



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

El quehacer universitario

DOCTRINA

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Uruguay y el Mercosur

LABANDERA, Pablo

El nuevo rol de las Administraciones Aduaneras: una buena ley como base del "customs compliance"

MARINONI BERMUDEZ, Magdalena y RODRIGUEZ D' ESPADA, Ana Laura

Energías renovables ¿cómo lograr el cambio de paradigma?

TABAKIAN, Marcela

Evolución de la responsabilidad del fabricante en Estados Unidos y su influencia en el Derecho Comparado

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

El rol docente en la Universidad

GAVERNET, Haroldo Ramón

¿Por qué Derecho Romano?

KEMELMAJER, Aida

Contratos con consumidores en el nuevo Código Civil y Comercial argentino

JURISPRUDENCIA COMENTADA

MADALENA, Santiago

Validez de la novación in peius en el Derecho del Trabajo

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio y ALONSO MASSA, Diego Luis

Análisis del fallo "BG Group plc v. Republic of Argentina" dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: ¿todos los caminos conducen a Roma?

INFORMACIONES

Grado y Postgrado

TESINAS DE MASTERS

LUEIRO, Natalia; PLANELLES, Valeria y SAN MARTIN, Fernanda

El Secreto tributario. Concepto, alcance y limitaciones. Una visión más allá del Derecho tributario

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CASANOVA, Pablo

El consentimiento informado en los menores de edad

FORMENTO, Luciana y NÚÑEZ, Victoria

Conflicto de interés y exequátur de laudos arbitrales extranjeros

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Con Miras al Interés General de los Profesores Enrique Rivero Ysern y Jaime Rodríguez Arana (por Luis Eduardo REY VÁZQUEZ)

La "imprudencia eventual" en las sociedades de riesgo. Epistemología de la incertidumbre y "verdad subjetiva" de la imprudencia de Gabriele Civello (por Luigi CORNACCHIA)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

El quehacer universitario7

DOCTRINA

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Uruguay y el Mercosur15

LABANDERA, Pablo

El nuevo rol de las Administraciones
Aduaneras: una buena ley como base
del "customs compliance"25

MARINONI BERMUDEZ, Magdalena y RODRIGUEZ D' ESPADA, Ana Laura

Energías renovables ¿cómo lograr el cambio
de paradigma?41

TABAKIAN, Marcela

Evolución de la responsabilidad del fabricante
en Estados Unidos y su influencia en el
Derecho Comparado59

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

El rol docente en la Universidad73

GAVERNET, Haroldo Ramón

¿Por qué Derecho Romano?83

KEMELMAJER, Aida

Contratos con consumidores en el nuevo
Código Civil y Comercial argentino91

JURISPRUDENCIA COMENTADA

MADALENA, Santiago

Validez de la novación in peius en el
Derecho del Trabajo105

OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio y ALONSO MASSA, Diego Luis

Análisis del fallo "BG Group plc v. Republic of
Argentina" dictado por la Corte Suprema de los
Estados Unidos de América: ¿todos los caminos
conducen a Roma?131

INFORMACIONES

Grado y Postgrado157

TESINAS DE MASTERS

LUEIRO, Natalia; PLANELLES, Valeria y SAN MARTIN, Fernanda

El Secreto tributario. Concepto, alcance y
limitaciones. Una visión más allá
del Derecho tributario177

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CASANOVA, Pablo

El consentimiento informado en los
menores de edad239

FORMENTO, Luciana y NÚÑEZ, Victoria

Conflicto de interés y exequátur de laudos
arbitrales extranjeros249

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Con Miras al Interés General de los Profesores
Enrique Rivero Ysern y Jaime Rodríguez Arana
(por Luis Eduardo REY VÁZQUEZ)271

La "imprudencia eventual" en las sociedades
de riesgo. Epistemología de la incertidumbre y
"verdad subjetiva" de la imprudencia de Gabriele
Civello (por Luigi CORNACCHIA)279

MENSAJE DEL DIRECTOR

El quehacer universitario

En un artículo escrito por William Deresiewicz en la revista *The New Republic* se ha abierto un debate sobre el tipo de educación en las universidades más prestigiosas. ¿Es propio de la universidad ayudar al alumno a forjar la propia identidad?. El autor propugna que debe ser un espacio de libertad en el que los estudiantes aprenden a construir su vida con criterios propios. Aclara Deresiewicz que "Hay algo en particular sobre lo que el universitario y el recién graduado, debe pensar: "cómo construir su yo". Y el yo no es algo que se tiene sin más: hace falta "establecer comunicación entre la mente y el corazón, entre la mente y la experiencia", pues solo así "llegas a convertirte en un individuo, en un ser único: en un alma".

La universidad es una etapa clave en el proceso de maduración personal, y no simplemente un lugar donde se aprende una profesión y se adquieren unos conocimientos. Es un lugar de construcción del yo.

Es un lugar donde se aprende a vivir con Libertad; libertad para labrar la propia vida. Una libertad vivida que implica no ser esclavos de los demás ni de nadie ni de nada.

Una persona se realiza cuando cumple la propia verdad personal. Es artista de su propia existencia: no sólo hace cosas sino que se hace a sí mismo. Porque nuestra vida es un proyecto, un quehacer que tenemos que llevar a cabo. El arte de vivir consiste en desarrollar los talentos recibidos. Se trata de afirmar, en palabras de Jutta Burgraff: "Sigue tu camino. ¡Sé tú mismo, realízate! Descubre tu forma individual, infalsificable que pensó Dios para ti. Y ármate de valor para vivir de esa forma". Entonces comienza una historia personal y única. El hombre que utiliza la libertad comienza a vivir su propia vida.

Cada persona puede llegar a ser feliz y hacer felices a los demás, o a quienes nos rodean, pero desde lo que



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 XIII (2014), N° 26

es, “desde” la fidelidad a sí misma, que no es otra cosa que fidelidad al proyecto divino sobre su existencia. Y ese proyecto debe ser descubierto con la libertad que no nos ha sido dada para hacer nuestros gustos o caprichos, nos ha sido dada para los demás. Para conseguir la felicidad junto a otros seres queridos: nuestra familia, nuestros amigos, nuestros compatriotas. Es curioso y parece una paradoja pero la felicidad se logra en la búsqueda conjunta con los demás del bien, de la belleza, de la paz, de la verdad.

En segundo lugar, en la Universidad se aprende que el hombre fue hecho para el trabajo. Está en las primeras páginas de las Sagradas Escrituras. El mundo y nuestro querido país necesita una cultura del trabajo. Vence la lucha quien pone esfuerzo, quien sabe llenar los sesenta segundos de cada minuto haciendo lo que debe en cada momento que muchas veces será haciendo el trabajo bien hecho.

En la Universidad se debe difundir una cultura de trabajo bien hecho. De calidad mundial. Que nuestros productos y nuestras obras sean dignas de competir en el mercado internacional y hacer buen papel. En nuestro país se requiere una concepción de la empresa más sana, de mayor colaboración y superación del conflicto y una concepción de la sociedad más adecuada, más integrada sin gente que pase mal. Para todo esto se requiere de un cambio en la actitud de las personas frente al trabajo, de verlo como bien y una oportunidad de realización y de bienestar.

El trabajo es motivo de gusto. Es lugar para disfrutar. Por la satisfacción de hacerlo bien y gozar de la tarea. La clave es el sentido de realización personal y el sentirse útil que lleva consigo.

La persona, cualquiera sea su posición, debe aprender a trabajar con otros. Hace falta encontrar en el trabajo en equipo, un sitio de crecimiento personal; comprender que cada persona tiene algo que enseñar. Fallan en esto quienes se dejan llevar por la autosuficiencia, por la falta de un espíritu de compañerismo, por el exceso de autoestima, por la incompreensión con quien no reúne sus habilidades, que no sabe mandar.

Dentro de este amor al trabajo destaca el espíritu emprendedor. De tener el coraje de arriesgarse. El espíritu emprendedor es el resultado de personalidades ricas que saben proyectar un futuro rico y se dirigen a él sin agotar su esfuerzo en la solución de los temas diarios. Que sabe soñar proactivamente con realidades nuevas que exigen cambios en procesos y proveedores.

El tercer valor a destacar es la virtud de la Alegría. La vida merece vivirse con gusto y el servicio es alegría. El señorío de ser útiles. El Espíritu deportivo para afrontar los obstáculos del camino de la vida. La Fortaleza ante las adversidades que no deben quitarnos el Optimismo.

Muchas veces lo mejor que podemos hacer por la gente es comprender que necesitan alrededor miradas contentas. Sonreír es robustecer amistades, cultivar amistades que enriquecen nuestra vida.

La alegría viene de la mano de un enfoque positivo de las cosas que encuentra el lado

bueno de todo y no se deja atrapar por la pálida de los aspectos negativos, de señalar los defectos o peligros, del no se puede.

Estas ideas madres o puntales para el camino univertario, que hoy recordamos, nos darán una vida plena y nos harán dichosos. Y en palabras de San Agustín, ser dichoso es ser sabio.

Los universitarios debemos mantener encendida la pasión por la vida y por el conocimiento que se nos contagió en la universidad. Porque esta no se agota en el adiestramiento en las habilidades necesarias para triunfar en el mercado laboral, es mucho más. Se requiere un cambio de la cultura y empezar por nosotros mismos. Vale la pena ser felices. Está al alcance de nuestras manos.

Santiago Pérez del Castillo

(Texto extraído de su discurso en la
ceremonia de graduación de 2014)

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

FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.

Uruguay y el Mercosur

LABANDERA, Pablo

El nuevo rol de las Administraciones Aduaneras: una buena ley como base del “customs compliance”

MARINONI BERMUDEZ, Magdalena

RODRIGUEZ D' ESPADA, Ana Laura

Energías renovables ¿cómo lograr el cambio de paradigma?

TABAKIAN, Marcela

Evolución de la responsabilidad del fabricante en Estados Unidos y su influencia en el Derecho Comparado

URUGUAY Y EL MERCOSUR

PROF. DR. JORGE E. FERNÁNDEZ REYES (*)

La creación del Mercado del Sur (“MERCOSUR”) mediante la firma del Tratado de Asunción (en adelante indistintamente TA) en el año 1991 por parte de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, fue la concreción de un largo proceso de negociaciones que además tenían como fundamento un histórico y relevante relacionamiento comercial entre los cuatro países principalmente en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (“ALADI”).

Sus primeros años de vida fueron sumamente exitosos en los aspectos comerciales y económicos, y la profundización del proceso de integración hacia el objetivo planteado en el artículo 1 del TA, es decir hacia la conformación de un “Mercado Común” avanzó en tiempo real, pese a algunas dificultades que naturalmente iban surgiendo como consecuencia de las decisiones adoptadas en el seno del esquema de integración.

Asimismo, en esta primera etapa se destaca el amplio reconocimiento a nivel internacional que el “MERCOSUR” tenía por los logros obtenidos en su corta trayectoria y a título de ejemplo, tanto el Acuerdo del Jardín de las Rosas con Estados Unidos de Norteamérica (en el modelo 4 + 1) en el año 1991, y los Acuerdos con la Unión Europea de los años 1992 y 1995 son demostrativos de la afirmación realizada.

Sin embargo, a partir de las dificultades surgidas a nivel mundial, que repercutieron en la República Federativa del Brasil (devaluación mediante de enero de 1999) y en la República Argentina (con una crisis institucional adicional a fines del año 1999) con obvias consecuencias en sus dos socios comerciales (Paraguay y Uruguay), se observó – a nivel de los gobiernos de esa época - la necesidad imperiosa de evaluar la marcha del proceso de integración y analizar en profundidad su proyección futura.⁽¹⁾

En ese entonces, tres fueron las alternativas que se incorporaron a la agenda de los negociadores y que también ingresaron a los temas analizados a nivel doctrinario con relación directa con el estadio de la integración de acuerdo a los criterios tradicionalmente reconocidos por la normativa internacional como modalidades de la integración, sin perjuicio de que cualquier esquema de integración o acuerdo comercial es en sí mismo un proceso evolutivo y gradual, donde importa el punto de partida y el objetivo o finalidad pretendida por los países que integran el esquema de integración.

Como consecuencia de ello, y partiendo de que el MERCOSUR, no respondía íntegramente a ninguna de las “*modalidades de la integración*” reconocidas internacionalmente ya

* Director del Master en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Prof. de la Cátedra de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Director de la Secretaría del MERCOSUR

1 La crisis política e institucional que sucedió en la República del Paraguay en el año 1996, aún con la falta de una cláusula democrática entre los Estados Parte del MERCOSUR, fue resuelta satisfactoriamente y no afectó la marcha de la integración regional.

que contenía instrumentos propios de una u otra modalidad, la primera de las alternativas planteadas suponía “retornar” a la conformación de una “Zona de Libre Comercio”, mientras que en segundo lugar, se proponía culminar con la constitución de una “Unión Aduanera” perfecta, mientras que los más optimistas, propugnaban la consolidación de la Unión Aduanera y la continuación del proceso hasta la conformación del “Mercado Común Regional”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 del Tratado de Asunción.

Pues bien, el resultado de las deliberaciones a nivel gubernamental, fue la elección de la última alternativa reseñada, es decir, continuar con el proceso de integración hasta la conformación del Mercado Común, decisión política que se aprobó en el año 2000, y se denominó el “Relanzamiento del MERCOSUR”.

Así es que en el marco de la “Agenda del Relanzamiento” se aprobaron varias Decisiones (CMC Nos. 22/00 a 32/00) por parte del Consejo del Mercado Común, que pretendieron abordar y dar principio de solución a los principales problemas – que a criterio de los negociadores – representaban los mayores o más importantes obstáculos al desenvolvimiento del proceso de integración conforme a los lineamientos trazados tanto en el Tratado de Asunción, como en los sucesivos Programas o Planes de Acción (i.e. Las Leñas del año 1992, MERCOSUR 2000 del año 1995, etc.).⁽²⁾

A los efectos ilustrativos, las áreas de trabajo individualizadas por los negociadores para el avance del proceso de integración fueron las siguientes: acceso a mercados; incorporación de las normas armonizadas; fortalecimiento institucional de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR; perfeccionamiento del sistema de solución de controversias; análisis de la estructura de los órganos del GMC y del CMC; arancel externo común; defensa comercial y de la competencia; coordinación macroeconómica; incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación; y relacionamiento externo.

Esta etapa del Relanzamiento, tuvo posteriormente un ajuste de importancia con la aprobación de la Decisión CMC No. 26/03 (denominada Programas de Trabajo 2004 – 2006) que en base a una identificación de áreas de trabajo y plazos, procuró dar un nuevo impulso a la agenda negociadora, no obstante lo cual, los plazos establecidos fueron sucesivamente prorrogados (Decisión CMC No. 51/04 y Decisión CMC No. 11/05).

Pasaron diez años de la “Agenda de Relanzamiento del MERCOSUR” con los ajustes señalados tanto en lo conceptual como en lo temporal, y los avances que se han sucedido durante esos años hasta el 2010 no fueron realmente relevantes, con algún destaque puntual como la creación, conformación y actuación del Tribunal Permanente de Revisión

2 En forma resumida el contenido de las Decisiones adoptadas en dicha Agenda son: * El compromiso de los Estados Parte de negociar en forma conjunta los acuerdos comerciales con terceros países o agrupaciones de países, en los cuales se otorguen preferencias arancelarias (Decisión CMC No. 32/00); * La no adopción de ninguna nueva medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza (Decisión CMC No. 22/00); * La definición de los cursos de acción tendientes a eliminar las situaciones o medidas de carácter impositivo, financiero, fiscal, aduanero, administrativo o de otra naturaleza, que limitan el acceso a los mercados del bloque (Decisión No. CMC 22/00); * La obligatoriedad de incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales las Decisiones, Resoluciones y Directivas, en las fechas o plazos establecidos (Decisión CMC No. 23/00); * Analizar el perfeccionamiento de las disciplinas y mecanismos de la defensa de la competencia en el MERCOSUR (Decisión CMC No. 28/00); * Avanzar hacia objetivos comunes en las áreas macroeconómicas y de servicios financieros, y establecer, en marzo de 2001, las metas fiscales, de deuda pública y de precios acordados en forma conjunta, así como el proceso de convergencia correspondiente (Decisión CMC No. 30/00); y * Establecer disciplinas comunes en materia de incentivos a la producción, a la exportación y a la inversión (Decisión CMC No. 31/00).

(no obstante la inexplicable escasa utilización por parte de los países miembros del MERCOSUR), lo que podría tipificarse como una *“década perdida en el proceso de integración”*.

Es entonces que – a nuestro criterio – comienza una nueva etapa a partir de la Cumbre de San Juan celebrada en el mes de agosto del año 2010 en ocasión de la finalización de la Presidencia Pro Tempore Argentina, donde se crearon importantes expectativas sobre un verdadero resurgimiento del MERCOSUR.

De la Cumbre de San Juan, se destacan en primer lugar las Decisiones del Consejo del Mercado Común que aprueban: (i) el Código Aduanero del MERCOSUR (CAM); (ii) la reglamentación de la eliminación del doble cobro del arancel externo y la distribución de la renta aduanera; (iii) la creación del Documento Único Aduanero; y (iv) el Manual de Procedimientos de Control del valor en aduana; en segundo lugar, la aprobación de 8 (ocho) Proyectos Regionales a ser financiados por el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) por un monto aproximado a los US\$ 800 millones de dólares, que se encontraban sin resolver desde hacía un tiempo prolongado; y en tercer lugar, la reanudación de las negociaciones con la Unión Europea, que se habían interrumpido a partir del mes de mayo del año 2006.

Las expectativas generadas en la Cumbre de San Juan, se complementan con la aprobación de la Decisión CMC No. 56/10 (Programa de Consolidación de la Unión Aduanera) aprobada en Foz de Iguazú en el mes de diciembre del mismo año.

Sin embargo, más sombras que luces se encuentran en el desarrollo de la integración en el transcurso de estos más de cuatro años desde la realización de la Cumbre de San Juan y la aprobación de la Decisión CMC No. 56/10 hasta la fecha, demostrando una verdadera *“apatía de la integración regional desde el MERCOSUR”*.

Pues bien, han transcurrido cuatro años desde los eventos antes referidos, y si bien estos procesos son esencialmente graduales, deben ser también dinámicos en sus concreciones, pero en el caso del MERCOSUR lo cierto es que la evaluación de este período, no es ni positiva ni alentadora.

Varios son los factores que permiten realizar esta afirmación, algunos de ellos provienen del propio proceso de integración como tal; otros de los Estados miembros que lo integran, a los que también pueden sumarse los que tienen su origen en el ámbito internacional que afectan directa e indirectamente la evolución del MERCOSUR y en los cuales el bloque ha estado ajeno o prescindente.

Nuestra intención es abordar – aunque en forma por demás breve – los aspectos más relevantes de estos últimos años, que signan de forma desfavorable la evolución del MERCOSUR, y pronostican una necesaria revisión del proceso a la luz de los diversos acontecimientos que se vienen sucediendo a nivel regional e internacional.

Sin pretender ingresar a una evaluación del punto de vista ideológico, en nuestra primera reflexión, reiteramos una opinión vertida en varias oportunidades – tanto en cátedra como en doctrina – y es que las *tendencias ideológicas o posiciones políticas en*

base a supuestas “afinidades” ideológicas, no pueden ni deben ser el fundamento de la constitución, del funcionamiento, o de la evolución de estos procesos de integración, ya que los mismos – de neto contenido comercial y económico – deben “*basarse en su concepción y desarrollo en una identidad democrática y respetuosa de las libertades públicas y los derechos humanos por parte de los Estados miembros de un Acuerdo Preferencial de Comercio*”, que tienen por objetivo conciliar y consensuar sus intereses comerciales y económicos en la “**región integrada procurando crear comercio**”, y ello sin perjuicio de las “**dimensiones**” que se puedan ir incorporando a la agenda de las negociaciones (i.e. culturales, sociales, educativas, etc.), y de los acuerdos que pudieran suscribirse en función del progreso y profundidad del esquema regional de integración.

Pues bien – a nuestro criterio – el MERCOSUR se ha “*ideologizado*” de tal manera que se han perdido o se han dejado en un segundo plano, los objetivos centrales del Acuerdo Regional, conspirando contra su evolución y desarrollo, y para confirmar esta afirmación que puede parecer – en principio - excesiva, basta una simple lectura de los Comunicados de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y de éstos con los Estados Asociados, y de las Decisiones del órgano máximo de la estructura institucional del MERCOSUR, esto es, el Consejo del Mercado Común en los últimos cuatro años.

El enfoque descrito, ha determinado como decíamos anteriormente, el escaso avance en los aspectos sustantivos de un Acuerdo Preferencial de Comercio, tal cual ha sido concebido en el marco del Tratado de Asunción.

Ello no significa, desconocer el extraordinario desarrollo que el MERCOSUR, ha logrado en otras dimensiones propias de la integración, no solamente en aquellos que pueden tener vinculación indirecta con “el comercio”, sino también en aspectos sociales de extrema importancia.

En este orden de ideas, y sin desconocer que el MERCOSUR como tal, es un proceso de naturaleza política, y que comprende una dimensión política que ya señalábamos como fundamento del esquema de integración y que se refleja en disposiciones adoptadas a lo largo del proceso (i.e. Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático; etc.), no menos cierto es que los Estados Partes integran ámbitos de naturaleza estrictamente política a nivel regional, e internacional donde se ventilan y resuelven los asuntos políticos de la región (Organización de los Estados Americanos – OEA; la Unión de las Naciones Suramericanas – UNASUR; la Comunidad de Estados Latinoamericanos y el Caribe – CELAC; etc.).

La segunda reflexión que consideramos pertinente en el análisis propuesto, es el *Relacionamiento externo del MERCOSUR*, considerando éste como representativo de los vínculos comerciales y económicos con otras organizaciones internacionales o terceros países, aún sin ingresar a la configuración de una política comercial común del bloque regional en todos sus términos dado que el MERCOSUR continúa en la actualidad en una etapa de transición hacia la conformación del Mercado Común.

Pues bien, a nivel mundial, el mapa comercial y económico ha venido variando sustantivamente, ya sea por (i) las dificultades que continúan afectando los avances en la

Ronda de Doha en el marco de la Organización Mundial de Comercio (en adelante indistintamente OMC) pese a las expectativas generadas por los resultados de la reciente Conferencia de Bali; así como por (ii) la incorporación de nuevos protagonistas de alto nivel en el comercio mundial (i.e. China, India, etc.) y por (iii) la proliferación de acuerdos bilaterales notificados a la OMC.

Asimismo, se puede apreciar la conformación de nuevos bloques regionales a nivel internacional que negocian como tales (i.e. BRICs; GUTS; etc.); o a nivel regional (i.e. la Alianza del Pacífico; o el FTAPP; etc.); o como señalábamos la intensificación de los Acuerdos bilaterales en desmedro de los Acuerdos Multilaterales.

Por último sin pretender abordar todos los temas vinculados a ese nuevo mapa mundial del comercio, aparece la cuestión de los “mega acuerdos preferenciales” en curso de negociación, como:

- (i.) el Trans Pacific Trade and Investment Partnership – Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), con la participación de 12 países: (i) de Oceanía – Nueva Zelanda y Australia; (ii) del Sudeste Asiático – Singapur, Japón, Vietnam y Malasia; (iii) de América del Norte - Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y México; y (iv) de América del Sur – Chile y Perú.; que negocian sobre medidas arancelarias, propiedad intelectual, servicios financieros, inversiones, contratación pública y reglas de la competencia;
- (ii.) el Transatlantic Trade and Investment Partnership – Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversiones (TTIP) que regula las negociaciones entre Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea, sobre eliminación de aranceles y de barreras no arancelarias, liberalización de servicios, propiedad intelectual, contratación pública, inversiones, competencia, procedimientos aduaneros, estándares, normas laborales y ambientales; y
- (iii.) el Regional Comprehensive Economic Partnership – Acuerdo Regional de Asociación Económica Integral (RCEP), donde participan los países de la ASEAN, China, Australia, India, Japón, Corea del Sur y Nueva Zelanda, y que procuran la conformación de una Zona de Libre Comercio.

