

Sin embargo, en la misma sentencia, en el considerando V) el Tribunal afirma “**El carácter excepcional de esta situación, que motiva resistencia de parte de alguna doctrina, justifica exigencias formales particularmente severas y que se conserve para el accionista siempre la posibilidad de receder**”. El Tribunal no sólo se contradice, sino que ignora el carácter esencialísimo del derecho de suscripción preferente, cuya suspensión no está sometida al voto.

Las exigencias de la ley no son meras formalidades, sino que aseguran la protección de este derecho.

Esto acompaña al régimen establecido por la ley en cuanto a los requisitos de las asambleas en general, consagrando el artículo 358 la nulidad de todas las decisiones de materia extraña a las incluidas en el orden del día. Se supone que el accionista, que debe ser notificado de la convocatoria en la asamblea, toma la decisión de ejercer concurrir a la asamblea para ejercer su derecho a voto en base a dicho documento.

Por lo que, si se afirma que en la asamblea extraordinaria del 7/6/07 se tomó la decisión de suspender el derecho de suscripción preferente (además que esto no es posible debido a la naturaleza esencial de este derecho) no se puede afirmar que la actora debería soportar las consecuencias de esta decisión por el hecho no haber asistido a la asamblea, o que debería saber que ésta decisión fue la que se tomó porque fue citada, cuando encima también se omitió consignar en el acta de la asamblea la decisión expresa.

De modo que estos errores no son meramente formales, sino, que, efectivamente, impidieron la tutela del derecho de suscripción preferente de la accionista minoritaria. A esto, hay que sumarle la omisión de realizar las publicaciones previstas en el 328. Por más que esto debería ser probado, perfectamente podría ser un supuesto de actuación de mala fe por parte del accionista mayoritario con el fin de licuar la participación del accionista minoritario.

La impugnación vs. la acción de responsabilidad

“Ante el incumplimiento de las exigencias impuesta por el art.330 de la Ley N°16060, la actora pudo haber impugnado la decisión adoptada en la asamblea extraordinaria de accionistas del 7/6/07 por atacar su derecho de preferencia, puesto que vino a suspenderlo para capitalizar un crédito, sin aviso previo ni resolución expresa.”

Si bien es claro que, ante la omisión de la asamblea de cumplir con las formalidades, se abre la vía de la impugnación, y por no accionar en plazo ésta decisión se convalida, en este caso hubo un contenido ilícito en la decisión de la asamblea, y en virtud de ello no hay convalidación posible. Si esto no fuera así, no tendría sentido la acción del 329, cuyo plazo de ejercicio es de 6 meses, ya que a los 90 días quedaría “convalidada” la decisión. No es este caso un problema formal de nulidad, sino un problema de ilicitud.

“La actora dejó trascurrir largamente todos los plazos y recién accionó dieciséis meses más tarde, para pedir una indemnización por no haber sido convocada a ejercitar su derecho de preferencia.” Existe la posibilidad de que el accionar de la actora haya sido tardío debido a la indefensión que le causó el incumplimiento de los requisitos de publicidad establecidos por la ley en materia de decisiones que conciernen el aumento de capital y la suspensión del derecho de suscripción preferente. No estoy afirmando que haya sido ésta la hipótesis, sino que me limito a considerar que esta era una posibilidad.

Por otra parte, ante la posibilidad de la acción de nulidad de la decisión tomada, en mi opinión en este caso aplica el art. 365 in fine. La decisión fue contraria a la ley, a un derecho fundamental del accionista como es el derecho de preferencia. En este caso, es absolutamente nula, y por lo tanto 1) no es subsanable y 2) no hay plazo de caducidad de la acción. Esta distinción entre nulidades relativas y absolutas es de amplia recepción en la doctrina y la jurisprudencia.¹⁰¹¹

Algorta, en su análisis sobre la aplicación de las disposiciones de la LSC sobre el derecho de suscripción preferente, aplica esta postura al caso de violaciones de este derecho producidas en una asamblea: “En cambio, tratándose de una resolución adoptada en violación a la ley, considerada de orden público dado que se trata de un derecho inderogable del accionista, de acuerdo a lo establecido en el artículo 365 in fine de la LSC cabría en principio la acción ordinaria de nulidad, la cual no se encuentra sujeta a plazo.”