Estas modalidades de asociación confirman esta nueva realidad de negociaciones a nivel internacional para regular el tráfico comercial de bienes y servicios al nivel de relacionamiento de los integrantes de dichos procesos, donde el MERCOSUR permanece ajeno y expectante, pese a las posibles implicancias que pudieran tener los resultados de dichas negociaciones en su relacionamiento comercial.

Pues bien, desde la óptica del MERCOSUR y en una revisión desde el año 1995 hasta la fecha, se puede afirmar que *el bloque regional no ha tenido avances sustantivos en su relacionamiento externo y se mantiene alejado de los ámbitos de negociación que se están desarrollando en la actualidad y que seguramente impactarán en el comercio de bienes y servicios en el futuro.*

Y ello porque se ha aferrado a una interpretación – que no compartimos – de los artículos 1 y 8 del TA, que implicaría la obligación de los Estados Partes de desarrollar una “política comercial común” pese a que la misma supone haber alcanzado el “Mercado Común”, y a lo dispuesto por la Decisión CMC No. 32/00 en cuanto “reafirma” el compromiso de los Estados Partes de negociar en bloque los Acuerdos Comerciales en los que se otorguen preferencias arancelarias, cuando dicha Decisión no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes y por lo tanto no está vigente.

A nivel mundial el MERCOSUR ha venido acompañando las negociaciones en el marco de la Organización Mundial de Comercio, coordinando sus posiciones en dicho foro de negociaciones, naturalmente con una incidencia sumamente relativa, y con escaso impacto en los aspectos comerciales.

Por otra parte continúa intentando avanzar en sus negociaciones con la Unión Europea sin resultados positivos, en parte por dificultades propias (del MERCOSUR y de los Estados Partes) así como por obstáculos provenientes de su contraparte (ambas partes se atribuyen la responsabilidad de no lograr conformar las “listas de ofertas” de acuerdo a lo negociado oportunamente).

Asimismo, el MERCOSUR asiste expectante y sin posibilidades de participación activa (salvo en la categoría de observador), a las nuevas realidades de la integración comercial, tanto a nivel regional con la Alianza del Pacífico, como de otras modalidades de integración de mayor entidad como los mega acuerdos preferenciales de comercio señalados, y que en última instancia consolidarán “reglas de comercio” que serán aplicables a nuestro comercio exterior.

En la última reflexión sobre aquellos aspectos que detienen el avance del MERCOSUR, se destacan *las “irregularidades jurídicas” que se sucedieron al finalizar el primer semestre del año 2012*, (i) con la suspensión de la República del Paraguay y el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela; y que continuaron con (ii) el vacío institucional y funcional generado con la Presidencia de Venezuela que duró 1 (un) año sin reuniones del Consejo del Mercado Común, violando abiertamente el artículo 5 del Protocolo de Ouro Preto con la connivencia de los restantes Estados Partes.

Esto se traduce en una debilidad institucional, y desacreditación del proceso de integración, dado que en un proceso de naturaleza intergubernamental - donde la representación de los Estados Partes en función de sus intereses dificulta la obtención de consensos y acuerdos, y su incorporación al ordenamiento jurídico nacional - cualquier alteración de los compromisos asumidos y ratificados normativamente, se transforma en un obstáculo a la profundización del proceso de integración, porque volviendo a la primera reflexión lo jurídico ha sido superado por lo político.

A esta visión poco favorable del desarrollo del proceso de integración en estos últimos tiempos, en cuanto a una “politización ideológica” que se aleja de los objetivos del esquema de integración; a un inexistente y en su caso condicionado relacionamiento externo del bloque regional; y al incumplimiento de la normativa MERCOSUR, debe responderse con la firme convicción de que el Uruguay debe continuar formando par-

te del MERCOSUR como Estado fundador y miembro del mismo, y apostando a una negociación genuina sobre bases reales y criterios de negociación que procuren superar las restricciones reseñadas precedentemente, que a nuestro criterio, son las principales causas de esta “apatía” en que ha caído el proceso de integración, que en lugar de asumir una actitud proactiva, espera los resultados provenientes del exterior para reaccionar tarde y erróneamente.

Actualmente, es decir durante el año 2014 y 2015 se producirán cambios en los gobiernos de la República Oriental del Uruguay, de la República Federativa del Brasil y de la República Argentina, lo que determina irremediablemente y hasta la culminación de los procesos electorales y asunción de las nuevas autoridades, pocas variantes a lo que estamos asistiendo en el MERCOSUR, que no va más allá de una retórica reiterativa y sin consecuencias en el desarrollo real del proceso.

Las esperanzas de una nueva visión acerca de la importancia y validez a nivel nacional, regional e internacional del MERCOSUR, debería surgir de las nuevas autoridades de los gobiernos de turno en los países del MERCOSUR, y ello basado en retomar los objetivos fundacionales del bloque regional, y superar las principales restricciones actuales, que impiden el avance en los términos concebidos en el TA y las disposiciones complementarias.

En ese sentido, estimamos que es necesario reformular la estrategia negociadora de nuestro país en el MERCOSUR, partiendo de una premisa – a nuestro criterio – incuestionable, que implica *la permanencia del Uruguay como Estado Parte del MERCOSUR*.

Dicha permanencia es esencial en el marco del comercio regional, y las dificultades actuales en ese relacionamiento comercial intra MERCOSUR, no tienen su origen en el comercio en sí mismo, sino que provienen de estrategias políticas de los gobernantes que desconocen los Acuerdos Comerciales que se han ido logrando a través del tiempo en beneficio de una región cuya integración se ha visto “postergada”.

La denuncia del Tratado de Asunción, y por ende la desvinculación del MERCOSUR por Uruguay, buscando la posibilidad de lograr Acuerdos Preferenciales de Comercio con otros países o bloques regionales, independientemente del mantenimiento de los derechos y obligaciones en el MERCOSUR del Estado denunciante por dos años a partir de la formalización de la denuncia (artículo 22 del TA), obligaría al Uruguay a ingresar en una negociación bilateral con los Estados del MERCOSUR en el marco de la ALADI, con las dificultades, reservas e inseguridad en los resultados comerciales que ello implica, al igual que la incertidumbre en el resultado en las eventuales negociaciones con terceros países y organizaciones de países.

Así es que partiendo de este supuesto, desde nuestra opinión, las instancias de negociación de nuestros representantes en el MERCOSUR, deberán seguir determinados criterios o pautas negociadoras que procuren superar aquellas restricciones que hemos desarrollado anteriormente.

Siguiendo con el itinerario planteado en el análisis, la primera cuestión la encontra-

mos en la necesaria “*desideologización del proceso*”, esto es, las afinidades ideológicas o las identidades políticas, que no son el fundamento del relacionamiento en el marco del esquema de integración, y los ejemplos en el MERCOSUR en los últimos tiempos abundan, porque en primera y última instancia los Estados tienen intereses comerciales y económicos, y la integración regional procura conciliar estos intereses en el plano comercial y económico en los distintos niveles de integración que pautan la intensidad de los compromisos y obligaciones asumidos.

Ello implica avanzar en el diálogo, el consenso y en el equilibrio de los intereses de los Estados Partes, respetando y cumpliendo los Acuerdos celebrados.

A partir de allí, reafirmar que *el MERCOSUR es un Acuerdo Preferencial de Comercio, que procura en un proceso que se desarrolla en el tiempo, la conformación de un Mercado Común, y ese es el objetivo original del TA y sus disposiciones complementarias.*

A la *consolidación de la Unión Aduanera* (actualmente imperfecta o incompleta) en los aspectos comerciales y económicos mediante la implementación de los instrumentos de política comercial propios de dicho estadio de la integración, es a lo que se deben abocar los negociadores, y ello sin desconocer y sin desmedro de los avances que se puedan ir logrando en las importantes dimensiones que se han incorporado a las negociaciones del MERCOSUR.

Varios son los instrumentos de política comercial que han sido aprobados en el seno del MERCOSUR, que nos permitirían avanzar en la consolidación de la Unión Aduanera, pero que no han tenido una respuesta uniforme por parte de todos los Estados Partes, en la incorporación a sus ordenamientos jurídicos nacionales (i.e. Código Aduanero del MERCOSUR, etc.).

La interpretación adecuada de la normativa vinculada con la “política comercial común”, al igual que el alcance de la Decisión CMC No. 32/00, es uno de los desafíos de los negociadores, y en su caso, la flexibilización de dicha Decisión, de forma tal que permita la negociación bilateral de los Estados Partes, habilitando la adhesión de cualquier otro miembro del MERCOSUR al Acuerdo Preferencial de Comercio que pueda lograr cualquiera de los miembros del MERCOSUR con terceros países o agrupaciones de países.

Dicha alternativa, surge como imprescindible para países como Uruguay, que se encuentran rehenes de negociaciones interminables desde el bloque regional, por circunstancias a veces ajenas a los aspectos que se incluyen en las negociaciones y que a lo largo de la existencia han demostrado su escasa eficacia.

La imposibilidad de acceder bilateralmente a negociaciones con terceros países o agrupaciones de países cuando se trata de Acuerdos de Comercio que contengan preferencias arancelarias, se ha transformado en una importante restricción al acceso a distintos mercados para la colocación de productos donde los aranceles impactan directamente en los precios de los bienes, afectando un dinamismo necesario en el comercio exterior de los países.

Por último, parece obvio señalar que los compromisos asumidos por los Estados Partes, deben ser cumplidos cabalmente, y las irregularidades jurídicas que se han venido sucediendo afectan notoriamente al proceso de integración, tanto en su visión interna como en su imagen internacional.

Nuestro país ha sido a lo largo de su historia independiente, un claro defensor de la legalidad y el apego a la institucionalidad jurídica, y ello debe ser un objetivo a recuperar en el seno del MERCOSUR.

En suma, estas breves reflexiones, desde el análisis de aquellos aspectos que a nuestro criterio son obstáculos a un desarrollo armónico y ajustado a derecho del MERCOSUR, y los posibles criterios o pautas negociadoras de base para superarlos, pueden ser de utilidad para recuperar un instrumento (i.e. Acuerdo Preferencial de Comercio) que nació con gran impulso y que signó el relacionamiento comercial y económico (y de otras dimensiones) los últimos veinte años de vida de los Estados fundadores y Partes del MERCOSUR.

EL NUEVO ROL DE LAS ADMINISTRACIONES ADUANERAS: UNA BUENA LEY COMO BASE DEL “CUSTOMS COMPLIANCE”

DR. PABLO LABANDERA ¹

SUMARIO:

1. El estado actual del comercio internacional. Un análisis global.
2. El nuevo papel de las Aduanas en ese escenario global.
3. Un “cambio de paradigmas”. De la “Aduana controladora” a la “Aduana facilitadora”.
4. Las Aduanas en su nuevo papel de “facilitador del comercio”.
5. Un “nuevo tema” en materia aduanera: “Customs Compliance”. Sus antecedentes.
6. Los antecedentes conceptuales.
7. El “Marco Normativo de la OMA”. Primer soporte conceptual del “cambio de paradigma”.
8. Los problemas comunes con que se enfrentan los operadores privados, frente a todas las Administraciones Aduaneras, en materia de “facilitación del comercio”. Las “demandas del Sector Privado”.
9. Las respuestas de las Aduanas ante tales “demandas del Sector Privado”.
10. La justificación económica del “customs compliance”.
11. Los beneficios de la “facilitación de comercio” y por tanto del “customs compliance”.
12. Presupuestos para la consolidación del “customs compliance”. El necesario “cambio de paradigmas” a nivel jurídico.
13. A modo de conclusión.

1. El estado actual del comercio internacional. Un análisis global

En los últimos años se ha avanzado en la “globalización” de la producción mundial no sólo por la consideración supranacional de los mercados, sino por el flujo de inversiones extranjeras y las estrategias de las empresas multinacionales. De hecho, las innovaciones en materia de transportes, comunicaciones y telecomunicaciones, junto con una creciente difusión tecnológica, están conduciendo a una segmentación de los procesos de producción – la denominada “partición de la cadena de valor” – que posibilita localizar las distintas partes del proceso de producción en diferentes países, en función de los requerimientos de cada una de las etapas de dicho proceso. Con ello, se ve impulsada aún más la “transnacionalización” de la actividad económica, o por decirlo de otro modo, la

¹ PhD en Derecho y Relaciones Internacionales, Universidad del País Vasco. Master en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho del Comercio Internacional y Derecho Tributario del Comercio Exterior, en la Universidad de Montevideo y en la Universidad Católica del Uruguay. Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Aduanero y del Instituto Uruguayo de Derecho Aduanero. Vicepresidente del Instituto Uruguayo de Derecho Aduanero. Socio del Estudio Delucchi – Labandera – Cianciarulo – Rachetti & Asociados.

integración del comercio interactúa con la “desintegración de la producción”².

Resulta claro que esto es resultado de la “globalización económica”, definida como un proceso de “mundialización económica” que tiene causa tanto en condicionamientos políticos como en el predominio del “ideario liberal”, a la vez que de otros factores como la ampliación de los mercados propiciada por la libre circulación de capitales y su creciente institucionalización, así como la difusión de nuevas formas de comunicación – siendo el ejemplo más claro la Internet – y la integración de los mercados en espacios económicos que superan los límites territoriales del Estado³.

Todo ello sirve para poner de manifiesto la importancia y la necesidad de la regulación de carácter multilateral, que se desarrolla bajo el “paraguas jurídico” de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos que operan en su ámbito⁴.

2. El nuevo papel de las Aduanas en ese escenario global

Desde su origen, las Aduanas de todo el mundo, han tenido como misión principal (y casi única) la de recaudar los impuestos que gravan el comercio exterior, y fiscalizar el ingreso de determinados productos que pueden atacar la salud o seguridad pública. Y ello porque, tradicionalmente la administración, fiscalización, control y demás funciones aduaneras el Estado las ejerce a través del Servicio Aduanero.

Situada en las encrucijadas del comercio internacional y los sistemas de transporte que lo apoyan, la Administración Aduanera desempeña un papel trascendente en la efectividad general del comercio internacional.

Como regla general, los Gobiernos le encomiendan a las Aduanas recaudar ingresos de modo oportuno y exacto, cautelar el cumplimiento de los controles fronterizos de las reglamentaciones nacionales de salud, medio ambiente, etc.; así como reunir y procesar los datos de comercio exterior a los efectos de realizar estadísticas comerciales. Por su parte, comerciantes y transportistas deben depender de las Aduanas para el despacho rápido y eficiente de las mercancías en el proceso comercial.

Ahora bien, en la medida en que el comercio internacional se ha ido expandiendo y desarrollando al mismo tiempo que se ha producido un crecimiento sostenido de la economía mundial, se ha reconocido que los procedimientos aduaneros vetustos, anticuados, incompatibles e ineficientes son – por sobre todas las cosas – una restricción enormemente costosa⁵.

2 HILF, M.: “Power, rules and principles. Which orientation for WTO/GATT Law?”, en *Journal of International Economic Law*, 2000, vol. 4, núm. 1, págs. 112/113.

3 GARCÍA NOVOA, C. “Reflexiones sobre la influencia de la globalización en los principios tributarios”, en *Direito Tributário Internacinal Aplicado*, Ed. Quartier Latin do Brasil, Sao Paulo, 2003, pág. 34.

4 CARREAU, D. y JUILLARD, P. *Droit International Économique*, 2e. Édition, Ed. Dalloz, Paris, 2005 – FLORY, T. *L’Organisation Mondiale du Commerce. Droit Institutionnel et Substantiel*. Bruxelles. Établissements Émile Bruylant. 1999 – LOBEJÓN HERRERO, L. F. *El Comercio Internacional. Economía Actual*. Akal Ediciones. 2001 – UCKMAR, A. “Aspectos fiscales de las reglas de la Organización Mundial del Comercio (WTO/OMC)”, en *Curso de Derecho Tributario Internacional, coordinado por Víctor Uckmar*, Tomo II, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003 – ZAPATERO, P. *Derecho del Comercio Global*. Garrigues Cátedra – Universidad de Navarra – Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

5 LABANDERA, “La facilitación del comercio y nuestra realidad aduanera”, en *Revista de Comercio Exterior*, Mayo 2005 – N° 36.

Y es justamente por eso que, la profundización de los procesos de liberación comercial y financiera y, ulteriormente, el impulso de los procesos de integración económica, tienen fuertes implicancias para la política aduanera que adopten los países respectivos, la mayoría de ellos, Miembros de la OMC ⁶.

Así, cuando el comercio se restringe debido a estas ineficiencias, los sistemas de transporte internacional se ven ellos mismos obstaculizados, no importa lo modernos y eficientes que sean.

Además, con la reducción general de los niveles de impuestos a la importación debida a las “*Rondas Comerciales*” alentadas por el GATT y su sucesora la OMC, la operación de los procedimientos diseñados para recaudar derechos e impuestos de aduana puede llegar – incluso – a costar más que la cantidad que efectivamente se recaudó por dicho concepto.

A su vez, los importadores y exportadores que operan en más de un Estado, se deben interrelacionar con diferentes Autoridades Aduaneras, y con normas y reglamentaciones muchas veces disímiles, todo lo cual adiciona un coste de operaciones innecesarias a los costos ya existentes como consecuencia del propio comercio internacional, y de los sistemas de transporte utilizados.

Es por ello que, los requerimientos aduaneros deben facilitar el movimiento internacional del comercio legítimo y no obstaculizarlo ⁷, y esto requiere de las Administraciones Aduaneras no solamente adherirse a las *Convenciones* e instrumentos internacionales más relevantes y modernos, tales como los establecidos por la *Organización Mundial de Aduanas* (OMA) (cuyo número de miembros llega – hoy en día – a 177 Administraciones Aduaneras, que en conjunto cubren alrededor del 98 por ciento del comercio mundial); sino también seguirlos conceptualmente, internalizando y aplicando aquellas medidas e instrumentos operativos que permitan alcanzar dicho fin.

3. Un “cambio de paradigmas” ⁸. De la “Aduana controladora” a la “Aduana facilitadora”

¿Qué sucede hoy en día con respecto a éste tema?. Se ha producido un verdadero “cambio de paradigma” en relación a las “**Aduanas modernas**”, que se ha concretado en dos cuestiones: por un lado, la “función aduanera” por excelencia, ha dejado de ser la recaudación y el control, para concentrarse en la “*facilitación del comercio*”; y por otro

⁶ BARREIX, A. – VILLELA, L. – ROCA, J. “Integración y Comercio en América. Impacto Fiscal de la Liberalización Comercial en América”, en *Nota Periódica sobre Integración y Comercio en América – Enero 2004*. Departamento de Integración y Programas Regionales. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington. 2004.

⁷ LABANDERA, P. “La facilitación del comercio...”.

⁸ A los efectos del presente análisis, hemos adoptado el concepto de “*paradigma*” instituido por el Profesor THOMAS KHUN, en su célebre obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1ª ed., 2ª reimp. Trad. Agustín Contín. México, Fondo de Cultura Económica/ Colección Breviarios, 1990). El autor prenombrado, que adoptó el término “paradigma”, aunque más tarde prefirió adoptar el término de “matriz disciplinal”, para identificar a “*aquello que comparten los miembros de una comunidad científica y que explica la relativa unanimidad de sus juicios profesionales*”, recordaba que “*la comunidad científica obtiene con un “paradigma”, un criterio para seleccionar problemas que, mientras se dé por sentado el “paradigma”, puede suponerse que tiene soluciones*”. En ese sentido, KHUN sistematizó la noción a través de los elementos o “*componentes de todo paradigma*”, y luego los listó: “*los conceptos, las percepciones diferentes y por último, los métodos para impulsar la investigación y evaluar sus resultados*”.

lado, en lo que respecta a la fiscalización en sí, la mutación apuntada, ha consistido en pasar del método tradicional de concentrarse en el control de una transacción tras otra, a un enfoque más “facilitador”, basado en el “análisis de riesgo”, para el despacho de mercancías, premiando con la simplificación a los operadores que han demostrado tener una conducta irreprochable, y concentrándose en aquellos que – a su vez – cuentan con un “prontuario operativo” cuestionable.

Ello ha requerido de las Administraciones Aduaneras respectivas, entre otras cosas, armonización, estandarización, simplificación, rapidez, igualdad de trato, transparencia, predecibilidad, y la implementación de instrumentos jurídicos que habiliten las consultas comerciales y los procedimientos de apelación independientes.

De igual modo, se ha integrado el uso de la “tecnología de la información” y las “técnicas de administración de riesgo”, incluyendo los controles basados en auditorías, diseñados para asegurar el pleno cumplimiento de las leyes nacionales, en tanto permiten que la vasta mayoría del comercio legítimo cruce la frontera sin obstáculos.

4. Las Aduanas en su nuevo papel de “facilitador del comercio”

La modernización y armonización de las Aduanas en todas las esferas de actividad, representa un objetivo clave para facilitar el comercio internacional y, al mismo tiempo, para mejorar el cumplimiento de las reglamentaciones nacionales e internacionales.

A todo ello debe adicionarse que, en el actual proceso de “globalización de la economía mundial”, el surgimiento de “bloques económicos” como expresión de inéditas experiencias de integración regional o interregional en todos los niveles, y el geométrico crecimiento de los mercados mundiales con el consecuente incremento de la competencia comercial, han contribuido sustancialmente a que las Administraciones Aduaneras comiencen a desempeñar un rol cada vez más decisivo en la vida económica, en el intercambio comercial, en el crecimiento industrial, en el manejo de divisas, en fin, en el desarrollo integral de los diferentes países⁹.

Por ello, como se apuntaba anteriormente, en lo que sin dudas puede considerarse un verdadero “cambio de paradigmas”, de la clásica “función recaudadora” como “función aduanera” esencial, se ha variado a lo que hemos dado en llamar la “función de facilitación del comercio internacional”¹⁰; es decir, las Aduanas han debido asumir la tarea de brindar un servicio de cada vez mayor calidad, por el cual los trámites y operaciones aduaneras deben realizarse con una mayor agilidad y eficiencia; resolverse los problemas, que surgen de la aplicación de las normas y procedimientos con vocación de servicio pero velando siempre por el interés fiscal; y, en general, coadyuvar desde su área de competencia al crecimiento orgánico de la economía y al desarrollo de sus respectivos países, la casi totalidad de ellos, Miembros de la *Organización Mundial de Comercio*

9 FLORY, T. L. *Organisation Mondiale du Commerce. Droit Institutionnel et Substantiel*. Bruxelles. Établissements Émile Bruylant. 1999 – LOBEJÓN HERRERO, L. F. *El Comercio Internacional. Economía Actual*. Akal Ediciones. 2001 – UCKMAR, A. “Aspectos fiscales de las reglas de la Organización Mundial del Comercio (WTO/OMC)”, en *Curso de Derecho Tributario Internacional, coordinado por Víctor Uckmar*, Tomo II, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003 – ZAPATERO, P. *Derecho del Comercio Global*. Garrigues Cátedra – Universidad de Navarra – Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

10 LABANDERA, P. “La facilitación del comercio...”.

(WTO/OMC) y de la *Organización Mundial de Aduanas* (OMA/WCO)¹¹.

Todo ello, claro está, sin dejar de mencionar lo que puede denominarse como el **“nuevo segmento funcional”**, como lo es la **“cuestión seguridad”**, papel que ya – de manera vicaria – desempeñaban las Aduanas, y que hoy en día se ha convertido en una verdadera **“función integrada”** a la tarea natural de control¹².

Y este **“cambio de enfoque”**, además, ha redireccionado los objetivos de la **“facilitación del comercio”** desde las fronteras, hacia las **“políticas domésticas”** y hacia las estructuras institucionales, donde la creación de capacidades puede desempeñar un rol trascendente¹³.

Por último, y en lo que a este aspecto de la temática abordada refiere, una manera de obtener mayor claridad al respecto, es recurrir a los avances académicos logrados con relación a la definición de **“facilitación del comercio”**.

Así, en este ámbito, es posible encontrar posturas teóricas que no coinciden necesariamente al pretender dar cuenta del significado de la **“facilitación del comercio”**, en la medida en que enfatizan o excluyen – según los casos – diferentes aspectos temáticos.

En tal sentido, simplemente mencionaremos las diferentes (aunque escasas) contribuciones teóricas, que han analizado e intentado dotar de contenido al término **“facilitación de comercio”**.

En lo que a las **“posturas teóricas”** respecta, mientras que algunos autores entienden que la definición incluiría solamente los asuntos referidos a las regulaciones técnicas y a los procedimientos aduaneros¹⁴; otros analistas, dejan de lado la problemática vinculada a la infraestructura física, a las barreras no arancelarias, a los asuntos de tarifas relacionadas con los servicios, a las inversiones y a la propiedad intelectual¹⁵. Y existen también quienes, de manera alternativa, han planteado de forma diferenciada la **“facilitación del comercio”**, de la del transporte solamente¹⁶.

Por último, nosotros hemos tratado de aportar una definición analítico – descriptiva que – desde nuestro punto de vista – incluye los grandes conceptos que abarcaría el término **“facilitación de comercio”**. Así, en tal sentido, hemos sostenido que debe entenderse a la **“facilitación de comercio”** como símil de **“simplificación de los procedimientos aduaneros en frontera”**, esto es, como la **simplificación, racionalización y eliminación de procedimientos y controles aduaneros innecesarios, que incrementan de manera artificial los costos asociados a las operaciones de comercio internacional, en desme-**

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 *Vide* en tal sentido: *Trade Facilitation and Economic Development Measuring the Impact*, World Bank, marzo de 2003.

14 PATRICK MESSERLING (INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES) & JAMEL ZARROUK (ARABA MONETARY FUND), *Trade Facilitation: Technical Regulations and Customs Procedures*, 13 September. Documento presentado a la Conferencia de la OMC y del Banco Mundial (BM) sobre los países en desarrollo, a propósito de la Ronda del Milenio de la OMC, Ginebra, 20/21 de septiembre de 1999.

15 Véase al respecto: BRIAN RANKIN STAPLES. *Trade Facilitation*, Draft, october, 19, 1998.

16 Ver en tal sentido: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (1979), *El papel de la CEPAL en la facilitación del comercio y el transporte* (E/CEPAL/1064), marzo de 1979.

dro del sector privado^{17 18}.

5. Un “nuevo tema” en materia aduanera: “*Customs Compliance*”. Sus antecedentes

La *Organización Mundial de Aduanas* (OMA/WCO), viene desarrollando un “Programa” denominado “*Customs Compliance*”, que intenta promover un esquema de cumplimiento por parte de los operadores privados de ciertos requisitos, generando de ese modo, “operadores confiables”, esto es, empresas seguras, predecibles y oportunamente “certificadas”¹⁹.

Así, quienes cumplan dichos requisitos y reciban el estatus de “operador confiable” por parte de su Administración Aduanera, gozarán también, de una “presunción de buena fe” en cuanto su accionar en relación a las operaciones aduaneras.

Este sistema posee una serie de presupuestos y – sobre todo – apareja un conjunto de beneficios respecto de los operadores privados que logran obtener la referida “validación”, y se vincula con otro gran componente conceptual del “nuevo paradigma” de la “facilitación del comercio”, como lo es justamente, el “*customs compliance*”.

6. Los antecedentes conceptuales

Ahora bien, a los efectos de tener claro cuál es la potencial difusión práctica de lo que se expresará, cabe recordar cuál es la dimensión actual de la OMA, señalando que es la única Organización Intergubernamental con competencia exclusiva en materias aduaneras y que al día de hoy, cuenta con 177 Países Miembros, es decir, en términos económico – comerciales, prácticamente todo el comercio mundial.

En este sentido, deberemos tener especialmente presente, uno de los productos normativos más trascendentes de la OMA, como lo es, el “*Marco Normativo de la OMA para Asegurar y Facilitar el Comercio Global*”, o “SAFE” (*Framework of Standards*, por su sigla en inglés), “Programa” adoptado en junio de 2005 con la finalidad de garantizar la fluidez y seguridad del comercio global.

Y el referido “Programa”, así como la decisión de su implementación ulterior, fue motivado por las siguientes características que presentaba el contexto internacional en ese momento, teniendo presente que – al día de hoy – la realidad del comercio internacional no ha variado sustancialmente.

Los motivos considerados fueron los siguientes, a saber:

17 LABANDERA, P. “El Rol de las Organizaciones Gremiales en la enseñanza del comercio exterior y su vinculación con la facilitación del comercio”, en *Memorias del Segundo Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero. La cooperación para el desarrollo, la integración económica y la seguridad internacional*, Montevideo, Uruguay, 25 y 26 de mayo de 2006, IIFA, 2006.

18 LABANDERA, P. “Seguridad + Eficiencia + Facilitación + Inteligencia”, en *Revista de Comercio Exterior*, Julio 2005 – N° 38.

19 Nuestro país ha recogido – recientemente – esta novel figura a nivel del Derecho Aduanero, mediante el artículo 148 de la Ley N° 19.149 de 20 de octubre de 2013, oportunamente reglamentado por el Decreto N° 54/2014 de 28 de febrero de 2014. Así, en la mencionada reglamentación se define al “Operador Económico Calificado” como aquella “persona física o jurídica vinculada a la actividad aduanera, que ha sido autorizada con esa calidad por la Dirección Nacional de Aduanas, a partir de su desempeño en el cumplimiento de la legislación aduanera y otros requisitos que establezca la reglamentación”.

- El incremento de los riesgos, tanto a nivel del comercio internacional, como respecto de los viajes;
- La existencia de una crisis financiera global;
- El desarrollo – y sobre todo – el sorpresivo repliegue de las negociaciones comerciales desarrolladas en el marco de la “Ronda de Doha”, al amparo de la OMC;
- La proliferación de los Acuerdos Preferenciales Comerciales o TLC (Tratados de Libre Comercio);
- La creciente ocurrencia de desastres naturales;
- La necesidad de incrementar la protección ambiental;
- Las graduales y progresivas violaciones a los DPI (Derechos a la Propiedad Intelectual);
- El paulatino aumento del “crimen organizado transnacional” y del terrorismo.

Pues bien, no debe perderse de vista tampoco, que las Aduanas de todo el mundo, sobre todo, a partir de los atentados terroristas de Nueva York, Londres y Madrid, se enfrentan a retos provenientes de la “globalización”, lo cual las ha obligado a repensar y reestructurar la “función aduanera”, evaluando por consiguiente, cuáles deben ser los “*nodos de responsabilidad*” en el nuevo escenario aduanero mundial.

Esto es, el concepto de “función aduanera”, ha ido evolucionando, variando y consiguientemente, colmándose de un nuevo contenido que incluye – entre otros aspectos – el de las “*responsabilidades implícitas y compartidas*” de las Aduanas en (y con) la sociedad.

En tal sentido, se ha variado desde la identificación de la “función aduanera” con la simple recaudación, o incluso fiscalización; pasando por la finalidad implícita de protección; a un concepto más “equilibrado” y “urgente” de “**seguridad + facilitación de comercio**”²⁰.

Es justamente a consecuencia del proceso económico, social y comercial prenombrado, que en el mes de junio del año 2005 nace el “*Marco Normativo de la OMA*”, con el que – explícitamente – se busca alcanzar los siguientes objetivos:

- Certeza y predictibilidad a nivel global;
- Manejo integrado de la cadena logística;
- Mayor cooperación entre las de Aduanas;
- Mayor cooperación entre las Aduanas y el Sector Privado;
- Contribuir al desarrollo de las Aduanas en relación a los nuevos desafíos y oportunidades del Siglo XXI.

7. El “*Marco Normativo de la OMA*”. Primer soporte conceptual del “*cambio*”

²⁰ *Ibidem*.

de paradigma”

En breve síntesis y únicamente en lo que a la temática del presente trabajo importa, cabe recordar que el mismo se “edifica” sobre cuatro grandes “principios fundamentales”, a saber:

- (I) **Información electrónica anticipada:** Destinado a armonizar la información electrónica anticipada que se exige para las importaciones, exportaciones y los tránsitos de mercaderías a nivel del comercio internacional;
- (II) **Gestión de riesgos:** Implica el compromiso de utilizar un sistema consistente de gestión de riesgos para enfrentar las amenazas a la seguridad global;
- (III) **Inspección de la carga de exportación:** Promueve la inspección de las cargas de exportación de alto riesgo, preferentemente utilizando métodos de inspección no intrusivos, y;
- (IV) **Alianza con el sector privado:** Busca otorgar beneficios a las empresas que cumplan requisitos mínimos de seguridad de la cadena logística y que utilicen – lo que se ha dado en llamar – las “mejores prácticas”. Y es precisamente en dicho “principio”, donde pondremos especial acento a los efectos de complementar el presente trabajo.

Ahora bien, por último, cabe recordar que la estructura del “Marco Normativo de la OMA” comprende 2 “Pilares” y 17 “estándares”.

- ▶ El “*Primer Pilar*”, se denomina “*Cooperación Aduana – Aduana*” (entre Autoridades Aduaneras) y tiene 11 “estándares”, basados en los siguientes “principios”:
 - Armonización en el requerimiento de información electrónica de la carga de forma anticipada;
 - Gestión de Riesgo para el aseguramiento de la carga ante amenazas;
 - Inspección de la carga de exportación.
- ▶ El “*Segundo Pilar*”, es la “*Cooperación Aduanas – Sector Privado*” (entre la Autoridad Aduanera y las organizaciones que representan a las empresas), y posee 6 “estándares”, los cuales se basan en los siguientes “principios”:
 - Participación de todos los entes de la cadena logística;
 - La utilización progresiva de las “*mejores prácticas de seguridad*” por parte del Sector Privado;
 - El otorgamiento de “beneficios tangibles” por parte de las Aduanas, y;
 - Generación de sinergias entre ambos “sectores”, a los efectos de alcanzar mayor “seguridad” y “facilitación”.

8. Los problemas comunes con que se enfrentan los operadores privados frente a todas las Administraciones Aduaneras en materia de “facilitación del comercio”. Las “demandas del Sector Privado”

Trataremos de listar brevemente – en base a “**categorías de problemas**”, cuáles son las principales “*demandas del Sector Privado*”, en relación a las “Aduanas modernas”, como consecuencia de las circunstancias perjudiciales que los operadores comerciales privados sufren en su accionar dentro del “*sistema aduanero*”.

Las mismas, pueden resumirse en los cuatro puntos siguientes, a saber:

- En **primer término**, existe – a nivel de comercio exterior, y en relación a la inmensa mayoría de las Administraciones Aduaneras – un “*debilitamiento del sistema de reglas*” que ordena dicho comercio. ¿*Por qué*?, básicamente porque hoy se torna difícil – salvo en algunas ocasiones y en relación a muy pocas Administraciones Aduaneras – saber con exactitud cuáles son los *costos directos e indirectos* asociados a la operativa aduanera vinculada a un producto determinado; porque en muchos Estados existen injustificadas “prohibiciones a la importación”; porque en otros tantos países existen regímenes tributarios que gravan exportaciones de materias primas, o peor aún, las prohíben; porque en relación a determinados productos existe un “*pintoresco*” “sistema de licenciamiento previo” que se acerca más a una “restricción no arancelaria” que a una “medida de defensa (o control) comercial”, etc.²¹.
- En **segundo término**, es bueno recordar que en materia de interpretación de normas jurídicas, existen disímiles (y lo que es peor aún, contradictorias) posturas con relación a conceptos claves en materia de comercio exterior, a nivel incluso de las propias Partes Contratantes de la OMC. Así, por ejemplo, la interpretación que se realiza del *Código de Valoración del GATT / OMC* o del “régimen de origen” correspondiente a cada *Acuerdo Preferencial*, por parte de las diferentes oficinas estatales o paraestatales intervinientes en cada uno de los países (incluso entre las diferentes dependencias o funcionarios de una misma repartición), no siempre es consistente ni uniforme, con lo cual se potencia el “*anticlima de certeza*” que no debería existir en el sistema de comercio exterior.
- En **tercer término**, la falta de transparencia y de previsibilidad en el accionar de las Aduanas, como instrumento para afirmar la certeza y la seguridad de los operadores privados, se encuentra absolutamente potenciadas.
- Y por último, en **cuarto término**, puede afirmarse que, la igualdad de condiciones en el trato a los operadores de comercio exterior, a nivel internacional, no resulta ser el más adecuado ya que – salvo casos excepcionales – no se ha implementado un sistema en el cual se permita una utilización racional de los “*antecedentes aduaneros*” (correctos o incorrectos) de dichos operadores; premiando a aquellos que han tenido siempre un comportamiento ejemplar y en su mérito “facilitando” sus respectivas operativas; o por el contrario, fiscalizando con mayor profundidad a aquellos cuyo accionar no ha sido del todo correcto. La novel figura del “*Operador*

21 LABANDERA, P. “Viejos desafíos para una nueva Administración”, en *Revista de Comercio Exterior*, Marzo 2005 – N° 34.

Económico Autorizado u *Operador de Confianza*, resulta ser un avance trascendente en el sentido señalado²².

9. Las respuestas de las Aduanas ante tales *“demandas del Sector Privado”*

Y es justamente en el marco de esa situación, que se han comenzado a generar normas, crear y aplicar procedimientos, simplificar tareas, etc., bajo el “paraguas conceptual” de lo que se ha dado en llamar *“customs compliance”*.

En dicho sentido, corresponde acuñar un nuevo concepto: el de *“co – responsabilidad”*.

Las leyes aduaneras establecen ciertas obligaciones a cargo de los importadores, exportadores, transportistas, agentes, etc. Es indudable que éstos son los sujetos pasivos de dichas obligaciones y, por tanto, los responsables principales del cumplimiento de los deberes formales y/o sustantivos que a tales efectos genera el comercio internacional.

A la Aduana corresponde velar para que esas obligaciones se cumplan de la manera que señalan las leyes o los reglamentos. Pero, los operadores privados están obligados a cumplir a cabalidad con dichos requisitos.

Así, el debido y temporáneo desempeño de su accionar, les apareja “privilegios” en su relacionamiento con las Aduanas, pero dichas Administraciones, también deben cumplir con determinadas pautas mínimas, a los efectos de que pueda generarse esa *“sinergia virtuosa”* entre Sector Público y Privado, entre las Aduanas y los operadores privados.

Y es en este sentido, que hay una *“co – responsabilidad”* de las Aduanas con los operadores comerciales en el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el comercio exterior, que se viene consolidando como consecuencia del *“cambio de paradigma”* premencionado.

Esta *“responsabilidad compartida”* se ha traducido, en el pasado, en una actitud policial de las Aduanas, empeñadas en sorprender flagrantes infracciones de los operadores.

Sin embargo, como se anotara precedentemente, algunos países han comenzado a modificar dicha postura, y hoy en día, sus Aduanas han constituido un nuevo marco de relacionamiento con el Sector Privado, instituyendo fuertes vínculos de cooperación con los operadores comerciales privados, a los efectos de fortalecer esa *“sinergia virtuosa”* a la que nos referíamos precedentemente.

Uno de los ejemplos más significativos es el de la Aduana de los Estados Unidos. El “Preámbulo” de la *“Ley de Modernización de la Aduana”*, de 1993, acogió el concepto de *“Informed compliance”*, que puede traducirse como cumplimiento asistido, informado, y que impone a la Aduana mencionada, el deber de cerciorarse de que los importadores cuentan con la información necesaria, y que actúan con la *“debida diligencia”* al momento de efectuar las operaciones solicitadas.

²² LABANDERA, P. “La facilitación del comercio...”.

Y esto se traduce en dos consecuencias prácticas, a saber: por un lado, se estimula el cumplimiento voluntario de los operadores comerciales; y por otro lado, se exige a las Aduanas, que se brinde – a los efectos de asegurar dicho cumplimiento espontáneo – toda la información necesaria para alcanzar dicha finalidad, y que además, la misma se brinde de manera transparente, clara, completa, exacta y temporánea.

De ese modo, los operadores privados que realmente actúen en el escenario del comercio internacional de conformidad con las “*buenas prácticas aduaneras*”, podrán cumplir adecuadamente los requisitos y disposiciones existentes.

Y aquellos que – por el contrario – hayan decidido no adecuar su accionar a ese estatuto normativo, no podrán invocar como eventual causal de incumplimiento, la falta de previsibilidad o de transparencia de las normas o requisitos predichos.

En síntesis, el “*customs compliance*”, asegura la consolidación de un verdadero “*fair play*” a nivel del comercio internacional, en lo que hace al relacionamiento entre las Aduanas y los operadores comerciales privados.

10. La justificación económica del “*customs compliance*”

Y en esa decisión de las Aduanas, que las obliga a efectuar un rediseño de los procedimientos oportunamente implementados, y a la elaboración de “*planes estratégicos*” para mejorar el “cumplimiento voluntario” de los operadores privados, no escapa la racionalidad económica.

Por el contrario, dicha circunstancia es la principal causa del “nuevo concepto” analizado. Y ello por lo siguiente, que cabe recordar.

Las medidas encaminadas a “*facilitar el comercio*”, apuntan – sustancialmente – a reducir los **costos de transacción** comerciales.

Cabe señalar que dichos **costos de transacción** no solamente son *directos*, esto es, derivados de cumplir con los complejos procedimientos aduaneros y de reunir toda la información y la documentación requerida, sino también, *indirectos*, ya que los procedimientos ineficientes implican retrasos en frontera que conllevan la pérdida de oportunidades de negocio, además de aparejar “costos de depreciación” (*verbigracia*: si se trata de mercadería perecedera) y “costos de inventario”.

Ahora bien, en cuanto a su magnitud, los pocos *Estudios* analíticos y de corte cuantitativo que se han efectuado por organismos serios y confiables, estiman los costos *directos* entre 1 y un 15 por ciento del *valor de la transacción*²³.

Por su parte, si bien los costos *indirectos* no suelen expresarse en términos monetarios, sino en “tiempo de espera en frontera”, los mismos se han tratado de cuantificar, a partir del promedio de tiempo que se necesita para liberar en Aduanas una carga (que varía, promedialmente, entre un día y veinticuatro días, según los casos) y de una estimación

23 OCDE (2003a): “Quantitative assessment of the benefits of trade facilitation”, TD/TC/WP(2003)31/FINAL y OCDE (2005a): “The economic impact of trade facilitation”, TD/TC/WP(2005)12/REV1.

de la disposición al pago de los operadores por cambiar el medio de transporte (por ejemplo, el barco por el avión).

La conclusión, fue que los **costos de transacción indirectos** – en estos casos – suponen, al igual que los *directos*, **entre 1 y un 15 por ciento del valor de los bienes comerciados**. Y en tal sentido, además, los *Estudios* referidos señalan que en general, los **costos de transacción** asociados a la importación son esencialmente similares a los de exportación ²⁴.

A su vez, las variaciones tan marcadas respecto a lo que pueden suponer los **costos de transacción** (si sumamos los costos *directos* y los *indirectos*, oscilan entre el 2 y el 30 por 100 del *valor de la transacción*), se pueden explicar a partir de tres factores, a saber:

- En **primer término**, porque existen diferencias en la “*calidad de los procedimientos aduaneros*” establecidos por los diferentes países, las que se encuentran vinculadas directamente con los “*niveles nacionales de renta*” ²⁵, de forma que, en los países de renta más alta y con mayor disponibilidad de recursos, los procedimientos aduaneros suelen llevarse a cabo de manera más eficiente y por tanto menos costosa ²⁶.
- En **segundo término**, los **costos de transacción** comerciales, también dependen del tipo de bien que se exportan o importan. Así, para los “*bienes perecederos*” las demoras en frontera pueden resultar mucho más costosas que en otros casos. Y además, hay bienes, como algunos agrícolas, pesqueros o forestales, que están sujetos a un *plus* de fiscalización y control, a través de inspecciones físicas y documentales, para confirmar que cumplen con múltiples requisitos fitosanitarios y sanitarios, todo lo cual, incrementa en dichos casos, los **costos de transacción** correspondientes.
- Por último, en **tercer término**, los **costos de transacción** respectivos, pueden sufrir variaciones sensibles de acuerdo al tamaño de la empresa interviniente en la operación comercial internacional. Así, las pequeñas y medianas empresas (Pymes), afrontan comúnmente, mayores costos, debido a sus menores reservas de capital o por que carecen de personal altamente especializado en su operativa, lo cual, les resta eficiencia. En tal sentido, existen *Estudios* que sostienen que – más allá que el tamaño *per se* de las empresas – la variable trascendente para determinar la verdadera magnitud de los **costos de transacción**, es el tamaño o volumen de las actividades comerciales internacionales de las empresas ²⁷.

11. Los beneficios de la “*facilitación de comercio*” y por consiguiente del “*customs compliance*”

El beneficio directo que se deriva de la “*facilitación de comercio*”, y por tanto, del “*customs compliance*”, es la reducción de los **costos de transacción directos e indirectos**, la cual apareja – inevitablemente – ganancia en el bienestar que depende de cuánto se re-

24 OCDE (2003a).

25 OCDE (2003a).

26 JORDÁN ASENSI, C. “La facilitación del comercio en las negociaciones multilaterales”, en *BOLETÍN ECONÓMICO DE ICE*, No.2931, del 1 al 15 de febrero de 2008.

27 OCDE (2003a).

duzcan dichos costos.

Ello, a su vez, deriva de la eventual ambición de los “Programas de facilitación del comercio” y del nivel inicial de **costos de transacción** asociados a la Administración Aduanera de un país determinado²⁸.

Así, según estimaciones de la OCDE, ante una reducción de un 1 por 100 en los “**costos de transacción globales**”, la ganancia en términos de “renta mundial” podría ascender a 40 millardos de dólares²⁹.

Con respecto a la distribución de la ganancia de renta entre las diferentes regiones del mundo, no habría “perdedores”, y se confirma que los países en desarrollo se beneficiarían más de la “*facilitación de comercio*”, pues la Administración de sus Aduanas y puertos, es relativamente más ineficiente; y por otra parte, el 20 por 100 de la ganancia de renta podría atribuirse a la disminución de los costos *directos* y el resto a la disminución de los costos *indirectos*³⁰.

En dicho contexto, un grado de transparencia, predecibilidad y seguridad jurídica elevados, y costos de transacción bajos, así como un nivel de “*cumplimiento voluntario*” alto por parte de los operadores comerciales, son elementos concluyentes para que se consolide este “nuevo escenario” a nivel del comercio internacional.

Y ello porque, muchos de esos costos, en especial, los costos *indirectos*, están dados por la “ineficiencia normativa”, esto es, la ausencia de reglas jurídicas claras y sencillas en cuanto a su interpretación, transparentes y por tanto, de fácil cumplimiento.

De ahí, el surgimiento de “Programas” como el “*customs compliance*”, que apuntan a minorar o evitar dichas restricciones.

12. Presupuestos para la consolidación del “*customs compliance*”. El necesario “*cambio de paradigmas*” a nivel jurídico³¹

Como expresáramos anteriormente, la efectiva consolidación de este “*cambio de paradigma*” de una “*Aduana controladora*” a una “*Aduana facilitadora*”, requiere necesaria-

28 JORDÁN ASENSI, C. “La facilitación del comercio...”.

29 OCDE (2003a).

30 JORDÁN ASENSI, C. “La facilitación del comercio...”.

31 Anotábamos precedentemente, que este “nuevo tema” a nivel del *Derecho Aduanero*, como lo es el “*customs compliance*”, ha surgido como consecuencia de – entre otras causas exógenas – un “*cambio de paradigma*” a nivel del referido “sistema aduanero”. Y tal como intentaremos justificar seguidamente, para que el multicitado “tema” realmente se consolide, deberá provocarse también, un verdadero “*cambio de paradigma*” a nivel jurídico, esto es, en relación a las disposiciones jurídicas que contemplan la realidad aduanera correspondiente.