De esta forma, sería de recepción una acción de nulidad, la cual, en este caso, por ser la decisión absolutamente nula, se halla en plazo (a diferencia de la acción del art. 329). Sin embargo, iniciar ésta acción tiene por consecuencia aceptar que la decisión de la asamblea nunca produjo efectos jurídicos, lo cual tiene relevancia en cuanto a las suscripciones realizadas que analizaré mas adelante.

IV) TAC – Discordia (Vázquez)

Un elemento interesante en la discordia se halla en inciso IV “La acción judicial prevista por el artículo 329 de la Ley 16060 no excluye la posibilidad de impugnar la asamblea que resuelve el aumento de capital o la decisión del directorio que resuelve la emisión de las acciones en violación del derecho de preferencia”.

El disorde reconoce la diferencia, y concuerdo con éste, que existe entre la acción de impugnación de vicios en una resolución, y una acción indemnizatoria tutelada de forma específica por la ley siguiendo los principios generales.

V) Casación - SCJ mayoría (Ruibal Pino, Larrieux, Chediak, Pérez Manrique)

En el recurso de casación interpuesto por la parte actora, se deduce agravio por una supuesta aplicación incorrecta del principio “iura novit curiae” por parte del TAC. Sobre esto hay una discusión que refiere a aspectos procesales del caso y por lo tanto no son

10 Jiménez de Aréchaga, Mercedes, Análisis de la jurisprudencia nacional acerca de la acción judicial de Impugnación de Actos y Decisiones Asamblearias en las Sociedades Comerciales, ADCO T. 8, pág. 350

11 Lapique, Luis, op.cit., pág. 267

relevantes a este trabajo.

El alcance de la violación al derecho de suscripción preferente

En el considerando IV) la corte, en su integración mayoritaria, confirma la decisión del TAC, basada en el argumento de que “la actora tuvo reiteradas oportunidades de ejercitar, a posteriori de la multicitada Asamblea, el derecho de preferencia lo que rechazó sistemáticamente optando, ahora en juicio, por solicitar la indemnización prevista en el artículo 329 de la Ley No. 16.060.”

Respecto de este punto, cabe argumentar que si bien es cierto que con posterioridad en el tiempo se le ofreció a la parte actora la posibilidad de adquirir las acciones que se emitieron, de modo de mantener su participación, igual de cierto es que en el momento en que se le debió asegurar el ejercicio de su derecho de preferencia, la sociedad lo omitió.

Y el derecho de preferencia es un derecho que cuenta con un mecanismo específico de protección regulado en los artículos 326 y ss. de la LSC, por encima de las posibilidades de que, en el caso, se le hayan ofrecidos a la actora de recuperar su participación. Justamente, ese ofrecimiento responde a la disminución de la parte actora en su participación, cosa que se busca evitar de forma indeseada mediante el mencionado mecanismo de protección.

Por tanto, esto puede haber causado un perjuicio, y eso no debe ser ignorado, ni siquiera ante el rechazo posterior de la parte actora de la oferta de adquirir acciones que le permitan mantener su participación anterior.

Además, el derecho de suscripción preferente no implica solamente la posibilidad del accionista de comprar acciones para mantener su participación, sino que es más amplio. A vía de ejemplo, por lo dispuesto en el art. 327, aquél quien tiene un derecho de preferencia, puede cederlo a terceros o a otros que tengan tal derecho. Esta posibilidad de cesión de derecho se le negó en su momento, y el ofrecimiento posterior en el tiempo de comprar acciones para mantener su participación no “subsana” tal omisión, como parecen alegar el Tribunal de Apelaciones y la posición mayoritaria de la Corte.

Algorta analiza la posibilidad de que se intente realizar un convenio para reparar el daño que se causó al reducir la participación del accionista en la sociedad: “(...) cabe la posibilidad de que la sociedad o el propio accionista que adquirió las acciones que le corresponderían adquirir al accionista perjudicado, de forma extrajudicial y voluntariamente tome la iniciativa de ofrecer al mismo la posibilidad de adquirir acciones a prorrata de su participación como forma de evitar un eventual reclamo por parte de éste. **Obviamente, un acuerdo sobre este punto solo podría ser alcanzado mediante convenio entre ambas partes. Una vez vulnerado el derecho de preferencia y realizada la entrega a un tercero, la sociedad no podrá imponer al accionista afectado la aceptación de un acuerdo de estas características, aún cuando lo coloquen en la misma proporción que antes de la nueva emisión.**”¹² Comparto totalmente la precisión, que sin embargo,

12 Algorta Morales, Paula, Derecho de preferencia. Planteo de algunas incertidumbres en su aplicación práctica, UY/

no es la planteada por la SCJ en esta integración.