A tales efectos, en base a la batería conceptual ya mencionada y originalmente instituida por el Profesor KHUN, procederemos a reflexionar sobre el papel que juega el “*cambio de paradigma*” en la concepción del Derecho, en este ámbito, y desde una “perspectiva epistemológica”.

En tal sentido, entendemos por *Epistemología*, “aquella rama de la Filosofía o perspectiva filosófica que reflexiona sobre lo que es conocimiento científico, la ciencia, sus instrumentos y métodos de investigación. Por conocimiento científico, no necesariamente coincidente con “conocimiento racional” y superador, caracterizado por ser descriptivo, explicativo y predictivo; crítico y analítico; metódico y sistemático; controlable; unificado; lógico; comunicable; objetivo y provisorio” (vide in extenso, al respecto: DÍAZ, E. (editora). *Metodología de las Ciencias Sociales*, 1ª edición, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1997).

mente de un correlativo “*cambio de paradigma*” a nivel jurídico.

¿ *Por qué ?*, porque debe abandonarse la “relación tradicional entre la Aduana y la norma jurídica”, en que la Administración, desde una relación esencialmente asimétrica, determina requisitos, establece procedimientos, tipifica infracciones y prevé sanciones, sin tomar en cuenta la debida transparencia, la capacidad efectiva de “*cumplimiento voluntario*”, y la necesaria claridad conceptual y razonabilidad de las disposiciones normativas que en definitiva se aplicarán sustancialmente sobre el accionar de los operadores comerciales privados.

Y variar esta concepción, no implica mutar hacia una especie de “democracia administrativa” en que las normas a dictarse y las eventuales sanciones a aplicarse, surjan como consecuencia de una “solución consensuada” entre el Sector Público y el Sector Privado, sino que se debe realizar el máximo esfuerzo por parte de las Aduanas para alcanzar el deseado “*cumplimiento voluntario*” de las normas por parte de los operadores privados, y para ello, un presupuesto conceptual ineludible, es que las mismas sean transparentes, claras, concisas y por tanto, de fácil entendimiento y cumplimiento.

13. A modo de conclusión

En síntesis, el “*nuevo paradigma normativo*” a nivel del comercio internacional, consistente con la nueva modalidad del “*customs compliance*”, debe reposar sobre una situación ineludible: la existencia de una verdadera articulación satisfactoria de las relaciones entre las Aduanas y los operadores comerciales privados.

Dicha circunstancia, logrará asegurar que el componente principal del ordenamiento respectivo, constituya un verdadero cuerpo firme de leyes entendidas como vehículos normativos coherentes de reglas generales y abstractas, razonablemente estables a las que todos, Aduanas y operadores privados, comerciantes, jueces y funcionarios; deban una especial y acentuada deferencia en el momento de la aplicación del Derecho.

De alcanzarse la circunstancia predicha, se habrá logrado el requerido “*cambio de paradigma*” (a nivel jurídico), y podrá lograrse un comercio internacional más predecible, seguro y consiguientemente, menos costoso.

ENERGIAS RENOVABLES ¿CÓMO LOGRAR EL CAMBIO DE PARADIGMA?

MAGDALENA MARINONI BERMUDEZ
ANA LAURA RODRIGUEZ D' ESPADA

1. INTRODUCCIÓN

En Uruguay no existe una reglamentación unificada para la generación y comercialización de energía eléctrica de fuentes renovables.

La generación de energía eléctrica está excepcionada de la calidad de servicio público. En efecto, el artículo 1° de la Ley N° 16.832, de 12 de junio de 1997, establece que las actividades de trasmisión, transformación y distribución de energía eléctrica, tendrán el carácter de servicio público en cuanto se destinen total o parcialmente a terceros en forma regular y permanente, quedando excepcionada la actividad de generación.

Por tanto, la generación de energía eléctrica, podrá realizarse por cualquier agente, inclusive para su comercialización total o parcial a terceros en forma regular y permanente, siempre que se someta a las reglas de operación y despacho dictadas por el Despacho Nacional de Cargas y de acuerdo a las normas que regulan el Mercado Mayorista de energía eléctrica¹.

A su vez, el artículo 23 de la Ley N° 16.832 estableció que la Administración Nacional de Usinas y Trasmisiones Eléctricas (UTE) tendrá por cometido la prestación del servicio público de electricidad de acuerdo con las previsiones del Decreto Ley No. 14.694, de 1° de setiembre de 1977, y modificativas. También tendrá por cometidos la realización de cualquiera de las actividades de la industria eléctrica.

En este contexto, el Poder Ejecutivo (Ministerio de Industria Energía y Minería-Dirección Nacional de Energía – MIEM - DNE) ha impulsado una política tendiente a reducir a la dependencia energética de los países vecinos, minimizar los costos de generación, comprometerse con la cuestión medioambiental y bajar las tarifas de electricidad. Ello se ha materializado en los últimos 8 años mediante Decretos especiales de promoción de contratación de generación de fuente renovable, que exhortan a la UTE a realizar procesos competitivos para celebrar contratos especiales de energía eléctrica con generadores privados que instalen centrales generadoras a partir de fuentes renovables en Uruguay y establecen condiciones más favorables que las generales previstas en el marco reglamentario actual.²

1 El marco legal fue reglamentado por el Reglamento General del Marco Regulatorio del Sistema Eléctrico Nacional, aprobado por Decreto N° 276/002, de 28 de junio de 2002 y por el Reglamento del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (RMME), aprobado por Decreto N° 360/002, de 11 de setiembre de 2002, previéndose la autorización, como control previo de todo emprendimiento en generación. La reglamentación prevé dos situaciones. La generación conectada al Sistema Interconectado Nacional "SIN", regulada por el RMME y la no conectada al SIN regulada por el Reglamento General.

2 Rodríguez D'Espada, Ana Laura. "Mercado Mayorista de Energía Eléctrica. Mercado de Contratos a Término. Contexto. Teoría y práctica".

El objetivo del presente estudio es describir las señales regulatorias e incentivos promocionales para la expansión de la generación y diversificación de la matriz energética en Uruguay, identificando los diversos mecanismos utilizados para su promoción.

A tales efectos, se desarrollarán los siguientes temas:

- Grandes lineamientos del acuerdo multipartidario
- Señales regulatorias en Uruguay.
- Decretos promocionales implementados en Uruguay.
- Contratos efectivamente celebrados y análisis de las cláusulas estándar que fueron acordadas en el marco de las contrataciones.

Finalmente, se presentarán reflexiones y recomendaciones sobre la efectividad alcanzada por las señales regulatorias emitidas, teniendo en cuenta especialmente el grado de avance en las metas trazadas para la diversificación de la matriz energética.

2. GRANDES LÍNEAS DEL ACUERDO MULTIPARTIDARIO³

En el año 2008, la DNE presentó al Poder Ejecutivo una propuesta de Política Energética global con una mirada de largo plazo. La misma se basa en cuatro elementos: **a)** Los Lineamientos Estratégicos, que definen los grandes ejes de la política energética nacional. **b)** Las Metas a alcanzar en el corto (5 años), el mediano (10 a 15 años) y el largo (20 años y más) plazo. **c)** Las Líneas de Acción necesarias para alcanzar dichas Metas. Y **d)** Análisis de Situación permanente del tema energético en el país, en la región y en el mundo.

En febrero de 2010, se creó una Comisión Multipartidaria de Energía y los aspectos medulares de esta política energética fueron avalados por los tres partidos políticos que hoy, se encuentran en la oposición parlamentaria.

La política energética contempla aspectos de la oferta, de la demanda, institucionales y sociales. Las líneas de acción establecen los pasos a seguir para la implementación de las metas y la política fijadas.

En función de los Lineamientos Estratégicos de Política Energética, se definieron las siguientes Metas en lo relativo a energías renovables:

1) Metas al 2015: La participación de las fuentes autóctonas renovables alcanzó el 50% de la matriz de energía primaria total. En particular: **(i)** La participación de las fuentes renovables no tradicionales (eólica, residuos de biomasa y microgeneración hidráulica) llega al 15% de la generación de energía eléctrica. **(ii)** Al menos el 30% de los residuos agroindustriales y urbanos del país se utilizan para generar diversas formas de energía, transformando un pasivo medioambiental en un activo energético.

³ <http://www.dne.gub.uy/documents/49872/0/Pol%C3%ADtica%20energ%C3%A9tica%202005-2030?version=1.0&t=1378917147456>

2) Metas al 2020: Se alcanza el nivel óptimo en relación al uso de energías renovables, en particular energía eólica, biomasa, solar térmica y biocombustibles. El país ha desarrollado planes piloto mediante el uso de nuevas fuentes de energía y/o tecnologías en desarrollo.

3) Metas al 2030: El país ha ahorrado al menos diez mil millones de dólares desde 2010 por sustitución de fuentes y promoción de la Eficiencia Energética, en relación al escenario tendencial. El país es líder en el uso de determinadas fuentes y en el desarrollo de determinadas tecnologías y procesos energéticos.

En cuanto a las líneas de acción para la energía eléctrica de origen renovable, se destaca lo siguiente: Incorporar 300 MW de generación eléctrica de origen eólico y 200 MW de biomasa, mediante inversión privada, los cuales deben estar operativos al 2015 y diseñar mecanismos para impulsar la introducción de microgeneración hidráulica.

Este escenario empujó hacia la materialización de señales regulatorias favorables a la inversión en centrales de generación de fuente de energía no convencional en un camino al cambio de matriz energética nacional.

3. SEÑALES REGULATORIAS EN URUGUAY

En nuestro país, en lo que refiere a la promoción de incorporación de generación de energía a partir de fuentes renovables se destacan las siguientes señales regulatorias promocionales: a) Ley de promoción y protección de inversiones; b) Ley de promoción de energía solar térmica; c) Microgeneración; d) Eólica para consumidores industriales; e) Decretos promocionales; f) Forma de contratación; g) Forma de despacho; h) Exoneración de peajes.

a) Ley de promoción y protección de inversiones N° 16.906

La Ley 16.906 del año 1998, declara de interés nacional la promoción y protección de inversiones nacionales y extranjeras. Para los proyectos de inversión en cualquier sector de actividad que se presenten y sean promovidos por el Poder Ejecutivo se permite exonerar del Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (IRAE) entre el 20% y el 100% del monto invertido, según tipificación del proyecto. Cabe señalar que la tasa única a nivel nacional del IRAE es de 25% aplicable a la renta bruta devengada durante un ejercicio. También se exonera del Impuesto al Patrimonio a los bienes muebles del activo fijo y obras civiles y se recupera el IVA de las compras de materiales y servicios para estas últimas. Asimismo, dicha ley exonera de tasas o tributos la importación de bienes muebles del activo fijo, declarados no competitivos de la industria nacional.

El Decreto 02/2012 reglamenta los estímulos tributarios a otorgar a los proyectos de inversión que sean declarados promovidos por el Poder Ejecutivo.

Por su parte, el Decreto N° 354/2009 declara promovida, al amparo del artículo 11 de la Ley N° 16.906, la actividad de generación de energía eléctrica a partir de fuentes

renovables no tradicionales.⁴

El artículo 3° del Decreto mencionado establece para la actividad de generación de energías renovables no tradicionales una exoneración del IRAE a las rentas, en los siguientes porcentajes:

a) 90% (noventa por ciento) de la renta neta fiscal en los ejercicios iniciados entre el 1° de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2017.

b) 60% (sesenta por ciento) de la renta neta fiscal en los ejercicios iniciados entre el 1° de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2020.

c) 40% (cuarenta por ciento) de la renta neta fiscal en los ejercicios iniciados entre el 1° de enero de 2021 y 31 de diciembre de 2023.

Estas exoneraciones sólo se aplican a las rentas derivadas de la venta de energía eléctrica transada en el Mercado de Contratos a Término, definido por el Decreto No. 360/002 de 11 de setiembre de 2002.

b) *Ley de Promoción de la Energía Solar Térmica N° 18.585*

Esta ley declara de interés nacional la investigación, desarrollo y formación en su uso de la energía solar térmica. También busca promover la inserción de esta tecnología en diversos sectores de actividad en Uruguay, facultando al Poder Ejecutivo a conceder las exoneraciones previstas en la Ley de Promoción de Inversiones, para la fabricación, implementación y utilización efectiva de la misma.

A partir de los seis meses de promulgada esta ley, los permisos de construcción para centros de asistencia de salud, hoteles y clubes deportivos, cuya previsión de consumo para agua caliente involucre más del 20% del consumo energético total, sólo serán autorizados cuando incluyan las instalaciones sanitarias y de obras para la incorporación futura de equipamiento para el calentamiento de agua por energía solar térmica.

Asimismo, a partir de los dos años de promulgada la ley, los permisos de construcción de las edificaciones con las características referidas, sólo serán autorizados cuando incluyan equipamientos completos que permitan cubrir al menos un 50% de su aporte energético para el calentamiento de agua por energía solar térmica.

En lo que refiere a construcciones nuevas del sector público cuya previsión de consumo para agua caliente involucre más del 20% del consumo energético total, deberán contar, dentro de los cinco años de promulgada la ley, con al menos un 50% de su aporte energético para calentamiento de agua mediante energía solar térmica.

En materia de nuevos emprendimientos industriales o agroindustriales, el MIEM podrá exigir una evaluación técnica de la viabilidad de instalación de colectores solares con

⁴ Sobre la inclusión en la ley de promoción de inversiones de las actividades de generación y cogeneración en base a energías renovables recomendamos la lectura de la versión taquigráfica de la sesión de la Comisión de Industria, Energía, Comercio, Turismo y Servicios de fecha 4 de octubre de 2006, Carpeta Número 614/2006 . Distribuido Número 1206.

destino al ahorro energético por precalentamiento de agua.

Finalmente, a partir de los tres años de vigencia de esta ley, las piscinas climatizadas nuevas o aquellas existentes que se reconviertan en climatizadas, deberán contar con el equipamiento completo para el calentamiento de agua por energía solar térmica, siempre que no utilicen otras fuentes de energía renovables con ese fin.

c) Microgeneración

El Decreto N° 173/2010, del 1° de junio de 2010, autoriza a los suscriptores conectados a la red de distribución de baja tensión a instalar generación de origen renovable eólico, solar, biomasa o mini hidráulica.

Mediante este mecanismo, el microgenerador puede intercambiar energía en forma bidireccional con la red de Distribución. UTE se compromete a adquirir la energía que el microgenerador entrega a la red por un período de 10 años a partir de la puesta en servicio de las instalaciones de microgeneración. El precio de adquisición será similar al que paga el microgenerador como consumidor de la energía suministrada por UTE.

d) Generación eólica para consumidores industriales

El Decreto 158/012, del 17 de mayo de 2012, habilita la instalación de generación eólica a los consumidores industriales, y fija las condiciones de contratación con la UTE. En el marco de este decreto se reconocen tres modalidades posibles para la contratación: generación en el propio predio, generación fuera de predio y generación en asociación. Según la modalidad que se adopte, serán las condiciones contractuales particulares fijadas con UTE.

El artículo 13 del mencionado decreto, estableció un límite temporal y otro físico para estas contrataciones. Las solicitudes para incorporarse a este régimen podrán realizarse solo hasta cumplidos dos años de la publicación del Decreto (28.05.2012) o hasta que se complete una Potencia contratada de 200 MW.

De forma adicional, fue aprobado el Decreto 433/012, del 28 de diciembre de 2012, que establece el precio de la energía demandada al sistema y su forma de cálculo y actualización, entre otros aspectos.

e) Decretos promocionales

Tal como se verá detalladamente en el numeral siguiente, el Poder Ejecutivo ha dictado diversos decretos promocionales en los cuales exhorta a la UTE a celebrar contrataciones de largo plazo para la compra de energía eléctrica proveniente de centrales generadora de fuente renovable instaladas en territorio nacional.

En estos Decretos se establecen determinadas características de la contratación para el suministro de energía eléctrica que resultan en un beneficio para el generador de energía, a saber: la forma de contratación a través de la licitación pública que dota de transparencia al mecanismo de contratación, modalidad de despacho (autodespacho y costo

variable cero) que le permite decisiones unilaterales de generación, exoneración de peajes, y metas alcanzadas por fuente.

f) Forma de contratación

En lo que refiere a la forma de selección de los oferentes que se beneficiarán de las promociones, en general los Decretos promocionales establecen que la incorporación de las centrales generadoras en los regímenes reglamentados se realizará a través de un procedimiento competitivo y que UTE, previa opinión del MIEM y de la Unidad Reguladora de los Servicios de Energía y Agua (en adelante URSEA), aprobará un pliego de bases y condiciones particulares.

El proceso licitatorio implica un concurso de ofertas a partir de determinadas bases, siendo un “*procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas*”⁵, y presentando como ventajas la concurrencia de los interesados en celebrar el contrato, impulsándolos a reducir los precios al mínimo posible.⁶

En consecuencia, la celebración de contratos resultantes de una licitación en el marco los principios establecidos en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), implica, en principio, una garantía para la defensa de la competencia y de acceso a los nuevos generadores a los beneficios ofrecidos por el Estado.

g) Forma de despacho

En los primeros decretos promocionales se estableció que el generador podrá decidir su despacho. Esto rompe con el esquema del Decreto N° 360/002 que prevé que toda Central Generadora con una Potencia Instalada superior a los 5 MW es de Despacho Centralizado, pudiendo autodespacharse únicamente aquella que tenga una Potencia Instalada por debajo de los 5 MW. Por tanto, el generador, en el marco de estos decretos, decide su despacho independientemente del tamaño de la Central Generadora asociada.

Al ser autodespachadas, estas centrales entran en la base del despacho económico, actúan con relativa independencia del Despacho Nacional de Cargas ya que no requieren ser convocadas y generarán si están disponibles y les resulta rentable.

Posteriormente, el Decreto N° 567/009, de 24 de diciembre de 2012, previó el costo variable unitario nulo para las centrales de energía eólica, por lo que la modalidad de autodespacho resulta aplicable a todas las centrales que generen a base de eólica independientemente que actúen en el Mercado de Contrato a Término o en el Mercado Spot. Iguales consideraciones resultan aplicables a las centrales de generación de energía solar de fuente fotovoltaica de acuerdo al Decreto N° 113/013, de 11 de abril de 2013.

h) Exoneración de peajes

⁵ Sayagués Laso, Enrique, *La Licitación Pública*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 1 a 5.

⁶ Sayagués Laso, Enrique, *Ob. cit.*

En la mayoría de los Decretos promocionales se establece que el adjudicatario quedará exonerado del pago de cargos por el uso de las redes de distribución y transmisión que le correspondan como generador en el marco de dicho contrato.

Cuando no se previó esa exoneración por Decreto, UTE asumió contractualmente los pagos correspondientes a peajes durante la vigencia del contrato.

Claramente esto constituye un incentivo económico para la promoción de este tipo de energías que se ven exoneradas del pago de estos cargos.

4. DECRETOS PROMOCIONALES EN URUGUAY

En el marco de la promoción de energías renovables se dictaron los siguientes decretos promocionales: (i) Primeras promociones de energía renovable: 389/005, 77/006, 397/007, 296/008, 299/008, 377/009, (ii) primeros 150 MW de eólica; (iii) segundos 150 MW de eólica; (iv) no adjudicados en licitaciones de energía eólica; (v) biomasa; (vi) solar fotovoltaica.

A continuación, se analiza cada una de estas promociones teniendo especialmente en cuenta: a) fuente a contratar, b) potencia máxima asociada, c) mecanismo de contratación, d) forma de despacho, e) fijación de precios, f) cargos de transmisión y distribución, g) venta de remanentes, h) contratación con terceros, i) exclusividad, y j) conexión y ampliaciones.

► Primeras promociones de energía renovable

El Decreto N° 77/2006, en redacción dada por el artículo 1° del Decreto 397/007, de 26 de octubre de 2007, establece que UTE promoverá la celebración de contratos especiales de compraventa de energía eléctrica con los proveedores que incrementen la potencia instalada en territorio nacional, que produzcan dicha energía a partir de la fuente eólica, de biomasa, o de pequeñas centrales hidráulicas.

La potencia total contratada por centrales asociadas a dichos contratos no superará los 60 MW, planteándose una meta de asignación de 20 MW para cada uno de los tres tipos de fuentes promovidas.

Los contratos a suscribir tendrían por objeto la compraventa de energía eléctrica asegurada al proveedor durante el plazo contractual, con remuneración de la energía entregada a los precios surgidos de un procedimiento competitivo celebrado conforme a lo previsto en el TOCAF y a las especificaciones contenidas en el decreto.

En caso de no alcanzarse para una o más fuentes el cupo mencionado de 20 MW mediante ofertas aceptables, el procedimiento de selección previó la posibilidad de redistribuir el cupo remanente entre ofertas aceptables de la o las fuentes restantes.

A su vez, el Decreto N° 77/2006 estableció las bases sobre las cuales se debían celebrar los contratos enmarcados en el Decreto, incluyendo: alcance, condiciones para la contra-

tación, procedimiento competitivo, precios, componentes nacionales y plazo.

Por otra parte, el Decreto N° 397/007, permitió que los generadores vendieran a terceros o a la misma UTE, la potencia restante a la comprometida contractualmente con el Ente estatal eléctrico.

El Decreto N° 296/2008, de 18 de junio de 2008, decidió extender las disposiciones del Decreto N° 397/2007 a los generadores adjudicatarios de la licitación de UTE P34493, indicando algunas especificaciones. También estableció que durante la vigencia de estos contratos la potencia remanente inyectada a la red de UTE, que no goza de los regímenes de excepción establecidos en los Decretos No. 389/005 y Decreto No. 77/006, podrá volcarse al mercado spot de energía eléctrica.

A su vez, el Decreto N° 299/2008 estableció que la referencia a que la potencia a contratar con UTE debía representar al menos el 50% de la potencia instalada (artículo 2° numeral III) del Decreto No. 397/007 sólo resulta aplicable a las centrales generadoras de porte, entendiéndose por tales a aquéllas que, encuadrando en las disposiciones del decreto aludido, tengan una potencia instalada mayor a 10 MW e inyecten a la red una potencia superior a 10 MW.

Finalmente, el Decreto 377/2009 extendió las disposiciones de los Decretos No. 77/006, 397/007 y 299/008 a los contratos de compraventa de energía eléctrica celebrados por la UTE y a las centrales asociadas a los mismos, en el marco de lo dispuesto por Resolución 395 del 16 de abril de 2009 de dicho Ente.

A su vez, este Decreto resolvió enmarcar la suscripción de contratos de compraventa de energía eléctrica con generadores instalados en el territorio nacional, que habiendo presentado sus ofertas en el marco de la Licitación Pública P37637 no hubieran resultado adjudicatarios de la misma, de acuerdo a lo dispuesto en el literal U) del numeral 3° del artículo 33 del TOCAF en la redacción dada por el artículo 108 de la Ley No. 18.172 de 31 de agosto de 2007. Las contrataciones deberán ajustarse a las ofertas presentadas, cambiando solamente el precio de la oferta para adecuarlo al precio máximo adjudicado en el llamado a licitación P37637 para cada fuente.

En resumen, las condiciones contractuales más destacadas para quienes resultaran adjudicatarios en aplicación de los decretos especiales de promoción pasan por los siguientes aspectos:

- a) La fuente a contratar debía ser Eólica, Biomasa, Pequeñas hidráulicas
- b) La potencia máxima asociada era de 20 MW por fuente y 60 MW en total.
- c) El mecanismo de contratación elegido fue la licitación pública.
- d) Forma de despacho: El generador podrá decidir su despacho.
- e) Fijación de precios: por concurso de precio.
- f) Cargos por transmisión y distribución. Se exonera al generador, durante la vigencia del contrato de pagar estos cargos en su calidad de generador en el marco del

contrato celebrado.

- g) Venta de remanentes: La potencia remanente inyectada a la red de UTE proveniente de dichas Centrales, que no estuviera amparada en el régimen especial, podrá volcarse al mercado spot de energía eléctrica.
- h) Prioridad de ejecución: Se previó la prioridad de ejecución de los contratos celebrados en el marco de estos decretos frente a la venta de la energía asociada a la potencia remanente de la misma central.
- i) Conexión y ampliaciones: El generador deberá hacerse cargo de todos los costos de conexión así como de las ampliaciones que fueran requeridas en la red, de acuerdo a los estudios que UTE realice en cada caso.
- j) El plazo de la contratación será, a criterio de cada oferente, de hasta 20 (veinte) años computados a partir de la entrada en servicio de la central.

► Primeros 150 MW de eólica

El Decreto N° 403/2009, de 24 de agosto de 2009, exhorta a la UTE a celebrar contratos especiales de compraventa con proveedores a instalarse en el territorio nacional, que produzcan energía eléctrica de fuente eólica.

El decreto establece los lineamientos para la realización de contratos de compra de energía hasta alcanzar **una potencia nominal de 150 MW**, dejando para una segunda etapa, los 150 MW adicionales fijados como meta para el año 2015.

En particular, los contratos a suscribir **surgirán de un procedimiento competitivo** con las siguientes características:

Podrán contratar en este marco los generadores eólicos cuya potencia a instalar en cada parque eólico esté comprendida **entre 30 y 50 MW**.

Los contratos incluidos en este régimen deberán contemplar las siguientes condiciones- entre otras:

- a) UTE comprará toda la energía que sea entregada a la red en el nodo respectivo, al precio acordado y por el plazo establecido en el contrato. A los efectos del Despacho Nacional de Cargas, las centrales generadoras eólicas contratadas serán consideradas con costo variable unitario nulo.
- b) El generador deberá hacerse cargo de todos los costos de conexión así como de los costos de las ampliaciones necesarias del Sistema interconectado nacional (SIN) que se requieran.
- c) Durante el plazo de vigencia del contrato el generador no podrá enajenar ni ceder bajo ningún título a terceros ni transferir bajo ninguna forma para otros fines que no sean el funcionamiento del parque, energía eléctrica proveniente de la central asociada a su contrato con UTE.

d) Cada oferente deberá demostrar que las empresas que realicen el desarrollo, la implantación y el mantenimiento del parque eólico que instalará, tienen experiencia en esa actividad en parques de potencia no inferior al construido.

La incorporación de las centrales generadoras en el régimen que se reglamenta se realizará a través de un procedimiento competitivo. UTE, previa opinión del MIEM y de la URSEA, aprobará un pliego de bases y condiciones particulares.

Un mismo oferente no podrá ser adjudicatario de más de un contrato.

El plazo de contratación será a criterio de cada oferente, de hasta 20 años computados a partir de la entrada en servicio de la central.

En resumen, las condiciones contractuales más destacadas pasan por los siguientes aspectos:

- a) La fuente a contratar debía ser Eólica
- b) La potencia máxima asociada es de 50 MW por parque.
- c) El mecanismo de contratación elegido fue la licitación pública.
- d) Forma de despacho: Costo variable nulo.
- e) Fijación de precios: por concurso de precio.
- f) Cargos por transmisión y distribución. UTE reembolsará al Generador los cargos por peajes que éste haya abonado en el marco del contrato.
- g) Exclusividad: Venta exclusiva a UTE.
- h) Conexión y ampliaciones: El generador deberá hacerse cargo de todos los costos de conexión así como de los costos de las ampliaciones necesarias del Sistema interconectado nacional (SIN) que se requieran.
- i) El plazo de contratación será a criterio de cada oferente, de hasta 20 años computados a partir de la entrada en servicio de la central.

► Segundos 150 MW de eólica

Dando cumplimiento a la segunda etapa prevista en el **Decreto N° 403/00,9** se aprobó el **Decreto 159/011** para completar la potencia mínima de 300 MW instalados de energía de fuente eólica, contratados con privados a partir de un procedimiento competitivo.

En el marco de este Decreto se pueden presentar los generadores que tengan las mismas características exigidas por el Decreto 403/009 (Potencia a instalar entre 30 y 50 MW). Se permitirá que un mismo oferente pueda ser adjudicado en más de un proyecto, siempre que el total adjudicado al mismo no supere los 100 MW de potencia instalada.

Las condiciones contractuales destacadas son las siguientes:

- a) La fuente a contratar debía ser Eólica.

- b) La potencia máxima asociada es de 50 MW por parque. Se puede adjudicar hasta 100 MW por oferente.
- c) El mecanismo de contratación elegido fue la licitación pública.
- d) Forma de despacho: Costo variable cero.
- e) Fijación de precios: por concurso de precio.
- f) Cargos por transmisión y distribución. UTE reembolsará al Generador los cargos por peajes que éste haya abonado en el marco del contrato.
- g) Exclusividad: Venta exclusiva a UTE.
- h) Conexión y ampliaciones: Véase numeral anterior.
- i) El plazo de contratación será de 20 años computados a partir de la entrada en servicio de la central.

► **No adjudicados en licitaciones de energía eólica**

El artículo 1° del Decreto N° 424/2011, de 6 de diciembre de 2011, promueve la “suscripción de contratos de compraventa de energía eléctrica con proveedores que, habiendo presentado sus ofertas de conformidad con el Pliego de Condiciones que rigió el procedimiento competitivo K41938, no resulten adjudicatarios del mismo. Esta contratación se realizará en el marco de lo dispuesto en el Literal T) del numeral 3° del Artículo 33 del TOCAF en la redacción dada por el Artículo 26 de la Ley No. 18.046 del 24 de octubre del 2006”.

El precio de esta contratación resultará del precio promedio ponderado en potencia de las ofertas que resulten adjudicadas en el referido procedimiento. No se permitirá que con un mismo oferente se contrate más de 50 MW.

Se extienden las condiciones de contratación referidas en el Decreto N° 159/011 por lo que nos remitimos a las características contractuales allí especificadas.

► **Biomasa**

El Decreto N° 367/2010, de 10 de Diciembre de 2010, encomienda a UTE la celebración de contratos especiales de compraventa con proveedores que produzcan energía eléctrica en territorio nacional a partir de biomasa de acuerdo a lo dispuesto en el literal T) del numeral 3° del artículo 33 del TOCAF en la redacción dada por el Artículo 108 de la Ley No. 18.172 del 31 de agosto de 2007. Según el artículo 3 del Decreto, podrán ampararse a dicha modalidad de contratación las nuevas centrales de Generación de hasta 20 MW de capacidad que utilicen biomasa como fuente primaria y que no se hayan acogido a los Decretos promocionales ya estudiados anteriormente (**Decreto 77/006 y siguientes**).

El Decreto de referencia establece dentro de sus Considerandos que según los lineamientos estratégicos trazados por el Poder Ejecutivo en el área energética, se plantea la incorporación para el año 2015 de 500 MW de potencia instalada en territorio nacional en energías renovables no tradicionales y autóctonas, de los cuales 200 MW corresponden a generación a partir de biomasa.

Dicha normativa estableció un mecanismo de “Feed in Tariff” que es una política diseñada para acelerar la inversión en energía renovable. Esto implica la promoción de contratos de mediano y largo plazo de contratación con el generador de energía renovable ofreciendo un precio basado en el costo de la energía para el generador que se adhiera al mismo.

En cuanto a las condiciones contractuales se destaca lo siguiente:

- a) La fuente a contratar debía ser Biomasa.
- b) La potencia máxima asociada es de 20 MW por central.
- c) El mecanismo de contratación elegido fue el feed in tariff, o mecanismo de adhesión al precio propuesto.
- d) Forma de despacho: La Energía Convocable de la central generadora, será despachada con un costo variable de generación igual al precio de la energía convocada, que la central generadora declarará en forma mensual. La Energía No Sujeta a Despacho de la central generadora será despachada con un costo variable de generación nulo.
- e) Fijación de precios: feed in tariff.
- f) Cargos por transmisión y distribución. Se exonera al generador, durante la vigencia del contrato a pagar los cargos por el uso de las redes de transmisión y distribución que le correspondan como tal en el marco de dicho contrato.
- g) Exclusividad: Venta exclusiva a UTE de la energía generada.
- h) Conexión y ampliaciones: El Generador deberá hacerse cargo de todos los costos de conexión así como de los costos de las ampliaciones necesarias del Sistema Interconectado Nacional (SIN) que se requieran.
- j) El plazo de contratación será, a criterio de cada oferente, de hasta 20 años computados a partir de la entrada en servicio de la central generadora.

► Solar fotovoltaica

El Decreto N° 133/2013, de 2 de mayo de 2013, encomienda a UTE la celebración de contratos especiales de compraventa con proveedores que produzcan energía eléctrica en territorio nacional a partir de fuente solar fotovoltaica en el marco de lo dispuesto en el numeral 21 literal C) del Artículo 33 del TOCAF, en la redacción dada por el Decreto No. 150/012 de 11 de mayo de 2012.

Según dicho Decreto podrán contratar en ese marco las centrales cuya potencia a instalar se encuentre entre 500 kW y 50 MW, estableciéndose franjas de proveedores y límites de contratación para cada una.

Dicha normativa estableció dos mecanismos de contratación según la franja de potencia de que se trate.

Por un lado, y para las franjas de menor potencia (Franjas 1 y 2 – entre 500 kW y 5

MW), la adjudicación se realizará a través de un procedimiento competitivo.

Únicamente se comprará energía de la franja 2 si el precio unitario de la energía es al menos 20% menor al de la franja 1. En caso de no adjudicarse contratos de la franja 2, podrán adjudicarse hasta 3 contratos de la franja 1, si los precios se consideran convenientes.

Por otro lado, para la Franja 3 (entre 5 y 50 MW) se establece un mecanismo de “Feed in Tariff”. Los contratos de compraventa de energía eléctrica que se celebren con proveedores de la franja 3 deberán tener un precio máximo equivalente de la energía de 91.5 USD/MWh (expresado en dólares constantes de enero de 2013). Este precio es aplicable a contratos cuyas centrales asociadas estén disponibles antes del 1/6/2014, decreciendo linealmente hasta 86.6 USD/MWh para los contratos de centrales que estén disponibles antes del 1/6/2015.

En cuanto a las condiciones contractuales se destaca lo siguiente:

- a) La fuente a contratar debía ser Solar Fotovoltaica.
- b) La potencia máxima asociada es de 50 MW por central (Centrales entre 500 kW y 500 MW).
- c) El mecanismo de contratación elegido fue el procedimiento competitivo para las franjas de menor potencia y el feed in tariff.
- d) Forma de despacho: Costo variable cero.
- e) Fijación de precios: concurso de precios y feed in tariff.
- f) Cargos por transmisión y distribución. Se exonera al generador, durante la vigencia del contrato a pagar los cargos por el uso de las redes de transmisión y distribución que le correspondan como tal en el marco de dicho contrato.
- g) Exclusividad: Venta exclusiva a UTE.
- h) Conexión y ampliaciones: El Generador deberá hacerse cargo de todos los costos de conexión así como de los costos de las ampliaciones necesarias del SIN que se requieran.
- i) Para la franja 1 y 2 el plazo de contratación será de hasta 25 años computados a partir de la entrada en servicio de la central. Para la franja 3 dicho plazo será de entre 20 y 30 años computados también desde la entrada en servicio de la central y en cualquier caso no podrá superar el 31/12/2043.

5. CONTRATOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA

a) *Generalidades*

En la clasificación de los contratos del Mercado a Término del Reglamento de Mercado Mayorista de Energía Eléctrica encontramos los Contratos de Suministro (Artículos 283 a 287), los Contratos de Respaldo (Artículos 288 a 290) y los Contratos Especiales.

En los hechos, la única modalidad contractual que se ha materializado en el Mercado objeto de análisis es la de Contrato especial de energía secundaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 298 del Decreto 360/002 y con determinadas características especiales derivadas de los decretos promocionales.

b) Características específicas de los contratos

A continuación, referiremos a las cláusulas características de estos contratos, las que en términos generales, se repiten en los acuerdos celebrados en el marco de los decretos especiales. Así, describiremos el contenido de las cláusulas: objeto, precio, exclusividad, facturación y forma de pago, obligaciones, caso fortuito y fuerza mayor, revisión de condiciones, plazo, penalidades, rescisión, garantías, limitación de responsabilidad y solución de controversias.

• **Objeto**

En la actualidad, los contratos registrados ante URSEA y autorizados por ADME para actuar en el Mercado de Contratos a Término se denominan “contratos de compraventa de energía eléctrica” y en la generalidad documentan transacciones en las que UTE, o bien compra la totalidad de la energía generada por una Central Generadora, o bien parte de la energía generada por dicha Central, por lo que la Potencia Contratada puede coincidir o no, con la Potencia Instalada y conectada al SIN por el Participante Generador. Como contrapartida, UTE se obliga a comprar al Generador la energía contratada en las condiciones establecidas en el contrato. Se entiende por energía contratada la energía activa generada por la Central Asociada durante el período de suministro, que ingresa a la Red de UTE en el Nodo de Conexión y que es adquirida por UTE al Generador en función del contrato.

• **Precio**

El precio se determina, en general, por concurso de precio y en algunos casos concretos por el mecanismo de Feed in tariff. El Generador factura mensualmente a UTE toda la energía contratada. El precio pactado no incluye impuestos o tasas que graven la compraventa de energía del Generador a UTE por el contrato los que serán de cargo de UTE.

• **Exclusividad**

El contratante debe vender a UTE en régimen de exclusividad la energía contratada en las condiciones pactadas en el contrato.

• **Obligaciones del Generador**

Se prevé como obligación principal la de instalar una Central Asociada con las características descritas en la oferta presentada y que diera lugar a la celebración del contrato, asegurando la disponibilidad de la misma, su operación en forma segura, eficiente y diligente ajustándose a la reglamentación aplicable y a todo lo complementario estipulado en el Acuerdo Operativo.

En algunos casos se asume el compromiso de que el componente nacional resultante

sea igual o mayor al componente nacional comprometido y sea acreditado. El generador se hace cargo de los costos a que dé lugar la realización de las obras necesarias para conectar la Central a la red de UTE, operar y mantener la Central Asociada; debe obtener y renovar todas las autorizaciones, aprobaciones o habilitaciones, cumpliendo con las condiciones ambientales.

- **Obligaciones de UTE**

Comprar al generador la energía contratada en las condiciones establecidas en el contrato. Ello incluye: comprar la energía entregada hasta la generable con la Potencia Contratada, al precio convenido y abonar en término las facturas de suministro de energía presentada por el Generador para el cobro.

- **Revisión de condiciones**

En ciertos casos, se prevé la revisión del contrato cuando se produzcan cambios ajenos a las partes y que revistan carácter de extraordinarios, imprevistos o insuperables, en las condiciones económicas o de otro tipo, que se traduzcan en la excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato y que haga suponer en forma verosímil, dificultades persistentes en su cumplimiento, para una o ambas partes.

- **Plazo**

Se pactaron plazos largos que dotan de estabilidad al contrato, asegurando, salvo causal de rescisión, la recuperación de la inversión inicial.

La existencia de plazos largos (15, 20 y 25 años contados a partir de la fecha de entrada en servicio de la Central Generadora), hace que UTE se haga de un número interesante de proveedores exclusivos de energía y potencia lo que indirectamente desalienta el desarrollo de un Mercado en que confluyan Generadores y Grandes Consumidores, más allá del Distribuidor. Este mecanismo de contratación, en los hechos asegura la permanencia de un Comprador único como UTE.

- **Penalidades**

Se prevé la aplicación de una multa en caso de incumplimiento del Plazo de Entrada en Servicio, imputables al Generador. También se prevén penalidades para el caso de constatarse irregularidades que afecten el registro de energía entregada imputable a dolo y que perjudiquen a una parte.

- **Rescisión**

Se prevé, en algunos casos, que las partes puedan rescindir amigablemente el contrato mediante acuerdo en cualquier momento sin que se originen indemnizaciones entre ellas. UTE podrá rescindir unilateralmente el contrato en ciertas circunstancias; por ejemplo: declaración de concurso o quiebra del Generador o concordato; revocación de permisos autorizaciones o habilitaciones; constatación de irregularidades en la medición, entre otras. Por su parte, el Generador podrá rescindir unilateralmente por falta de pago de dos facturas consecutivas o tres alternadas.

- **Garantías**

Se prevé la constitución de una garantía de fiel cumplimiento de contrato y otra por buena ejecución de la central generadora.

- **Limitación de responsabilidad**

Esta cláusula se incluyó en algún contrato señalando que ninguna de las partes será responsable ante la otra por pérdida de ganancias, pérdidas de contratos, daños indirectos ni lucro cesante que pudiera sufrir la otra en relación a este contrato. La responsabilidad total de las partes no excederá el 100 % del monto total del contrato.

- **Legislación aplicable y solución de controversias**

La legislación aplicable es la uruguaya, previéndose, en algunos casos, la cláusula arbitral a través de un arbitraje de derecho de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional).

6. CONCLUSIONES

En Uruguay se ha diseñado una política multipartidaria de promoción de generación de energía a partir de fuentes renovables.

Dicha política ha sido puesta en práctica en los últimos 8 años a partir de Decretos promocionales por los cuales UTE adquiere la energía proveniente de las centrales generadoras (de fuentes renovables) instaladas en el país.

Entendemos que el grado de efectividad de las señales regulatorias presentadas es alto en el sentido que se han logrado los siguientes objetivos:

- Se está tendiendo a cumplir con las metas establecidas en el Acuerdo Multipartidario para el sector.
- Se ha incorporado y desarrollado de manera destacable la generación a partir de fuentes renovables.
- A través de procedimientos competitivos se logró contratar con sendos privados para la generación de energía a partir de fuentes renovables.
- Los precios resultantes de las licitaciones fueron convenientes para la empresa estatal y deberían reflejarse en los precios finales al consumidor.
- Se ha verificado una incorporación del sector privado en el área de generación de energía.
- Existen mayores posibilidades de cubrir la demanda nacional de energía eléctrica con fuentes de producción nacional.
- Se disminuirán las emisiones de carbono.

A su vez, destacamos que, a partir de la implementación de políticas de incorporación de fuentes de generación de energía renovable, se ha verificado un cambio de paradigma

en cuando a la generación de energía en el país que presenta nuevas fuentes renovables, apunta a la autosuficiencia y por qué no a la exportación.

Sin embargo, se detectan las siguientes áreas de mejora en materia contractual:

- Falta de flexibilidad de la UTE en la negociación de los contratos de adhesión.
- Vacíos normativos y dificultades interpretativas de la reglamentación del sector limitantes para una correcta evaluación de la inversión.
- La exclusividad de venta a UTE no incentiva la desafiabilidad del mercado futuro.
- Los contratos celebrados son los denominados contratos especiales de energía secundaria, que pensados como excepcionales, han sido promovidos y se han transformado en la regla de la contratación.
- A la fecha no hay contratos de respaldo autorizados y tampoco hay registro de contratos de suministro de los previstos por el Decreto N° 360/002, lo que puede tener implicancias a nivel de la garantía de suministro.

Se detectan como desafíos a futuro:

- Obtener una ley marco de las promociones y contrataciones de energías renovables.
- Lograr una regulación uniforme de este tipo de contrataciones, colmar los vacíos normativos y solucionar los problemas interpretativos de la reglamentación.
- Articular las promociones y contrataciones de UTE de forma adecuada con otras normativas vigentes, como por ejemplo la Ley de Promoción y Defensa de Competencia.
- De los parques adjudicados no todos se encuentran en construcción ¿cómo evitar la especulación sobre los proyectos?
- En el caso de Biomasa sólo se adjudicaron 40 MW sobre los 200 MW proyectados ¿cómo conocer el mercado y ofrecer precios que hagan rentables los proyectos?

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE EN ESTADOS UNIDOS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

MARCELA TABAKIAN

El régimen de responsabilidad por productos en Estados Unidos¹ ha servido como modelo en la Unión Europea² y en Latinoamérica.³ Kenneth Abraham sostiene, que en Estados Unidos, la historia de la responsabilidad del fabricante es de creación progresiva. Se entiende por tal el proceso de incorporar a las acciones existentes, nuevos elementos para el reclamo de daños causados por productos defectuosos, que han complementado más que reemplazado previas bases de responsabilidad.⁴ El autor clasifica la evolución de la responsabilidad del fabricante en cuatro eras⁵: la era del *principio de relatividad del contrato*, la era de la *negligencia*, la era de las *garantías*, que se trata de una transición hacia el régimen moderno que combina elementos de negligencia y responsabilidad objetiva (la responsabilidad es objetiva únicamente respecto de una categoría de productos defectuosos, pero subjetiva respecto de los casos de falta de advertencia o adecuada instrucción en la utilización de productos y en los casos de defecto de diseño).⁶

1 El presente trabajo profundiza la investigación realizada en ocasión del artículo en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXXIX, "Responsabilidad por Productos. Paseo por Estados Unidos, Europa, Latinoamérica y Uruguay", p. 777, escrito con la Dra. Beatriz Venturini. En este trabajo me he enfocado exclusivamente en Estados Unidos; remito al lector al precitado Anuario en cuanto al régimen de la responsabilidad del fabricante en el Derecho Uruguayo.

A modo de clarificación, en los Estados Unidos, la competencia por responsabilidad por productos defectuosos, no es de alcance federal, su regulación es del Common Law, y cada Estado adopta sus propias reglas ello determina que pueda hablarse de tendencias ya que los fallos de las Supremas Cortes de Cada Estado no son precedentes en otros Estados aunque sí se consideran como doctrina más recibida. Prácticamente no existen fallos de la Suprema Corte de Justicia Federal que homogenicen el sistema. La homogenización en este tipo de temas de competencia estadual se logra a través del Restatement. Para poder comprender la complejidad de la situación actual, es necesario hacer una segunda puntualización, este país se encuentra en una transición entre el Segundo y el Tercer Restatement, el Restatement Segundo del año 1965, que sigue siendo aplicado en la mayoría de los Estados. Éste ha optado por un tipo de responsabilidad objetiva. El nuevo Restatement (Tercero) del año 1998, establece un sistema híbrido entre la responsabilidad objetiva y subjetiva y ha comenzado a hacerse camino en algunos de los Estados de dicho país. Finalmente, para poder comprender el sistema funcionando en su conjunto no pueden dejarse de lado elementos procesales. En efecto el sistema procesal de los Estados Unidos es de carácter adversario, ello implica que el juez no tiene la carga de hacer justicia sino de fallar tomando en cuenta los elementos fácticos y probatorios que las partes han traído al juicio, por ello carece de potestades probatorias para mejor proveer. La carga y el costo de las pruebas recae únicamente sobre las partes, lo que ha determinado en muchísimos casos que el costo de la prueba traiga aparejado que los damnificados por productos defectuosos no puedan probar el nexo causal entre el daño y el producto (véase David. S. Clark and Tugrul Ansay, Introduction to the Law of the United States, Second Edition, Kluwer 2002, pág. 190). Éste alto costo probatorio determine según Keneth Abraham la transición hacia la responsabilidad objetiva, ya que se consideró que es el fabricante el que se encuentra en mejores condiciones de probar sus dichos.

2 Directiva 85/374/EEC y su modificativa Directiva 1999/34/EC.

3 Clark y Ansay, ob. cit. pág. 198

4 Kenneth S. Abraham, The Forms and Functions of Tort Law, Fourth Edition, Foundation Press, 2012, p. 216.

5 El autor sostiene que la categorización propuesta puede pecar por simplista, pero resulta útil para de clarificar y organizar la comprensión de ésta área del Derecho. Prosser, realiza una clasificación similar salteando la primera etapa en: Negligencia, Garantía, Garantías Expresas, Garantías implícitas y Responsabilidad Objetiva. Ver Prosser, Wade and Schwartz's, Torts, Cases and Materials, Tenth Edition, Foundation Press, 2000, p. 712 y ss.