La acción judicial consagrada en el 329 ¿Cancelación de la suscripción, o indemnización?

Sobre esto, afirma Velasco Suárez “La LSC regula de modo específico la opción del art. 1431 del Código Civil. Los dos modos de lesionar el derecho de preferencia (mediante la suscripción de acciones, o mediante la entrega de las mismas) tienen consecuencias diferentes en cuanto a la obligación de reparar (o responsabilidad). El acreedor (accionista) puede pedir el cumplimiento (restitución), si la violación de su derecho se hubiese dado mediante la suscripción de acciones (sin la entrega de las mismas); pero si la privación del derecho se hubiese dado mediante la entrega de las acciones, la ley no permite su anulación: sólo se tendrá derecho a reclamar la indemnización (o compensación) prevista y tarifada legalmente en cuanto a su monto mínimo.”¹³

Asimismo, refiriéndose al art. 329, la Corte agrega “Además, el tenor de la norma que viene de referirse es claro, lo que primero procede es la solicitud de cancelación de las suscripciones, correspondiendo la indemnización tasada sólo cuando sea imposible la cancelación de las mismas, por haber operado la entrega de acciones. En el caso, la suscripción de las acciones puede cancelarse, ya que no la efectuaron terceros, sino los socios mayoritarios, lo que, como se dijo, se le ofreció al actor, quien debía integrar el capital de las acciones en más que quisiera suscribir o, si no lo deseaba hacer, mantenerse con un porcentaje menor de participación, o bien receder.”

Además de simplificar el contenido del derecho de suscripción preferente, que, como se mencionó, es más amplio que simplemente la posibilidad de suscribir o receder, la aplicación de la norma citada al caso no es clara, si no todo lo contrario.

Por una parte, una postura de la doctrina sostiene que la cancelación de la suscripción de acciones es en el caso de que estas no se hayan entregado, sin importar que sea o no un tercero. De esta forma se pronuncia Alfaro comentando el caso “La norma que lo prevé (artículo 329 de la LSC) no establece diferencias entre supuestos de adquisición de las acciones de buena o mala fe, **siquiera diferencia entre adquisición por terceros ajenos a la estructura societaria y la adquisición por accionistas (repetimos: accionistas acreedores)**”¹⁴

Respecto a la cancelación de las suscripciones, Lapique entiende lo siguiente: “Si las acciones ya se entregaron, no se puede proceder a su cancelación debido a que estaríamos ante una resolución unilateral del contrato entre la sociedad y el suscriptor”.¹⁵

En este caso, las acciones ya se enajenaron e integran el patrimonio de un sujeto que, además, y por más que no tenga relevancia (pero en contradicción con el argumento esgrimido por la corte respecto de los terceros) inicialmente era un tercero ajeno a la socie-

DOC/1038/2009, pág. 8

13 Velasco Suárez, Diego, Naturaleza de la indemnización por privación del derecho de preferencia, La Ley Online, UY/DOC/59/2009, pág. 2

14 Alfaro Borges, op. cit. pág. 12

15 Lapique, Luis, Manual de Sociedades Anónimas, FCU 2012, pág. 161

dad, si bien en virtud a este negocio se transformó en un nuevo accionista, y finalmente devino en accionista mayoritario.

La cancelación de las suscripciones no puede tener lugar, porque ya se cumplió dicha suscripción, las acciones ya integran la esfera patrimonial de otro sujeto, quien posee un derecho real de propiedad sobre éstas.

Algorta, por su parte, plantea otra postura. “Por otra parte, entendemos que sí procede la cancelación de las acciones emitidas ante la existencia de una situación de fraude o negocio simulado que determine la declaración judicial de nulidad del acto. Esto ocurrirá toda vez que exista una conducta dolosa del tercero adquirente de las acciones.”¹⁶ Puede ser este el caso en análisis, entendiendo que las omisiones de la sociedad en proteger al accionista minoritario configuraron un fraude o un negocio simulado a favor del accionista mayoritario.