6 Marc A. Franklin, Robert L. Rabin y Michael E. Green, Tort Law and Alternatives, Foundation Press, 2011, p. 562.

La expansión de la responsabilidad por productos tiene su mayor desarrollo a partir de los años sesenta, hasta 1985.⁷ En éste período, la responsabilidad por productos pasó de ser un área oscura en la que se hacía justicia caso a caso, a ser un área activa e importante, en la cual la imposición de responsabilidad comenzó a ser un instrumento de regulación de políticas públicas y de compensación hacia los damnificados.⁸

A) Desarrollo de las distintas teorías para reclamar el daño producido por Productos Defectuosos

1) Era del principio de relatividad del Contrato⁹

De acuerdo con el precitado autor, antes del siglo XX no existía una regla de carácter general que regulara la responsabilidad por productos defectuosos, y definitivamente no era parte del Derecho de Responsabilidad Civil (Torts). La responsabilidad nunca se extendía más allá de la responsabilidad por daños ocurridos en el marco de un contrato y su incumplimiento. Éste tipo de reclamos se enmarcaba en el ámbito de la responsabilidad Contractual.¹⁰ El siglo XIX era el siglo del *Caveat Emptor*¹¹ los Tribunales se reusaban a condenar, si el contrato no había previsto que recayera responsabilidad sobre el vendedor o fabricante en caso de que el comprador sufriera daños como consecuencia del producto objeto del contrato.¹²

Reflejo de esta era encontramos el caso *Seixas v. Woods*¹³ (1804), donde la Suprema Corte de Nueva York, falló en favor del demandado aplicando el principio *de Caveat Emptor*, aclarando que para condenar al agente, el contrato debió haber previsto garantías expresas de falta de calidad. En su defecto el actor debió haber demostrado fraude de parte del vendedor, cosa que no pudo acreditar.

El principio de relatividad del contrato, se erigió como regla de derecho en *Winterbottom v. Wright*¹⁴, antiguo fallo Inglés que involucraba a una persona que había pade-

7 Abraham, ob.cit. p. 217.

8 Id.

9 Quiero volver a destacar que ésta clasificación no es propia sino de Kenneth Abraham Ob. cit. p. 217.

10 Abraham, ob.cit. p. 217.

11 Doctrina mediante la cual el riesgo de la compraventa (calidad de la cosa) recae sobre el comprador. El comprador actuando con diligencia media debe tomar las medidas que entienda oportunas para asegurarse previamente de la calidad de lo adquirido. Si no lo hace carecerá luego de cualquier tipo de acción en contra del vendedor.

12 Abraham, ob.cit. p. 217.

13 *Seixas v. Woods*, 2 Caines 48, NY (1804). Se trataba de una compraventa de mercadería, Seixas y Seixas (actor) compró madera a Woods (demandado). La madera solicitada fue especificada en la solicitud de compra y luego en la factura. La madera entregada fue de menor calidad y precio de la solicitada. El demandado no otorgó garantía explícita. Seixas y Seixas solicita devolución del precio pagado y ofrece enviar de vuelta la madera que le fue entregada. Woods que actuó como intermediario se niega a hacerlo, dado que ya había enviado el precio pagado a su destinatario final. En la demanda Seixas no alega fraude ni dolo del vendedor. El tribunal falla en favor del demandado sosteniendo adoptado el principio *de Caveat Emptor*. Aunque el fallo reconoce que la doctrina del *Caveat Emptor* se había flexibilizado, la jurisprudencia exigió garantía o fraude por parte del vendedor para su condena. El Tribunal entendió que en ausencia de garantía explícita o fraude por parte del vendedor, el comprador compra a su propio riesgo y debió haber tenido el recaudo de revisar la mercadería antes de haberla aceptado. El comprador en este caso, estuvo presente al momento de la entrega de la mercadería. Y el vicio que alega pudo ser observado por él en ese momento. No se aprecia injusticia en la aplicación del principio de *Caveat Emptor* sino la confirmación de que todo hombre de negocios debe cumplir con la debida diligencia.

14 *Winterbottom v. Wright*, 10 M.&W. 109, 152 Eng. Rep. 402 (1842).

cido daños por una diligencia defectuosa. El juicio lo dirigió contra, el fabricante de la diligencia, con quién no estaba vinculado por ningún contrato, el Tribunal que entendió del asunto, desestimó la demanda por entender que no existía ningún tipo de relación contractual entre el actor y el demandado.¹⁵

2) Era de la Negligencia¹⁶

De acuerdo con Abraham, la regla de derecho por la que se negaba al actor demandar al fabricante, fue percibida como injusta desde el momento en que se erigió y casi desde su nacimiento se plantearon excepciones a su aplicación. El apartamiento más importante¹⁷ es el caso Thomas and Wife v. Winchester,¹⁸ también de la Suprema Corte de Nueva York, donde se deja de exigir relación contractual para demandar al fabricante en el caso de vendedores de productos “inherentemente” e “inminentemente” peligrosos. En un principio, el espectro de objetos considerados inherentemente peligrosos era muy pequeño, e incluía objetos obvios como por ejemplo veneno, pero con el tiempo ésta categoría se expandió para incluir cafeteras, andamios,¹⁹ botellas de agua con gas, etc.

La desaparición del requisito de la existencia de contrato, entre los titulares de acciones por productos defectuosos, no fue formalmente reconocida sino hasta la opinión del Juez Cardoso en 1916 en Mac. Pherson v. Buick Motor Co.²⁰ El demandado en ese caso había fabricado un automóvil que había sido vendido al actor por un distribuidor. Mc. Pherson fue lesionado cuando una rueda de madera hecha en forma defectuosa colapsó. El actor demandó por negligencia, y el demandado entre sus defensas opuso el

¹⁵ El fallo y respectivo comentario corresponden a Abraham, Ob. cit. p. 217.

¹⁶ Abraham, ob. cit. p.220.

¹⁷ Id.

¹⁸ Thomas and Wife v. Winchester, 6 N.Y. 397, (1852). En el caso el consumidor compra un medicamento que había sido etiquetado erróneamente por el fabricante. Se etiquetó como diente de león un extracto de belladona. El primero de ellos una medicina casi inocua, el segundo administrado en la dosis que corresponde al diente de león puede causar daños severos a la salud de la persona que lo ingiere llevando incluso la muerte. El actor demandó al farmacéutico, al distribuidor y al fabricante. El distribuidor y fabricante alegaron, que el comprador tenía con ellos un vínculo demasiado remoto como para resultar condenados. La Suprema Corte de Nueva York, cita la regla general en la materia que hasta el momento era la siguiente: “... un contratista, fabricante, vendedor o proveedor de un artículo no es responsable frente a terceros que no tienen relaciones contractuales con él por negligencia en la construcción, la fabricación o la venta de dicho artículo” (Cooley en agravios 3ed, 1486). Sin embargo, se aparta de dicho concepto por los siguientes fundamentos: “... la responsabilidad del fabricante y el vendedor se extiende a terceros sólo cuando el artículo fabricado y comercializado es inherentemente peligroso.” Y continúa: “Aceptar que para poder reclamar el consumidor final debe acreditar una relación contractual con el fabricante, determinaría que el fabricante nunca fuera responsable respecto del consumidor final. Esta regla no debe aplicarse en los casos en los que los productos venidos son inherentemente peligrosos. Debe considerarse que existe una garantía implícita cuando la naturalmente el producto es peligroso para otros, especialmente en los casos en los que ha sido hecho en forma negligente. Negligencia es un tipo de responsabilidad civil, y se encuentra en el límite entre la responsabilidad civil y contractual.” La Corte finalmente *condena a toda la cadena* y sienta como precedente que en casos de productos inherentemente peligrosos, existe por un lado una garantía implícita de que el producto debe adecuarse a su función y en segundo lugar, que pese a que el consumidor final no tiene una relación contractual directa con el fabricante éste debe igualmente responder de su negligencia frente al consumidor final.

¹⁹ La incorporación del andamio se produce en un famoso caso del año 1882, Devlin v. Smith, 89 N.Y. 470, 1882, donde también se responsabiliza a la cadena de distribución. Éste fallo perfecciona la regla establecida en Thomas and Wife v. Winchester, extendiendo el concepto de producto peligroso a andamios construidos para arreglar o construir edificios. La corte sostuvo: “Si la naturaleza de la cosa es tal, que razonablemente puede poner en peligro la vida y la integridad física de quien lo utiliza, si se construye negligentemente, ese bien debe considerarse peligroso. Su naturaleza nos advierte de las consecuencias que pueden esperarse. El fabricante de este tipo de bienes tiene en el deber de construirlo diligentemente. Sin embargo, para que el fabricante responda el peligro no puede ser meramente posible sino que debe ser probable.”

²⁰ Mac. Pherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382;1916. Abraham, Ob. cit. p.220.

principio de Relatividad del Contrato, sosteniendo que *Thomas v. Winchester*, no era de aplicación al caso porque un vehículo automotor no podía considerarse inherentemente peligroso. La Corte desechó este argumento, sosteniendo que el fabricante de cualquier producto, que previsiblemente pueda dañar a un tercero sino se fabrica utilizando la diligencia debida, debe ser llamado a responsabilidad bajo la regla de *Thomas*.²¹ Este fallo dejó de lado todas aquellas limitaciones impuestas por *Thomas* y en los hechos derogó el principio de relatividad del contrato para los casos de responsabilidad por producto defectuoso.²² A partir de éste caso los damnificados por productos defectuosos pudieron demandar a toda la cadena, ya sea que tuvieran o no relación contractual con el fabricante, utilizando para ello la acción de negligencia.²³ Amplió significativamente el espectro de posibles demandados, sin embargo, pesaba sobre los actores la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad.²⁴ Además de ello, el actor debía probar que el producto era defectuoso desde el momento en que dejó la fábrica, y que el defecto, no había sido producto del uso de la cosa. En muchos casos, la regla de *res ipsa* (aplicable en juicios de responsabilidad en Estados Unidos) facilitaba la prueba, pero a los avances y la complejidad de los procesos de producción hacían que ésta regla no se aplicara en la mayoría de los casos. Se comprobó entonces, que en un número significativo de juicios, los fabricantes eran negligentes, poniendo en el mercado productos defectuosos, pero los actores no siempre podían probar la negligencia del fabricante.²⁵

Estos fallos tuvieron una incidencia directa sobre el UCC, cuyo artículo 2-318, regula lo que se dio en llamar “horizontal privity,” esto es la extensión de los efectos del contrato más allá del contrato de compraventa.²⁶

3) La era de la transición y el surgimiento de normas de garantía y la era Moderna.

Casi al mismo tiempo que comienzan admitirse demandas directas contra los fabricantes, emergen otra serie de acciones para reclamar daños ocasionados por productos defectuosos. Cada una de ellas surgía de una noción diferente de garantía (*Warranty*).²⁷ Así, cuando se ponía en riesgo la seguridad o calidad de un producto, se consideraba que existía de parte del fabricante un incumplimiento. Ese incumplimiento daba lugar a una acción, que generaba reclamos no sólo por las pérdidas directas que dicho incumplimiento podía haber ocasionado, sino por lo que se denomina “consequential losses,” que tienen que ver con daños a la propiedad o daños personales.²⁸

La primera noción de garantía implícita que se desarrolló, provino de la Ley Uniforme de Ventas que se aprobó en varios Estados a comienzos del siglo XX. Esta ley, establecía

21 Abraham, ob.cit. p. 221.

22 Id.

23 Id.

24 Franklin, ob. cit., p. 562.

25 Abraham, ob.cit. p. 222.

26 Marc A. Franklin, Robert L. Rabin y Michael E. Green, *Tort Law and Alternatives*, Foundation Press, 2011, p. 557. Clark y Ansay, ob. cit. pág 198, quienes también destacan que el actual art. 2-318 del Código Uniforme de Comercio sustituyó el requerimiento del principio de relatividad del contrato por una garantía especial a cierta clase de consumidores, de productos puestos en el mercado por un fabricante.

27 Abraham, ob.cit. p. 223.

28 Id.

que en cada contrato de compraventa de mercaderías existía una garantía implícita de comercialización (“merchantability”). Para cumplir con dicha garantía, los productos vendidos deberían ser de una calidad promedio. Bajo esta disposición, se responsabilizaba únicamente al vendedor directo del producto, pero se le atribuye el hecho de haber derogado la antigua regla de *Caveat Emptor* comentada al comienzo de éste artículo. El UCC reafirmó el concepto de la Ley Uniforme, y hoy en día en toda venta de producto, existe una garantía implícita, por la que el fabricante asegura que el producto debe ser el apropiado para el propósito para que fue comprado, y que el mismo posee tal calidad que lo hace seguro para su uso.²⁹

Una vez que la teoría de las garantías implícitas se consolidó en el Derecho de Estados Unidos, comenzó la transición hacia la responsabilidad objetiva en esta materia.³⁰ David G. Owen afirma, que entre los primeros pronunciamientos donde puede apreciarse una condena en base objetiva se encuentra *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*,³¹ en que la Suprema Corte de New Jersey falla en favor del actor, por los severos daños sufridos, como conductor, por defectos de fábrica en el motor de automóvil nuevo. La base de dicho reclamo fue el incumplimiento de la garantía de calidad, implícita en el contrato de compraventa de automotor, de la cual el demandado se había pretendido exonerar de mala fe mediante la inclusión de una cláusula de exoneración de responsabilidad. La Corte deja de lado dicha cláusula y condena al demandado.³² Marc. A. Franklin sostiene que la doctrina de las garantías implícitas como base para la responsabilidad objetiva en Responsabilidad Civil, se había limitado hasta el caso que se comenta a casos relativos a intoxicación por alimentos.³³

Sobre la base de *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*³⁴ y del caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*,³⁵ la Suprema Corte de Justicia de California, erige la nueva teoría de

29 David G. Owen, *Products Liability Law*, Hornbook Series, Thomson West, Ed. 2004, p. 33.

30 Al decir de Dean Prosser, “the first real fall of the “citadel” occurred when a manufacturer of an ordinary product was held liable for breach of an implied warranty of merchantability.”

31 *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 161 A.2d 69 (N.J. 1960).

32 David G. Owen, *Products Liability Law*, Hornbook Series, Thomson West, Ed. 2004, p. 33.

33 Franklin, ob. cit., p. 561.

34 Haciendo eco del lenguaje utilizado por el juez Traynor en *Escola*, la corte sostuvo que: “[b]ajo las modernas condiciones de marketing, cuando un fabricante pone un nuevo automóvil en el mercado en la cadena de distribución y promueve su compra utilizando para ello publicidad, existe una garantía implícita de razonable uso para el fin para el que fue comprado cuando llega a manos del consumidor final. La ausencia de relación entre el fabricante y el distribuidor que realiza la última venta es inmaterial.”

35 *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (Cal. 1944). En este caso, se condena a Coca Cola por los daños sufridos por *Escola*. En el caso *Escola*, una mesera de un restaurant, se le rompe una botella en la mano mientras la trataba de sacar del casillero dentro del refrigerador, pese a haber utilizado la diligencia debida en su manipulación. Uno de los testigos (testigo técnico) declaró: “que a las botellas nuevas se les realizaba un test infalible que verifica que es capaz de tolerar ser rellenado con bebida carbonatada, sin embargo las botellas que se reutilizaban, no eran sometidas a dicho test. Una vez rellenas es imposible darse cuenta qué botella fue reusada y que botella es nueva. Lo que debe haber ocurrido en el caso es que la botella que se rompe en manos de la mesera era una botella usada que se haya vuelto a utilizar sin el test correspondiente.” Es interesante el análisis de la Corte en punto a la responsabilidad del fabricante, recurriendo al pensamiento del juez Cardozo en el caso *Mc. Pherson* en cuanto a que los efectos del contrato debían extenderse al fabricante y en base objetiva: “Aun cuando no haya habido negligencia, ..., razones de política legislativa, exigen que debe condenarse en aquellos casos en los que se encuentra en juego una amenaza a la salud y a la vida, ... inherente a los productos defectuosos que se ponen en el mercado. Es evidente que el fabricante puede anticipar algunos de los defectos y proteger de la ocurrencia de otros, mientras que el público en general carece de toda aptitud para hacerlo.” Continúa luego, “El minorista, aunque carezca de los elementos adecuados para realizar un test sobre un producto, se encuentra ante una responsabilidad absoluta frente a su cliente, por garantías de que el producto sirva para

la responsabilidad objetiva,³⁶ en el caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*^{37 38} El fin último en el establecimiento de la responsabilidad objetiva del fabricante, era el de crear incentivos a la seguridad de los consumidores; se entendió que la imposición de una responsabilidad objetiva determinaría que los fabricantes llevaran a cabo una mayor inversión en la seguridad de los productos que ponen en el mercado (product safety); por otra parte al quedar el vendedor comprendido entre el cúmulo de los sujetos responsables, éste conduciría sus propios controles para evitar resultar responsabilizado.³⁹

Dos años más tarde, la regla de derecho contenida en este pronunciamiento, se convierte en la actual Sección 402A, del Restatement Segundo: cualquier vendedor de un producto en “condiciones defectuosas desmedidamente peligrosas para el usuario” es responsable objetivo por los daños personales o por daños a la propiedad que pudieran resultar de dicha condición defectuosa.⁴⁰ Rápidamente ésta Sección del Restatement se convirtió en el Derecho de la mayoría de los Estados, y nominalmente continúa siendo la regla de derecho. El problema interpretativo que trajo este artículo es el sentido que debe darse al vocablo “... desmedidamente peligroso.” Por ello los autores del Tercer Restatement, recogiendo la jurisprudencia constante de los Tribunales, posterior al Restatement Segundo, decidieron eliminar toda categorización del peligro que puede generar un pro-

el fin que fue comprado y garantía de seguridad.”

36 David G. Owen, Ob. cit., p. 33.

37 *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 377 P.2d 897 (Cal. 1963); es interesante el párrafo que de éste fallo realiza Mark Franklin: “Un fabricante es responsable en base objetiva cuando pone un artículo en el mercado, sabiendo que es para ser usado sin previa inspección de calidad y prueba luego tener un defecto que causa un daño a un ser humano”. Ob. cit. p. 562. A estos pronunciamientos le siguieron los siguientes *Vandermark v. Ford Motor Co. Ford Motor Co.*, 391 P.2d 168 (Cal. 1964) este caso trata de un defecto en una pieza de los frenos del vehículo (por un tamaño inadecuado o que se ensambló en forma inadecuada). Debido a dicho defecto, el conductor choca, se lesiona y lesiona a su hermana. El juez Traynor, sostuvo que Ford era responsable en su calidad de “garante”. Calidad que le impedía desentenderse de su deber de vigilancia en el ensamblado de los frenos por un tercero. y *Elmore v. American Motors Corp.*, 451 P.2d 84 (Cal. 1969). Este caso, tiene que ver nuevamente con un automotor, la diferencia es que aquí el accidente es producto de la pérdida del eje del vehículo. La novedad de este caso es el hecho de que el accidente produce daños no sólo a los ocupantes del vehículo sino a transeúntes. Y se entiende que éstos terceros también tienen acción directa contra el fabricante pese a no ser parte del contrato. “En todo caso, los terceros deben tener derecho a una mayor protección que el consumidor o usuario en lesiones a los transeúntes si el defecto es razonablemente previsible. Los consumidores y los usuarios, por lo menos, tienen la oportunidad de inspeccionar la cosa en busca de defectos para limitar sus compras a los artículos manufacturados por los fabricantes de renombre y vendidos por los minoristas de renombre, mientras que el transeúnte ordinario no tiene esas oportunidades. En pocas palabras, el espectador se encuentra en una mayor necesidad de protección frente a los productos defectuosos que son peligrosos, y se debe hacer distinción entre los espectadores y usuarios, que debe hacerse, en contra de la posición de los acusados, para extender una mayor responsabilidad a favor de la transeúntes.”

38 *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* se trató de un caso por daño producido por una herramienta eléctrica. Mientras el actor usaba la herramienta en una de las funciones previstas y siguiendo cien por ciento las indicaciones del prospecto, el actor resultó herido en su frente por un pedazo de madera que voló como consecuencia del mal funcionamiento de la herramienta. Se iniciaron acciones por negligencia y por incumplimiento de las garantías implícitas. Los peritos atestiguaron, que la herramienta poseía defectos de diseño ya que el set de destornilladores era inadecuado para sostener la madera adecuadamente, debido a las vibraciones normales del aparato. En base a éstas declaraciones el juez Traynor sostuvo que en el caso se daban los elementos necesarios que determinaban no sólo negligencia sino incumplimiento de las garantías implícitas, tomando en cuenta la afirmación del prospecto “cada parte tiene trancas adecuadas para sostener ajustes para un trabajo de precisión.”

39 James Henderson and Aaron Twerski, Restatement 3d. Torts: Product Liability § 2, 1998, actualizado Agosto 2008, The American Law Institute, Chapter 1.

40 Section 402A of the Restatement Second of Torts, published in 1965: (1) One who sells... “any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property...”

El Restatement se ha entendido aplicable a los productos nuevos, y en su gran mayoría de acuerdo con Owen, las Cortes, se han mostrado contrarias a la imposición de responsabilidad objetiva en los casos de venta de productos usados, aun en casos donde se sostiene que el defecto proviene de fábrica.

ducto defectuoso, empleando únicamente el adjetivo “defectuoso.”⁴¹

Para Abraham, la clave para entender la responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos, es el reconocimiento, de que durante los años setenta, la jurisprudencia y la doctrina desarrollaron tres categorías de defectos, y que el punto de partida para para cualquier conceptualización de ésta área y en definitiva para cualquier reclamo por responsabilidad se debe partir por clasificar la categoría de defecto que se presenta. De hecho el Tercer Restatement ni siquiera usa el vocablo “responsabilidad objetiva” para describir la responsabilidad en general. Por el contrario, las formas de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos se regulan en forma separada, utilizando las categorías que se fueron desarrolladas por la jurisprudencia en un período de treinta años posteriores a la adopción del artículo § 402A.⁴²

Sobre la responsabilidad objetiva, es interesante el comentario de Marc Franklin en relación a una tendencia relativamente nueva. El autor sostiene que cuando la víctima concurre a la causación del daño⁴³, en la mayoría de los Estados, aplica un porcentaje a dicha contribución descontándose luego de los daños resarcibles. Estos casos, plantean el problema de cómo debe darse la comparación⁴⁴. En *General Motors v. Sánchez*⁴⁵ se planteó el punto de ¿Cuándo debe aplicarse la doctrina de concurrencia de culpas en los casos de responsabilidad del fabricante?

El citado caso involucra un vehículo de la marca G.M. de cambios automáticos. Un trabajador rural, pretende poner el cambio en modo “Parking” (estacionado) y baja del vehículo en marcha para abrir una portera. El vehículo comienza a desplazarse hacia atrás y lo embiste apretándolo contra la portera. El Sr. Sánchez queda literalmente clavado en la reja de un corral, completamente inmovilizado, no muere en forma instantánea sino desangrado, a horas del accidente. En el juicio se manejó la teoría de que el accidente no se debió únicamente a un desperfecto en el vehículo de la demandada sino que el Sr. Sánchez tuvo cierta participación en el incidente. G.M. sostuvo que el actor intentó poner el cambio en la posición de “Parking” (estacionado) pero en realidad el cambio quedó posicionado en “Neutral” o punto muerto y de allí el cambio se desplazó hacia otro cambio “Reversa” y el vehículo comenzó a desplazarse hacia la portera.

En primera instancia el jurado desechó la teoría de G.M. encontrándola responsable por negligencia, calificando el defecto como defecto de diseño de la caja de cambios del vehículo, todo ello junto con una inadecuada advertencia de la peligrosidad de la misma. El jurado, entendió también que la víctima había concurrido en un 50% a la causación del accidente, pero el Tribunal desechó éste último aspecto. En primera instancia también se condenó a G.M. en 8.5 millones de dólares por concepto de daños punitivos.

41 Abraham, ob.cit. p. 226.

42 Id.

43 En el citado trabajo se analizan también otros casos en los que se ha considerado también la contribución ya sea de la víctima o de terceros a la causación del daño *Zuren v. Ford Motor Company*, 937 P.2d 676 (Ariz. App. 1996) y más recientemente en *Jahn v. Hiunday Motor Co.*, 773 N.W.2d 550 (Iowa 2009).

44 Marc. Franklin, ob. cit. p. 628.

45 *General Motors v. Sanchez*, 997 S.W.2d 584.

En segunda instancia el Tribunal reconoció que ni el Restatement Segundo ni el Restatement Tercero de Torts, consideran que dentro del estándar de buen consumidor deba imponerse la carga al consumidor de descubrir el defecto en un producto. Sin embargo, por las particularidades del caso correspondía ingresar al análisis de la responsabilidad de la víctima en el accidente. En el caso, se sostuvo que más allá del defecto en la caja de cambios, el Sr. Sánchez no adoptó ninguna de las medidas de seguridad que cualquier conductor diligente hubiera adoptado en similares circunstancias. El manual establecía que el conductor no puede bajarse del vehículo dejando el motor en marcha, además de apagar el motor, debe poner el freno de mano y poner el cambio en modo estacionamiento. Si el Sr. Sánchez hubiera tomado al menos una de estas precauciones, el accidente no hubiera ocurrido, independientemente del defecto de la caja de cambios. Exigir al conductor ésta conducta, no determina agregar una carga al consumidor en cuanto a descubrir un defecto en un producto nuevo, sino que son medidas que debe adoptar cualquier conductor diligente. Falla considerando que la incidencia causal de la víctima debe considerarse en un cincuenta por ciento.

El fallo es trascendente ya que es el primero que entra en la consideración del hecho de la víctima en una condena de base objetiva.

B) Distintas Categorías de Defectos.

William Prosser propuso la siguiente definición de producto defectuoso: "Un producto es defectuoso cuando, al tiempo de su venta o distribución, contiene un defecto de fábrica, el defecto puede ser de diseño, o puede no tener un defecto pero ser considerado tal por no instruir adecuadamente al usuario en cuanto a cómo utilizarlo o por no advertir adecuadamente de los peligros que su uso puede generar."⁴⁶ Ésta definición ha permitido a la doctrina clasificar los defectos de la siguiente manera: a) defectos de fábrica, b) defectos de diseño y c) defectos por inadecuada información en cuanto a la utilización de un producto.⁴⁷

a) Defecto de fábrica

Un producto contiene un defecto de fábrica, cuando tal como se ha producido no conforma con el diseño del propio fabricante.⁴⁸ Muchas veces se le denomina, defecto de *construcción*, un producto con un defecto de éste tipo es diferente a los demás productos provenientes de la misma línea de producción.⁴⁹ El defecto de fábrica, se verifica cuando se produce un fallo en el proceso de producción y se aparta del diseño que originalmente se entendió debía tener.⁵⁰

La definición es importante, ya que en éste tipo de defectos es que se ha garantizado la responsabilidad objetiva, que facilitó los problemas probatorios que se les presenta-

46 Prosser ob. cit. p. 737, esta definición o una similar, original de William Prosser, es la que luego fue adoptada como Section 402A of the Restatement (second) of Torts. Ver también Franklin, Ob.Cit. p. 569.

47 Abraham, ob.cit. p. 228.

48 Abraham, ob.cit. p. 228.

49 Id.

50 Id.

ban a los actores a la hora de demandar al fabricante.⁵¹ Básicamente se exonera al actor de demostrar que el fabricante utilizó materiales inadecuados, erró en conducir los controles pertinentes, o que tomó un riesgo cuyo costo económico potencial era mayor al beneficio también potencial.⁵² Para que exista responsabilidad, basta con que el actor demuestre que el producto se apartó en su fabricación del diseño original y que dicho apartamiento le produjo daños.⁵³ Probado esto, el fabricante es responsable aun cuando se haya manejado de acuerdo con el estándar de cuidado razonable (*reasonable care*) en cada etapa del proceso de producción.⁵⁴

La adopción de un sistema de responsabilidad en base objetiva es producto de una comprobación fáctica: la realidad de los casos demostró que en su gran mayoría los defectos eran producto de negligencia del fabricante en algún punto del proceso, pero de muy difícil prueba para el actor.⁵⁵

b) Defectos de diseño

Prosser define el defecto de diseño del siguiente modo: "...es defectuoso en el diseño cuando los riesgos previsibles de daños que plantea el producto podrían haberse reducido o evitado mediante la adopción de un diseño alternativo razonable, por el vendedor o distribuidor o último miembro de la cadena comercial de distribución, y la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente seguro".⁵⁶ A diferencia del defecto de fábrica, el defecto de diseño es aquel que ocurre en toda la línea de producción (fue el caso del Ford Pinto, *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 19 Cal.App.3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981)).⁵⁷ Éste tipo de defectos, presenta problemas probatorios, ya que resulta difícil contrastar el defecto de diseño con un estándar que no existe. Por otra parte, el diseño de productos nunca se encuentra libre de errores y el obligar a las empresas a desarrollar productos infalibles determinaría un incremento significativo de costos para la industria. Por ello, este tipo de defectos no generara una responsabilidad de tipo objetivo. Se pone como ejemplo el cuchillo, que ha sido diseñado para cortar, si una persona se corta como consecuencia del uso de un cuchillo para su función, no puede ser indemnizada por ello, en primer lugar porque ese cuchillo no era defectuoso.⁵⁸ Por ello se desarrollaron estándares a ser utilizados en casos de productos defectuosos por problemas en el diseño.⁵⁹ A saber: la prueba de la utilidad del producto versus riesgo *risk-utility test* y prueba de expectativa del consumidor *consumer expectation test*.⁶⁰

El *risk utility test* reconoce que decidir si un diseño es defectuoso cuestiona el hecho de si se configuran respecto del mismo elementos de negligencia. La pregunta que el juez

51 Id.

52 Id.

53 Id.

54 Id.

55 Id.

56 Prosser, Ob. cit. p. 737, ver además Franklin, Ob. cit. p. 571.

57 *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 19 Cal.App.3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981).

58 Abraham, ob.cit. p. 229.

59 Abraham, ob.cit. p. 228. Ver además, Prosser, Ob. Cit, p. 742.

60 Id.

debe hacerse para considerar si se verifican los elementos de este estándar, es si los riesgos impuestos por el diseño son superiores a los beneficios del producto, es decir su utilidad. Se considera que se trata de un análisis muy cercano al que se lleva o llevaba a cabo en los casos de negligencia, sólo que en lugar de enfocarse en el fabricante se centra en el producto.⁶¹ Con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha optado por este estándar (hoy dominante) por entender que en éste tipo de defecto no se busca una responsabilidad de tipo objetiva o por lo menos es o debería ser mucho menos objetiva que en los casos de defecto de fábrica. En efecto, en los casos de defecto de diseño se parte de la premisa de que el producto no es defectuoso a menos que se pruebe que los riesgos que potencialmente genera, son mayores a la utilidad que pueda traer al mercado. El punto neurálgico de este examen es cómo comparar los riesgos de un producto con su utilidad.⁶²

Un estándar alternativo, pero menos aceptado por la jurisprudencia, mide la seguridad del diseño del producto con las expectativas del consumidor. Bajo éste estándar, si el diseño no es tan seguro como el consumidor esperaba, entonces el producto es defectuoso.⁶³ Éste modo de analizar la cuestión es desafortunadamente circular, ello porque tiene que ver con una visión subjetiva del consumidor. Funcionaría, si pudiera de alguna manera, llevarlo al campo de lo empírico a través de evidencia estadística que indicara la expectativa del público para probar que el diseño es defectuoso.⁶⁴ Sin embargo, éste estándar no exige aportar elementos empíricos y tampoco es práctico si lo exigiera.⁶⁵ En la práctica, el examen funciona, porque la decisión en última instancia la toma un jurado que piensa que lo que un consumidor típico espera de un diseño, es una cuota razonable de seguridad.⁶⁶ Otro de los problemas que apareja éste examen, es que al enfocarse en las expectativas del consumidor, deja de lado el nexo, es decir no se cuestiona si el producto tuvo la aptitud de producir el daño que se reclama, cosa que no ocurre en el *risk-utility test* dónde debe acreditarse que la causa del daño fue el diseño del producto.⁶⁷

En definitiva el estándar más aceptado por la jurisprudencia, es el del riesgo versus la utilidad del producto, pero ese estándar presenta ciertos inconvenientes (entre ellos no considera que el consumidor está en situación de desventaja respecto del fabricante). La doctrina sostiene que los inconvenientes que presenta este estándar, deberían compensarse con una mayor participación del Estado en cuanto a medidas de seguridad requeridas para poner en el mercado un producto novedoso, o permitir que el mercado decida qué tan seguro desea un producto como ocurrió en el modelo implantado por el caso de Winterbottom v. Wright,⁶⁸ en el que se consideró que no todo el público quiere el mismo estándar de seguridad o está dispuesto a pagar un precio muy superior por un producto para que sea seguro (el ejemplo más claro lo encontramos en el caso de los

61 Id. Ver además, Franklin, Ob.Cit. p.579 en el que se analiza el caso Soule v. General Motors Corporation 8 Cal.4th 548.

62 Abraham, ob.cit. p. 228.

63 Id. Ver además, Franklin, Ob.Cit. p.580 y ss.

64 Id.

65 Id.

66 Ejemplo de ello es el caso Volkswagen of America, Inc. v. Young, 272 Md. 201, 321 A.2d 373 (1874).

67 Abraham, ob.cit. p. 228.

68 Winterbottom v. Wright, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916), el tema se analizó también en el caso Dreisonstok v. Volkswagenwerk, A.G., 489 F.2d 1066 (4th Cir.1974).

automotores con la marca Mercedes).⁶⁹

c) Defectos en la adecuada información respecto a la utilización de un producto⁷⁰

Prosser lo define de la siguiente manera: “un producto es defectuoso por instrucciones o advertencias inadecuadas cuando los riesgos previsibles de daño que presenta el producto, podrían haberse reducido o evitado mediante el uso de un instructivo o adecuada advertencia de parte del vendedor o distribuidor o del último miembro de la cadena comercial y la omisión de dicho instructivo o advertencia determinó que el no fuera lo suficientemente seguro.”⁷¹

La advertencia constituye un medio fehaciente y deseable de transferir los riesgos de la cosa al consumidor. En efecto, una vez que el consumidor ha sido puesto en conocimiento de los riesgos que apareja el uso de una cosa, se encuentra en condiciones de decidir si los riesgos que supone el uso de un bien son superiores a la utilidad que le representa. Cuando el fabricante o vendedor, satisfacen éste criterio en general no resultan condenados en una acción de responsabilidad.⁷² En este contexto, la teoría subyacente a la responsabilidad por falta de advertencia es que, una vez que una adecuada información ha sido suministrada, es sobre el comprador y no el vendedor del producto, sobre quién recae el riesgo de las lesiones que puedan ocasionarse.⁷³ Ejemplo de éste tipo de advertencias lo encontramos en la industria farmacéutica.⁷⁴ Los autores del Tercer Restatement, han relevado un sinnúmero de casos en los que se considera que productos como los farmacéuticos poseen un *riesgo inevitable* y se han negado a condenar a un fabricante si el riesgo de sufrir ciertos daños fue adecuadamente advertido en las contraindicaciones del producto.⁷⁵

A modo de conclusión considero que éste sistema híbrido adoptado por Estados Unidos, equilibra adecuadamente los intereses de consumidores y empresarios y por ello ha tenido tanto éxito a nivel de Derecho Comparado (con las adaptaciones del caso, en mayor o menor medida, son varios los países que toman éste modelo de responsabilidad como modelo, a vía de ejemplo Europa Directiva 85/374/CEE, Chile, Perú, Argentina y Uruguay).⁷⁶ Desde el punto de vista de los consumidores, establece una responsabilidad objetiva, en los casos de negligencia o abusos graves de parte del fabricante o cualquier miembro de la cadena de distribución. Desde el punto de vista del fabricante, y la sociedad toda porque no impone trabas al avance tecnológico. No se niega que los productos requieren nuevos diseños y con ello procesos productivos cada vez más complejos, y que en dicho proceso pueda existir negligencia o responsabilidad directa del fabricante, pero en éstos casos la carga de la prueba recae sobre el demandado.

69 Abraham, ob.cit. p. 228.

70 ver además Franklin, Ob. cit. p 599.

71 Prosser, Ob. cit. p. 737.

72 Abraham, ob.cit. p. 228.

73 Id.

74 Id.

75 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS:PRODUCTS LIABILITY , § 6 Comment d.

76 Para mayor abundamiento sobre el tema del Derecho Comparado, remito a la lectura del artículo escrito con la Dra. Venturini referido en la Cita 1 del presente trabajo.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

El rol docente en la Universidad

GAVERNET, Haroldo Ramón

¿Por qué Derecho Romano?

KEMELMAJER, Aida

Contratos con consumidores en el nuevo Código Civil y
Comercial argentino

EL ROL DOCENTE EN LA UNIVERSIDAD: SU PARTICIPACIÓN EN LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ACADÉMICA

ALINA CELI FRUGONI¹

“La Universidad no ha sabido cómo orientar y dirigir las innovaciones (...) generadas por ella misma. No acaba de acertar en la gestión de lo nuevo. Problema que se inscribe en un panorama de cuestiones que se podría titular como la *Universidad en el tiempo*.”

ALEJANDRO LLANO

(*Repensar la Universidad. La universidad ante lo nuevo*, Ediciones Internacionales Universitarias S.A., Madrid, 2003, p. 17)

RESUMEN: La docencia y la investigación constituyen tareas propias del quehacer universitario interdependientes, teniendo en cuenta que los conocimientos que el docente trasmite a los estudiantes son el producto de una investigación propia o ajena. Por su parte, tanto la formación de nuevas capacidades como el progreso de la investigación son imprescindibles para el desarrollo de un país; constituyen parte del valor de la universidad, condicionando su vínculo con otros sectores públicos y privados. El artículo aborda el rol específico del docente respecto de la promoción de la investigación, sumado a otras reflexiones en el contexto de la sociedad del conocimiento.

Palabras clave: Docente universitario, promoción de la investigación, modelo educativo UNESCO, sociedad del conocimiento.

SUMARIO: a) Introducción; b) El docente, el investigador y otros vínculos de la universidad en la gestión de la investigación. c) Medidas de la universidad para la promoción de la investigación y el desarrollo nacional. d) Conclusiones. e) Referencias bibliográficas.

a) Introducción.

La universidad como institución tiene como principales finalidades la formación del estudiante para el desempeño de una profesión. Para ello ha de generar conocimiento y promover su difusión. Por lo tanto, la universidad debe contar con una puesta al día permanente en los programas académicos y sus contenidos. Una universidad incapaz de producir y transmitir en forma más o menos constante conocimientos innovadores, ya

¹ Profesora e investigadora de la Universidad de Montevideo (Facultad de Derecho). Exposición preparada para el curso, “Fundamentos de la Educación” (Diploma de Docencia Universitaria. Universidad de Montevideo) (aceli@correo.um.edu.uy).

sean humanísticos, científicos o artísticos, dejará de cumplir con uno de sus principales objetivos con el consecuente riesgo del estancamiento.

El docente cumple en estas tareas un rol fundamental. En primer lugar orientando a los estudiantes a la formación profesional, pero también fomentando la vocación docente y de investigación. Para ello es importante incluir en las actividades curriculares ordinarias, la participación de los alumnos en actividades de extensión con el fin que los mismos tomen contacto con el debate de las ciencias y otras disciplinas y fundamentalmente con quienes tienen a su cargo la generación de nuevos conocimientos. Sin perjuicio de ello es notable el impacto que tienen los grupos de estudio e investigación en la formación profesional. El intercambio de conocimientos y de opiniones entre docentes, investigadores y alumnos despierta de esta forma la curiosidad intelectual del estudiante aún no egresado.

El otro aspecto importante es que no basta la generación de conocimientos e innovación, sino que es necesaria su difusión. Para ello se requiere de la definición de tareas previas seguidas con rigor científico y metodológico a cargo del investigador, como forma de garantizar la autenticidad de los conocimientos y por sobre todo su utilidad dentro y fuera de la universidad así como su impacto en el desarrollo nacional.

En efecto, la elaboración de un producto de investigación (atendiendo las diversas disciplinas) deberá cumplir con padrones metodológicos requeridos generalmente por estándares internacionales. Es importante destacar los temas concernientes: a) a la evaluación ética, bioética, y biojurídica tanto de los procedimientos científicos, técnicos y tecnológicos; b) al correcto uso de los derechos intelectuales en el marco de su promoción y protección; c) a la difusión de los productos de investigación conforme a los estándares y padrones internacionales; d) a la evaluación objetiva de los resultados, realizada por comités de pares, al premio y la promoción de más y mejor innovación, en todas y cada una de las disciplinas y ciencias implicadas en los centros de estudios de la institución universitaria.

Todo ello —entre otras cosas— constituye un distintivo de la calidad universitaria que dista de la mera transmisión de conocimientos, en forma aleatoria sin que medie ningún tipo de técnica y método de comprobación, juicio y/ o discusión previa de los conocimientos.

Se deduce por tanto, que primeramente la Universidad debe para cumplir con padrones de calidad en materia de investigación, formar investigadores y mal puede hacerlo si no incorpora el valor de la investigación y su promoción. Luego podrá entonces, contribuir con el desarrollo nacional ya sea individualmente o en forma asociada con los sectores público y privado.

En este artículo intentamos rescatar la importancia de las tareas docentes y su implicancia en la promoción de la investigación universitaria, señalando las oportunidades y ciertas medidas de reconversión que la universidad debe tener en cuenta para cumplir con dichos objetivos en el contexto actual.

b) El docente, el investigador y otros vínculos de la universidad en la gestión de la investigación.

Los ordenamientos jurídicos recogen la importancia de la promoción de la investigación, encuadrándola entre sus fines, a través de ciertas tareas o ciertas medidas como el destino de fondos, la realización de actividades de extensión, la creación de un plantel de investigadores estables y consecuentes con las tareas de investigación, la adecuación de los productos de investigación a las necesidades del país, y por supuesto la formación de investigadores.

Por su completo contenido cabe citar como modelo la ley orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que expresa en el artículo 1º, entre sus fines, “impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad”, estableciendo de esta forma una categorización de distintas profesiones a las que les es común la formación en conocimientos.

Sin perjuicio de ello es probable, (aunque no necesariamente) la coincidencia de una, o ambas, o las tres categorías de universitarios en una misma persona. Nos interesa el rol del docente en su tarea de receptor y difusor de conocimientos, su relación con el investigador, y la necesidad de interacción con los estudiantes de forma tal de: a) adquirir nuevos conocimientos es decir asumir una actitud de permanente *aggiornamento*; b) desarrollar una capacidad crítica para el debate de los nuevos conocimientos y su transmisión a los estudiantes; c) generar espacios alternativos y de extensión para su difusión.

La razón por la cual el docente tiene una importancia preponderante es justamente, por el hecho señalado, y es que no siempre coinciden las figuras del docente con la del investigador, vocaciones que responden a distintos fines, lo que puede generar aislamiento de parte del investigador, y distancia respecto del docente y del estudiante, con los consiguientes impactos negativos tanto para la formación del alumnado, estancamiento del docente y pérdida de valor para la universidad, y la sociedad en su conjunto. Por ello el docente como intermediario del estudiante en cuanto futuro profesional, y del investigador en cuanto generador de innovación y conocimientos, se concibe como un eslabón de importancia central en la cadena de desarrollo de una sociedad.

La trascendencia de la universidad innovadora y generadora de conocimientos se ve claramente cuando se observa la complejidad de la sociedad actual en el que la investigación es absolutamente imprescindible para la garantía y para la seguridad de la existencia de la humanidad². Pero observada más de cerca la investigación, aparece vinculada a problemas concretos, tangibles y cotidianos, como bien puede ser la resolución de un problema de salud pública y la necesidad de recurrir a los centros de investigación universitarios públicos y privados, o bien la elaboración de políticas públicas de la naturaleza que sea, estudios estadísticos, prospectivas tecnológicas, elaboración de proyectos de ley, interpretación de un hecho social, entre tantos tipos de servicios que una universidad pueda prestar en el área.

Ha de tenerse en cuenta que la investigación “útil”, es aquella que se centra en la

2 F. HUND, *La universidad: ensayos de autocritica*, SUR, Buenos Aires, 1966, p.31.

resolución de problemas actuales como los mencionados, así como en la prevención de futuros conflictos de preferencia nacional y regional. Tal es la importancia de orientar las tareas del investigador mediante medidas de promoción, si bien respetando y fomentando sus preferencias y actitudes personales que lo califican. En tal sentido las leyes orgánicas que rigen las formas y contenidos de la universidad como institución, lo prevén expresamente cuando refieren entre otras tareas universitarias a las de “organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales”³, o de “impulsar y proteger la investigación científica (...) y contribuir al estudio de los problemas de interés general y propender a su comprensión pública”.⁴

Otros dos aspectos a destacar son, la formación de investigadores y la gestión de la investigación propiamente dicha. En los procesos de gestión de la investigación existen inúmeros temas que plantean problemas a la hora de su administración principalmente para las jerarquías académicas. Aquí mencionamos uno de ellos por su trascendencia, que es la llamada “ética de la investigación” y que se vincula a tan altos valores como la dignidad humana, teniendo en cuenta su relación –por una parte- con el uso creciente de la técnica y en particular de las nuevas tecnologías, y por otro lado con la evolución notable que han tenido los derechos humanos en las últimas décadas. La universidad no puede ni debe soslayar la discusión interna de estos aspectos que le caracterizan y son de absoluta actualidad.

En dicho caso, el docente cumple un rol fundamental en la educación en valores de futuros profesionales e investigadores, en temas ocasionalmente presentes en las universidades, a excepción de las cátedras de ética, bioética y o bioderecho, disciplinas que muchas veces son concebidas por el estudiante como de segundo orden o de poca utilidad para el desempeño de su formación; en conclusión una rareza curricular. El tema es de primer orden como todo lo concerniente a la formación en valores no solo de los estudiantes, sino de cada ciudadano. Este patrimonio en valores, constituye un diferencial de la universidad que representa ventajas sustanciales, frente a otros centros de investigación (públicos o privados), en el que estos contenidos se ven desplazados por distintas razones.

La cuestión no es menor, si se tiene en cuenta la tendencia social hacia crecientes reclamos de gobernanza en materia de gestión de riesgos tecnológicos y de algunos métodos de investigación utilizados y cuestionados por las implicancias con la dignidad humana. Además de las cátedras mencionadas, la universidad cuenta con un gran número de disciplinas capaces de contribuir con la formación en valores en el ámbito fundamentalmente de la formación humanística y social, pues como señala F. CERVIGÓN MARCOS⁵, es el humanismo el que permite al universitario captar la realidad, más allá de los límites de su especialidad.

En cuanto a aspectos materiales o económicos, el avance de la investigación universitaria requiere cada vez más de los apoyos financieros y alianzas estratégicas con el

3 Art. 1º de la Ley orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México. (D.O.F., de 06.01.1945)

4 Artículo 21 de la Ley Orgánica de la Universidad de la República, N° 12.549 de 16.10.1958. Publicada en el DO de 29.10.1958.

5 F. CERVIGÓN MARCOS, R. DE BALBIN BERMANN, E. PÉREZ OLIVARES, *Una visión de la Universidad*, UNIVERSIDAD MONTEÁVILA, Caracas, 2001, p.145.

sector público y privado. En particular el sector empresarial (privado) pauta gran parte de la innovación científica y tecnológica que requiere para su avance en los mercados y los centros de investigación universitarios se apoyan cada vez más en este tipo de modalidades, lo que representa una enorme ventaja tanto para la universidad como para la empresa y para el conjunto social. Sin embargo existen ciertas salvedades al respecto, pues si no somos capaces de entender el destino de la “sociedad del conocimiento” toda la innovación y el desarrollo logrados habrán sido en vano; por lo que orientarnos hacia la conducción de un futuro responsable requiere de la formulación permanente de interrogantes en el ámbito académico, teniendo siempre presente que el fin de la universidad es la búsqueda de la verdad.