A favor de esta postura, está el hecho de que la decisión de la asamblea violó un derecho fundamental del accionista, y por lo tanto es absolutamente nula (art. 365 de la LSC), por lo que en este caso no produce efectos jurídicos. Llevándolo al extremo, las acciones no se habrían emitido eficazmente, serían nulas, ya que se debe proceder, en los casos de nulidad absoluta, a la repristinación, retornando a la situación anterior a la resolución absolutamente nula. Algorta afirma, respecto de ello “Tal como mencionamos anteriormente, entendemos que sí procedería la acción de nulidad y por ende la cancelación de las acciones emitidas ante la existencia de una situación de fraude o negocio simulado”

De todos modos, en el caso no se cuestiona la eficacia del negocio mediante el cual se adquirieron las acciones, ni por la parte actora, ni por la parte demandada. Cuando se habla de impugnación se hace referencia a la impugnación de la asamblea ante vicios subsanables que debe ser ejercida en el plazo de 90 días (y, que, cuando no se ejercita, subsana las decisiones. Este no es el caso).

La Corte nunca hace referencia a la posibilidad de que la decisión de la asamblea haya sido nula. Al ignorar esta posibilidad, se considera que esta decisión sí produjo efectos, y que la entrega de las acciones se verificó. En este caso al ofrecerle las acciones a la parte actora en el reclamo inicial, no se está en la hipótesis de cancelación de suscripciones a la que se refiere el 329, sino en la posibilidad de una nueva enajenación. Esto no es una “prórroga” del ejercicio del derecho de suscripción preferente, ofrecida a la parte actora, como se pretende plantear. **Tal es así, que, si las partes lo desean, podría la parte actora adquirir una cantidad mayor a la proporción que le correspondería.** Si estuviera en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, esto no podría hacerse por acuerdo de voluntades, sino en proporción y a prorrata. En la hipótesis manejada en el litigio (que no es la de nulidad de la asamblea, sino la de eficacia de la decisión) **lo que se ofreció fue una compraventa de acciones**, y por ello no deja de ser cierto que en su momento debido no se le respetó su derecho de suscripción preferente.

Finalmente, la corte entiende que las publicaciones requeridas eran las del 362 inc. 2,

16 Algorta Morales, Paula, Derecho de preferencia. Planteo de algunas incertidumbres en su aplicación práctica, UY/DOC/1038/2009, pág 7.

y que se realizaron, pudiendo la parte receder como opción, ignorando las disposiciones que establecen la existencia de una tutela especial para los casos en que está en juego el derecho de suscripción preferente del accionista (y la amplia doctrina que apoya esto- la citada en este trabajo es tan solo un ejemplo).

VI) Casación – discordia (Dr. Chalar)

En el V.1), el disorde entiende que la demandada “omitió cumplir con el ofrecimiento de acciones que manda hacer la Ley de Sociedades Comerciales en forma expresa y tuitiva del accionista en su artículo 328 mediante publicaciones por tres días”. Por lo que el disorde entiende que este caso no es de aumento del capital social, como se consignó en la orden del día (aplicaría el 362 exclusivamente), sino que es un caso donde está en juego el derecho de suscripción preferente (326 y ss.).

Respecto de las publicaciones, expresa “La demandada FRIMACAR no realizó la publicación preceptuada por el artículo 328 de la Ley No. 16.060. Este es un hecho admitido expresamente al contestarse la demanda a fojas 246 vto.: ‘los suscritos se apercibieron de que al procesarse el aumento de capital resuelto por la Asamblea Extraordinaria de accionistas de FRIMACAR [de] fecha 7 de junio de 2007 se habían omitido las publicaciones prescriptas por el artículo 328 de la Ley No. 16.060’”.

Por lo cual está claro que para el Dr. Chalar sí existió un incumplimiento con las publicaciones exigidas por la ley en estos casos. “En efecto, hay requisitos específicos en materia de plazos (se publica luego de verificarse el supuesto de hecho del derecho de preferencia o acrecimiento, por tres días), formas (en el Diario Oficial y en un segundo periódico), contenido (ofrecimiento de acciones) y efectos (vencidos los plazos establecidos, las acciones pueden ofrecerse a terceros). Y como surge de autos: ninguno de esos requisitos fue cumplido por FRIMACAR, lo que implicó la privación del derecho de preferencia de PAYCUEROS. **En tal sentido, la invasión de la esfera jurídica protegida de PAYCUEROS por parte de FRIMACAR torna ilícita la conducta de ésta última.**” Claramente, Chalar entiende que las omisiones en el ámbito de los requisitos establecidos por la ley para estos casos no son errores formales, sino que son incumplimientos que violan un deber impuesto específicamente por la ley, violando una esfera jurídica ajena.

En virtud de esto, en opinión de este ministro, es plenamente aplicable lo dispuesto por el 329: “Pues bien, si las acciones se entregaron o enajenaron a un tercero, lo que como se viene de ver aconteció en el caso, el accionista minoritario PAYCUEROS S.A. estaba legitimado para exigir judicialmente “que la sociedad y el administrador o los directores culpables, solidariamente, les indemnizen los daños causados”, como hizo.”

Corresponde la indemnización del artículo 326 porque “En el caso, no es posible cancelar la suscripción realizada”. De esta forma, en aplicación del citado artículo, el disorde explica que corresponde una indemnización y, sobre ésta, “su monto no puede ser inferior al triple del precio por el cual se emitan las acciones que el accionista perjudicado haya podido suscribir o adquirir conforme al artículo 326.”

Respecto al carácter de la indemnización establecida, el ministro se pronuncia: “Aten-

to al tenor de la demanda, debe tenerse presente que esta norma no estatuye una multa; tampoco crea un sistema de responsabilidad civil autónomo o distinto del régimen general, únicamente fija un monto mínimo para el caso de que proceda una condena indemnizatoria. Nada más.” Entrando en detalles, explica: “Consecuentemente, el accionista que pretenda ser resarcido por haberse violado su derecho de preferencia, deberá acreditar entre otros elementos configurativos de la responsabilidad civil, la verificación de un daño resarcible.”

Respecto del régimen establecido en el 329, Velasco escribe: “No es un caso de violación de la obligación genérica de no dañar, que impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sido causado tal daño, la obligación extracontractual de indemnizarlo. Nos encontramos ante la violación de un deber específico, que obliga a personas específicas, frente a un sujeto específico.”¹⁷ Por lo que es un claro caso de responsabilidad contractual.

En el V. 7) la sentencia dice: “Como se señaló antes, en criterio del Sr. Ministro, en el caso, la ilicitud de la conducta de FRIMACAR es flagrante. Sin embargo, ello no basta para su condena. Es que como se ha señalado doctrinariamente, “[l]a constatación de que el hecho del ofensor ha lesionado un derecho o situación jurídicamente protegida tiene como consecuencia que el comportamiento pueda ser calificado como ilícito (hecho ilícito del hombre), lo que a su vez adelanta o califica como resarcible el daño que eventualmente pueda derivarse de esa lesión”, pero no prueba la existencia del daño ni integra su definición o contenido; “la lesión del derecho no pertenece a la esfera del daño, sino a la ilicitud” (Jorge Luis Gamarra, “Responsabilidad extracontractual”, F.C.U., 2007, pág. 69, destacado con cambio de fuente en el original).” Citando jurisprudencia, se establece que “No basta pues con probar un hecho ilícito, sino que, además, es necesaria la justificación efectiva de la existencia del daño. Este principio es aceptado pacíficamente, ya sea en el campo de la responsabilidad contractual como en la extracontractual (vide: sentencia no. 194/81).”

Por lo que, si bien reconoce la existencia de una ilicitud, cree que no corresponde indemnización porque no se prueba el perjuicio a indemnizar. Respecto de ello la parte actora había alegado “Para el cobro de tal sanción no es necesaria la prueba de los perjuicios sufridos, ya que la Ley al establecer un mínimo está tasando los mismos los cuales presume se generan siempre que se le priva al accionista el ejercicio de su derecho de preferencia, y por el solo hecho de habérsele impedido ejercer el mismo.”

Si bien el análisis del discorde parece ser el más acertado, considerando las hipótesis e interpretaciones que se manejaron en el proceso, creo conveniente realizar ciertas precisiones.

La postura de Velasco; la acción del 329 es de responsabilidad objetiva

Sobre la acción consagrada en el 330, Velasco tiene una opinión distinta sobre el tema, que no obstante no se acoge de forma total la pretensión de la parte actora. No es que la ley presume que se genera un daño, sino que la privación del derecho es el daño: “Así

¹⁷ Velasco Suárez, Diego, op. cit. pág. 2

como la rescisión unilateral de una relación laboral por parte del empleador supone un perjuicio por la sola exclusión del trabajador de la empresa, lo mismo sucede en este caso. La ley no indica que tenga que probarse un perjuicio; incluso si -siguiendo con el ejemplo- se le hace un favor al trabajador porque al día siguiente del despido consigue un trabajo mucho mejor, y la empresa sufre imprevistamente una catástrofe que la lleva a su liquidación, no por eso se puede evitar el pago de la indemnización por despido. La privación de un derecho implica un perjuicio; y si tengo un derecho de mantener mi trabajo o mi calidad de accionista con el mismo porcentaje de participación en el capital social, y se me priva de ese derecho, ello comporta una injuria, algo contrario a derecho, un perjuicio. Recordemos que la lesión es la privación de un derecho, y ella ya conlleva la obligación de reparación; no es necesario probar otro daño adicional. Y, si no es posible la restitución, se ha de reparar por compensación.”¹⁸

De esta forma, aquél quien debía asegurar el ejercicio del derecho de preferencia, al no hacerlo, incumple con un deber específico impuesto, y esa misma privación es el daño causado, por lo que no hay que probar el perjuicio. Velasco entiende que el monto fijado para estos casos corresponde al de una indemnización o compensación. Mediante esta indemnización fijada, la ley le otorga una valoración propia al derecho de preferencia, que además confirma su carácter fundamental para el accionista.

Recordemos que algo similar había establecido el juez de primera instancia, al entender que “Los perjuicios son **evidentes y se desprenden directamente de las consecuencias** que para el accionista tiene la disminución porcentual de su participación accionaria”

Velasco plantea, además, que esta indemnización con monto mínimo fijado cumple también con una función sancionatoria, que, citando a Gamarra, intimida, tendiendo a impedir la violación de una regla de conducta.¹⁹

Esta propuesta es muy interesante, ya que derriba el argumento esgrimido por el disorde para el rechazo de la pretensión aducida.

Si se sostuviera la postura del disorde, es decir, que se debía probar el daño, es un buen ejercicio analizar *cómo* se podría probar dicho daño. Puesto que si la prueba era respecto del perjuicio que significó para el accionista verse licuado en su participación, entonces se estaría suponiendo que la parte actora *necesariamente hubiera ejercido su derecho a suscribir de forma preferente*, o a acrecer. Pero lo que la ley tutela es el ejercicio de esa opción, no el ejercicio *efectivo* del derecho. Así, la obligación de la sociedad es de ofrecer, realizando las publicaciones. Cumpliendo con esto, se le asegura al accionista el ejercicio de su opción. Pero esto, en este caso no se respetó. Por otra parte, el derecho tutelado no implica sólo suscribir de forma preferente, o receder (362), sino que es más amplia y también protege otros aspectos como la cesión de ese derecho a terceros. El punto es que, si realmente se debiera acompañar el ejercicio de la acción consagrada en el 329 con prueba, existe una dificultad ínsita en la carga probatoria respecto al daño que implica la privación del ejercicio de un derecho de opción como el derecho de suscripción preferen-

18 Velasco Suárez, Diego, op.cit., pág 4

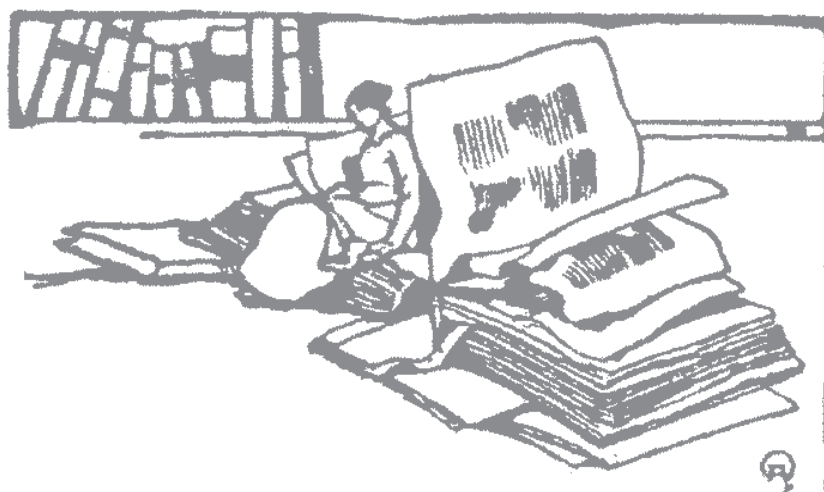
19 Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", FCU 1997 T. XVIII vol. 2, 3ª edición, pág. 191

te. Ello lleva a que, a mi juicio, el análisis de Velasco sea más acertado que el planteado por el discorde.

No deja de ser cierto, que, en el caso analizado, hayan podido existir diversas circunstancias que hayan dificultado el discernimiento del tribunal, tales como la pobreza argumentativa de las partes en el proceso (incluyendo a los mismos tribunales), o la dificultosa situación en la que el fallo colocaba a cientos de puestos de trabajo en el caso de acoger la pretensión.

Además, cómo se planteó inicialmente, la interpretación que se realiza del plazo fijado en el 329 para iniciar la acción, podría dejar a la demanda fuera del plazo previsto para iniciarla.

Sin embargo es un fallo que realmente deja entrever la dificultad que existe a la hora de aplicar un derecho consagrado explícitamente en el texto legal (en esta ocasión, el art. 330 de la LSC, un artículo que es interpretado por la doctrina de forma pacífica) en un caso que, a todas luces, parecía adaptarse de forma cabal al concreto supuesto de hecho previsto por la ley.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Derecho sindical. Tomo I. de Osvaldo Mantero de San Vicente.
Segunda edición actualizada por Rodolfo Becerra y Ariel Nicoliello
Fundación de Cultura Universitaria.*

DERECHO SINDICAL. TOMO I. DE OSVALDO MANTERO DE SAN VICENTE. SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA POR RODOLFO BECERRA Y ARIEL NICOLIELLO

Fundación de Cultura Universitaria.
Montevideo, abril de 2015. 280 páginas.

Se editó la segunda edición del libro “Derecho sindical” de Osvaldo Mantero de San Vicente, actualizada por Rodolfo Becerra y Ariel NicolIELLO.

En Uruguay no existía un manual de esta rama del Derecho del trabajo hasta que Mantero publicó la primera edición de este libro en 1998. Después de diecisiete años han sido considerables los cambios en la materia de manera que esta nueva entrega resulta muy bienvenida. Al tiempo transcurrido se agrega que se trata de uno de los pocos libros uruguayos que enfocan en conjunto todo este sector del Derecho del trabajo o de esta rama autónoma si se quiere comenzar a discrepar con las posturas del autor que se pronuncia por negar esa autonomía.

Este primer tomo contiene la parte general, y dos de las tres partes en que clásicamente se divide al Derecho sindical¹: los conflictos colectivos, sus modos de prevención, de exteriorización y de solución, y la libertad sindical donde la 17.940 de 6 de enero del 2006 se insertó en un marco normativo que no ofrecía protección suficiente a su ejercicio. Se trata de una ley que apareció después de la primera edición y merece en esta un tratamiento cuidadoso que abrevia en el trabajo previo de los autores nacionales sobre los diversos alcances y no deja espacios sin cubrir.

Ofrece primero un panorama general de las distintas cuestiones y luego es exhaustivo en el tratamiento de la realidad uruguaya, de los aportes de su doctrina y de los pronunciamientos de una jurisprudencia que si bien tiene un rol tangencial porque no ofrece vías de solución directa de los conflictos, interviene si en acciones de amparo para contener medidas de huelga como las ocupaciones o en el vasto campo de los efectos de la huelga sobre las relaciones individuales de trabajo. Reseña los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, de manera especial los vinculados a nuestro país, así como los datos históricos que permiten contextualizar la evolución jurídica.

Como su presentación señala se ubica acertadamente entre las características de un manual para atender las necesidades de los estudiantes y una obra con acopio de bibliografía que reseña las opiniones de la doctrina y que sirve a los profesionales que practican esta rama del derecho sin entrar en detalles impropios de una obra de este alcance.

Por otra parte redacción clara y lenguaje sencillo hacen un libro de agradable lectura y completo en el tratamiento de los diversos aspectos de cada cuestión aunque sin alardes de erudición innecesaria.

En resumen que se compartan o no algunas opiniones, estamos frente a una obra que enriquece la biblioteca uruguaya de derecho laboral y debe ser por tanto bienvenida. Se echaba en falta.

SPC

1 Se anuncia que un segundo tomo tratará de la negociación colectiva.