La transición de la sociedad industrial a la del conocimiento no es lineal, y el cambio es complejo y profundo.⁶ Pueden atribuirse como parte de esos cambios una suerte de reordenación y de institucionalización de la investigación. Parte de esa reordenación se advierte a partir de la creación de los “sistemas nacionales de innovación”, perspectivas propias de los países desarrollados en que las universidades participan con una notoria centralidad en la producción de investigación, ciencia y tecnología e información, a través de “un sistema de flujos de interacción entre industria, gobierno y academia”, creando y transfiriendo conocimientos de valor económico, configurando una sociedad del conocimiento⁷, modelo que comienza a implementarse recientemente en Uruguay a través de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII) y de la adopción del Plan Estratégico Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (PENCTI)⁸

Es importante destacar que la participación creciente de la industria es una constante en estos procesos; en tal sentido datos de la OCDE muestran, que un 67% del total de la investigación es financiada por la industria del cual un 60% de las actividades responden a investigación y desarrollo (I&D).⁹

Observando estas cifras el escenario es alentador a pesar de lo cual surgen algunas interrogantes como decíamos, y en particular sobre el impacto de cuestiones éticas y de mercado. Entre otras cosas, cabe preguntarse: ¿Si a la altura de la evolución tecnológica que nos encontramos es suficiente contar con comités de ética, integrados por notables únicamente? ¿Acaso las implicancias de orden ético no conciernen a cuestiones de gobernanza, teniendo en cuenta que la investigación es un bien público, y con ello atañen a la sociedad en su conjunto? ¿Es capaz la universidad de anticiparse y de orientar las actividades de investigación con el fin de lograr resultados que satisfagan el interés general y resuelvan las diversas problemáticas sociales? ¿O bien la universidad se ve condicionada por las fuerzas del mercado, debiendo renunciar a buena parte de su libertad creadora?¹⁰ ¿Las condicionantes económicas y financieras de la investigación pueden

6 A. DIDRIKSON, *La universidad de la innovación. Una estrategia de transformación para la construcción de universidades de futuro*, UNESCO, Caracas, 2000, p. 21.

7 *Ibidem*, p. 22.

8 Decreto del Poder Ejecutivo de 25.02.2010, por el que se establecen entre otras cosas, los principios rectores, objetivos y áreas estratégicas prioritarias en ciencia, tecnología e innovación.

9 A. DIDRIKSON, *La universidad de la innovación. Una estrategia de transformación para la construcción de universidades de futuro*, cit., p.24.

10 En el concepto de A. LLANO, la fuerza o potencia de la universidad no procede ni de recursos económicos ni apoyos políticos y deriva de la capacidad de sus miembros, “de pensar con originalidad, con libertad, con energía creadora”, lo que por cierto requiere

estar poniendo en riesgo las condicionantes éticas del investigador y con ello el potencial creativo de la Universidad?

Las respuestas a éstas y tantas otras preguntas, deben poder ser formuladas por el docente en la tarea de formación de estudiantes y eventuales investigadores, y durante la formación del investigador en los cursos de los programas de doctorado. El uso del conocimiento, las implicancias de ese poder, y la responsabilidad que por ello le atañen al profesional no son materia de estudio y discusión únicamente en el aula de ética profesional, o en los colegios profesionales; su implicancia es mayor y lo es muy especialmente cuando el profesional asume tareas de I+D.¹¹

Pero sin perjuicio de las inversiones que puedan provenir del sector industrial, existen otro tipo de beneficios no menos importantes como las exoneraciones tributarias que también consisten en condicionamientos para el docente y el investigador; son aquéllos de que gozan las instituciones de enseñanza, que significan de modo indirecto apoyos del conjunto social, en el sentido que son dineros que el Estado deja de percibir pudiendo hacerlo para su redistribución en el cumplimiento de distintos servicios públicos. El sentido de dichas exoneraciones es justamente promover la prestación por parte del sector privado junto al ente autárquico de la enseñanza universitaria, de un servicio que de otra forma habría de prestarlo únicamente el Estado.

El hecho que el Estado promueva, ya sea mediante exoneración tributaria, donaciones u otro tipo de premios y medidas de fomento las actividades universitarias no sólo en el ámbito público aún en el privado, es una más de las razones para que el docente y el investigador, conjuguen sus esfuerzos a la hora de crear conocimientos y difundirlos a través de la formación de profesionales y mediante actividades de extensión, como respuesta lógica al Estado Democrático de Derecho. Lo contrario, significaría que tanto el docente, el investigador y el estudiante, detentan “una condición privilegiada, completamente antidemocrática” como acertadamente lo señaló J. C. WILLIMAN¹², haciendo referencia en dicha ocasión, al universitario pasivo de la universidad pública que desatiende toda obligación respecto del pueblo. Parte de lo que J. C. WILLIMAN calificó de “aristocracia universitaria”, se conforma por quienes habiendo accedido al privilegio de la formación universitaria en alto grado y teniendo los instrumentos para resolver los problemas nacionales, viven aislados en su mundo.

c) Medidas de la universidad para la promoción de la investigación y el desarrollo nacional.

Corresponde mencionar algunas medidas necesarias, teniendo como objetivo la promoción de la investigación universitaria, y en particular el rol del docente. En virtud de los conceptos expuestos tomamos como marco para la ordenación de dichas medidas, el modelo de políticas de la UNESCO basado en tres pilares: la pertinencia, calidad e

como dice el autor, de un ambiente favorable y de instrumentos materiales. (*Op.cit., Repensar la Universidad. La Universidad ante lo nuevo*, 1ª.Ed., EDICIONES INTERNACIONALES UNIVERSITARIAS, Madrid, 2003, p. 52).

11 Investigación más desarrollo inclusiva de investigación básica, aplicada y desarrollo experimental. (Sigla en español correspondiente a la nomenclatura en inglés R&D de: OECD, *Frascati Manual, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*, OECD PUBLICATION SERVICE, Paris, 2002, p.30).

12 J.C.WILLIMAN, *La Universidad, como institución de un Estado republicano*. Montevideo, MCMXXXVIII, pp.66.67.

internacionalización adoptadas en la Conferencia de 1998, y ratificadas en la Conferencia del año 2009, a lo que se suman designios, objetivos y deberes que a continuación recogemos, parcialmente.¹³

Según el último instrumento mencionado, ha de tenerse en cuenta la “responsabilidad social de la educación superior”, considerando que la educación superior es un bien público y en particular de responsabilidad de los Estados.

La educación superior y con ello los docentes e investigadores, según la Conferencia, tienen el deber de posibilitar la comprensión del mundo en el que vivimos lo que implica que dicho sector, debería asumir el “liderazgo social” como forma de contribuir en el entendimiento de la realidad polifacética con sus múltiples dimensiones (sociales, económicas, culturales, científicas). Para ello, tanto en las tareas de investigación, enseñanza y servicio a la comunidad es necesaria la formación de espacios interdisciplinarios para el cumplimiento de tales objetivos, en un contexto de autonomía institucional y libertad académica, con el fin de promover el pensamiento crítico, la ciudadanía activa, contribuyendo de esta forma con el desarrollo sostenible, la paz, el bienestar, la vigencia de los derechos humanos y la equidad de géneros, rescatando la formación en valores éticos y democráticos.

Los centros académicos deben atender los problemas actuales sociales (pertinencia) así como anticiparse a los futuros; en palabras de M. M. ROVIRA REICH: “Las cosas cambian, los tiempos traen nuevos problemas (...) Los universitarios han de enfrentar esos cambios y problemas, aportando respuestas y soluciones válidas que contribuyan al desarrollo y cultura de su época.”¹⁴ Esta pertinencia busca también que las instituciones contribuyan con el desarrollo de una sociedad más justa.¹⁵

Para el cumplimiento de estos objetivos es necesario además, garantizar la calidad de la enseñanza, por lo que es necesario el desarrollo de sistemas valorativos de dicha calidad entre otras cosas, y principalmente es necesario reconocer y mantener el capital humano docente e investigador calificado, talentoso y comprometido con su labor, como lo expresa la Conferencia.

Sin duda existe una distancia notoria entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo. Es clara la necesidad de estos últimos de contar con mayor financiamiento para actividades de investigación e innovación, por lo que se advierte sobre la importancia de conformar alianzas entre los sectores públicos y privados, sumado a la creación de esferas de investigación y docencia capaces de abordar la problemática social y sentar bases para la ciencia y la tecnología actuando a nivel local.

13 Sobre el modelo de educación UNESCO, corresponde referir a la Conferencia Mundial sobre Educación Superior (1998), y en particular la Conferencia Mundial sobre Educación Superior (2009) sobre la nueva dinámica de la educación superior y la investigación para el cambio social y el desarrollo (París 5-8, Julio).

14 M. M. ROVIRA REICH, “De profesor a profesor. Diálogo sobre la educación universitaria. UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, FACULTAD DE HUMANIDADES, Montevideo, 2007, p.85.

15 M. A. RODRIGUES DIAS, “Educação superior como bem público: tendências e dificuldades”, en *Educación Superior ¿bien público o bien de mercado? Los debates sobre la internacionalización desde los noventa a la actualidad*, (Editor: J.C PUGLIESE) MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA, SECRETARÍA DE POLÍTICAS UNIVERSITARIAS, Buenos Aires, 2005, pp. 103-133.

d) Conclusiones.

1) El desarrollo sustentable nacional y mundial requieren de una participación activa de la universidad en términos de investigación, formación y actividades en la sociedad en forma directa, ya sea individualmente o coparticipando con otras entidades públicas y privadas, y con la ciudadanía.

2) En este marco de actuación, el reconocimiento de valores éticos y la vigencia de los derechos humanos teniendo como eje la dignidad humana, son un imperativo para la universidad actual impostergable. En todo ello el rol del docente se ve extendido, ante los roles que tradicionalmente cumplía de transmisión de conocimientos y de formación profesional inherentes al modelo de la universidad clásica.

3) El desafío para el docente en estos tiempos, consiste en una permanente actualización de sus conocimientos a través de una estrecha vinculación con el investigador, una puesta a punto de sus conocimientos en el aula junto a los alumnos y una participación mayor en actividades de extensión que impliquen un retorno social.

4) La importancia de modelos de gestión universitarios que faciliten la participación de los investigadores y su comunicación con los docentes para el avance de cada uno en sus respectivos campos de trabajo, exige medidas de promoción externas de parte del Estado, además de profundos cambios internos de la universidad. Nos referimos al reconocimiento como expresa la Conferencia Mundial sobre Educación Superior (UNESCO /2009) de los docentes e investigadores destacados y comprometidos con el conocimiento en sus respectivas áreas, la premiación de sus méritos, las ayudas efectivas a la investigación para jóvenes investigadores, y la previsión de fondos de investigación periódicos para los investigadores consolidados, entre la creación de espacios interdisciplinarios en que sea posible congregar, docentes, investigadores y estudiantes, con el fin de promover, difundir y devolver a la sociedad el conocimiento para la resolución de la problemática local y el desarrollo nacional y mundial.

e) Referencias bibliográficas.

F. CERVIGÓN MARCOS, R. DE BALBIN BERMANN, E. PÉREZ OLIVARES, *Una visión de la Universidad*, UNIVERSIDAD MONTEÁVILA, Caracas, 2001.

A. DIDRIKSON, *La universidad de la innovación. Una estrategia de transformación para la construcción de universidades de futuro*", UNESCO, Caracas, 2000.

F. HUND, *La universidad: ensayos de autocrítica*, SUR, Buenos Aires, 1966.

A. LLANO, *Repensar la Universidad. La Universidad ante lo nuevo*, 1ª. Ed., EDICIONES INTERNACIONALES UNIVERSITARIAS, Madrid, 2003.

OECD, *Frascati Manual, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*, OECD PUBLICATION SERVICE, Paris, 2002.

M. A. RODRIGUES DIAS, "Educação superior como bem público: tendências e difi-

cultades”, em *Educación Superior ¿bien público o bien de mercado? Los debates sobre la internacionalización desde los noventa a la actualidad*”, (Editor: J. C PUGLIESE) MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA, SECRETARIA DE POLITICAS UNIVERSITARIAS, Buenos Aires, 2005.

M. M. ROVIRA REICH, *“De profesor a profesor. Diálogo sobre la educación universitaria*. UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, FACULTAD DE HUMANIDADES, Montevideo, 2007.

J. C. WILLIMAN, *La Universidad, como institución de un Estado republicano*. Montevideo, MCMXXXVIII.

¿POR QUÉ DERECHO ROMANO?¹

HAROLDO RAMÓN GAVERNET²

I

El interrogante, como seguramente les habrá ocurrido a muchos de los presentes, se nos ha formulado más de una vez.

Ya sea por otros abogados y docentes, como por el común de la gente que se entera de ésta nuestra persistente y común ocupación que nos acerca a quienes nos hemos dedicado a esta materia.

De hecho un taxista que me conducía a la Facultad en Montevideo, al enterarse que esa era la materia de mi actividad docente me hizo la pasada semana la inquisitiva pregunta: “Derecho Romano, ¿y por qué se estudia eso?”

Y lo reiterativo del interrogante termina, más tarde o más temprano, por motivar una auto reflexión.

Tal vez se nos formula mal, porque las dudas son más bien la consecuencia de una visión utilitarista, y lo que esconde es más un “¿para qué? que un por qué. Y también habría respuesta.

Habida cuenta del tema central de estas Jornadas, deberíamos empezar por analizar por qué Derecho.

El viejo dicho popular “Serás lo que debas ser y sino serás abogado”, pesa sobre nosotros como una suerte de estigma.

Como, además, de futbol y de derecho todos se sienten capaces de opinar, la cuestión se hace más densa. De ello a los motes de cuervos, leguleyos, y otros epítetos aún más duros, hay sólo un paso.

Y es posible que nosotros mismos contribuyamos a tal opinión.

Se que para muchos este metier es solamente una forma de ganarse el diario sustento, transformando el ejercicio profesional centrado en el objetivo, no por eso menos justificado, de cobrar honorarios o sueldos, lo que deviene por otra parte cada día más dificultoso, indiscutiblemente.

Y así parecería habérselo entendido incluso en nuestras casas de estudio, donde la

1 Conferencia dictada en el Instituto de Derecho Romano, del Colegio de Abogados de La Plata

2 Profesor Titular de Derecho Romano en las Universidades Nacionales de La Plata, del Noroeste de la Pcia de Bs. As., Católica de La Plata y Universidad de Montevideo (Rep. Oriental del Uruguay). Presidente Emérito y ex Presidente (por doble período) de la Asociación de Derecho Romano de Argentina.

insistencia en una formación marcadamente práctica de los egresados, se inclina ante el señalado criterio utilitarista.

Sin embargo creo, quiero creer, que la mayoría no hemos abrazado a la profesión de abogar solamente con tales móviles y motivaciones.

Sigo sintiendo aún después de los años, no exentos de desilusiones y sinsabores, que aún suenan en el interior del espíritu las voces que hablan de Justicia, de protección del débil, de la dulce y quijotesca quimera de contribuir en modesta medida a la construcción de un mundo mejor para hombres mejores.

Por eso Derecho, porque ésta sigue siendo, tengo para mi, la herramienta para que cada quien vea asegurada su vida, su libertad, sus afectos, su honra, sus bienes.

Nada más y nada menos que por eso. ¿Lírico, soñador, utópico?, tal vez; déjenme seguir con mis sueños. Dejen que siga encendido, aunque sea tenuemente, el fuego que me trajo a La Plata, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, a estudiar Derecho, calentando el corazón e iluminando la esperanza.

II

Y ahora si, por qué esta opción por el Derecho Romano.

Vivimos tiempos complejos, pero ¿cuando no han sido así para quienes tienen que vivirlos? Lo complejo para los hombres de derecho de hoy reside justamente en la concepción actual del Derecho.

Por empezar se acude a la Universidad a la búsqueda de un título, lo que de por sí no está nada mal, si no nos quedásemos solamente en eso. Hemos perdido la impronta de la búsqueda de la Verdad, del conocimiento que nos permita deslindar lo verdadero de lo falso, estamos inmersos en una atmósfera de relativismo, donde la opinión, la mera doxa, se impone frente lo que es propio de la Sabiduría. Y lo importante parece ser lo que nos conviene, lo que nos da satisfacción, nos es materialmente útil, aún a expensas de otros.

Esto se torna particularmente grave cuando se advierte que terminamos por aprender y enseñar un Derecho alejado de lo que ha de ser su razón y su objetivo: la Justicia.

Porque, como decía Heidegger, Derecho es humanidad y humanidad es derecho.

La alternativa al mal, a la guerra, al gobierno de la economía, es el derecho.

Ahora bien ¿cómo se nos presenta hoy el Derecho? Indudablemente, el sociologismo, el logicismo, el positivismo jurídico, cuando no la subordinación a la política, nos presentan un derecho que poco aporta a la solución de los problemas reales.

Las soluciones de la mediación y composición al momento de resolver los conflictos;

la exposición de los casos en los medios de comunicación de manera efectista y distorsionada, suelen derivar en una verdadera denegación y claudicación de la Justicia.

III

Ante estas realidades, en lo personal he encontrado en el Derecho Romano respuestas satisfactorias, remedios para restaurar la fuerza del Derecho, caminos para recorrer al encuentro de su verdadera dimensión. Por el podemos acudir a reparar el daño que un proyecto modernista ha provocado en el entendimiento del Derecho.

Como nos anticipaba mi maestro, el Dr. Alfredo Di Pietro, en un trabajo bajo el título "Res Publicae": *"Es que existe, y vaya con que fuerza y vitalidad, el "proyecto modernista" en el campo jurídico. Brevemente expresado, consistiría en que el hombre como "sujeto" pretende mediante el connubio "razón-voluntad" establecer las leyes --la "multitudo legum"-- que caracteriza los elefantiásicos sistemas normativos – llevar las "soluciones de justicia" al campo de la certeza y de la seguridad"*.

Frente a ello, creo es un desafío para los romanistas aportar, desde nuestra óptica, aquella visión que permita iluminar el análisis de tal situación actual en el Derecho.

La conciencia clara que estamos proponiendo una forma de entender el derecho, no del todo coincidente con algunas corrientes en boga, ha de conducir a plantearnos si alcanza con enseñar las instituciones jurídicas de los romanos.

Que el Derecho Romano otorga elementos fundamentales para entender los conceptos jurídicos y proporciona las fuentes del derecho vigente, no admite duda.

Ello sólo bastaría para justificar su enseñanza, para mantenerlo dentro de los planes de estudio, como elemento ineludible en la formación de los abogados.

Pero creo que hay una riqueza mayor, que de no advertirla dejaría fuera un aspecto trascendental.

Para que ello pueda transmitirse, no se puede obviar la correspondencia de nuestro derecho, con los valores, el pensamiento y la manera de entender al hombre y al mundo, propios de la Cultura Latina.

Seguramente este encuentro brinda el lugar y circunstancia apropiados para mostrar los aportes posibles y comunicar, cada uno desde el tema de exposición que eligiera, y en el marco pertinente, la opinión meditada que concurra a esclarecer el panorama jurídico.

IV

Es sabido que toda organización humana deriva siempre de una posición jurídica.

Así, toda empresa, toda acción, responde a una concepción del derecho de la que surge una estructura social, política, moral, religiosa.

A su vez esta postura jurídica responde a conceptos típicos de un estado de cultura; ya que si bien a la Historia la hacen los hombres, estos son producto de dicha concepción jurídica.

Tanto es así que, cuando aparecen hombres que provocan en la historia acciones de excepción, resultan ser no tanto exponentes de sus propias concepciones, cuanto realizadores de las concepciones más profundas de la realidad que les toca vivir.

Y esta realidad, al igual que ellos, es producto de la labor paciente de la historia que los precede. El pasado engendra el presente.

Como decía el poeta: *“cuando mires tu imagen en el espejo mágico evoca tu sombra de niño. Quien sabe del pasado sabe del porvenir”*. (Valle Inclán: *“La lámpara maravillosa”*).

Es que los hombres, y los pueblos son como son, y lo que son, porque fueron de otra manera. De allí que el riesgo mayor consiste en la amnesia de los arquetipos y su consecuencia: la pérdida del sentido de la identidad.

La reconstrucción del pasado nos acerca a lo importante: el perfeccionamiento de la armonía interior.

Los hombres de hoy resultan ejecutores, a veces magníficos, otras deplorables, de un estilo de vida, de un sistema jurídico, de una concepción religiosa, de una ideología civilizadora, que no crearon sino que en verdad los ha creado.

Jean d’Ormesson decía, a fines de los años ochenta en la Academia Francesa: *“El porvenir se nutre del pasado, es lo que se llama la tradición.”*

Y refiriéndose a la Academia mencionada, (que podríamos trasladar a nuestro Instituto) agregaba: “Si hay un lugar de nuestro universo convulsionado por el progreso de las técnicas y por el movimiento de los espíritus en que la tradición sobrevive con un esplendor sorprendente, es en éste señores que nos reúne hoy.”

“Frente al cambio, la novedad, el progreso portador de tantas amenazas al lado de tantas promesas, que podrían hacer del futuro algo sombrío, inquietante, tan cruel como el pasado o aún más, existe una esperanza para la Tradición. Pero con dos condiciones: que más allá de las tentaciones, del cansancio y de los compromisos, sepa permanecer fiel a sí misma, y que más allá de la rutina y de las mezquindades sepa abrirse a todo lo que hay en el tiempo que pasa y aspire a más verdad y más justicia.”

“El porvenir sin el pasado es ciego; el pasado sin el porvenir es estéril”

“No existe ningún proyecto que no sea primero fidelidad, y no hay un gran recuerdo que no sea al mismo tiempo una promesa.”

Me parece que estas reflexiones del académico francés pueden aplicársenos hoy a los aquí reunidos, y a los otros, que dispersos por la geografía extensa de nuestro país, comparten con nosotros la misma pasión por el Derecho Romano.

No es el nuestro un vacío interés por instituciones del pasado, ni la pretensión de eruditos en cosas arcanas ya perimidas. Nos reúne algo mucho más grandioso, más cercano a los sueños más felices, a la búsqueda de los más nobles anhelos.

Si miramos al pasado, no es porque miremos algo muerto o perimido. Decía Miguel Ángel: *“Dios ha dado una hermana al recuerdo y la llamó esperanza.”*

Buceamos en la Historia, para dar sentido al presente, para iluminar los caminos del futuro. Con la convicción de que el Hombre siempre es el mismo, en sus apetencias, en sus ilusiones, en su búsqueda de trascendencia, en su aspiración de Justicia.

V

Me parece que éste podría ser el marco para relacionar nuestro Derecho Civil y el Derecho Romano, reivindicando para nosotros lo que decía Ulpiano: *“Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la Justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y lo equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, buscando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también por la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente” (D. I, 1, 1.1).*

En la mentalidad moderna se ha venido haciendo carne la idea la identificación entre Derecho y Ley, entendiéndose por derecho lo **“recto legal”**.

Y sin embargo las leyes, los acuerdos, los contratos, los tratados, poco o nada dicen al hombre. Son los hechos, las epopeyas, las leyendas, las tradiciones y costumbres, y por qué no la poesía, las capaces de aportar a su vida certezas, seguridad, ambiciones y esperanzas.

Veamos brevemente como era la cuestión en el mundo romano. La *Lex*, está basada en el *imperium*, siendo consecuentemente lo propio de ella mandar. Así Modestino nos enseña: *“La fuerza (virtud) de la ley es ésta; mandar” (D. I; 3; 7)*. Es decir que termina siendo un acto de poder (*potestas*), de carácter volitivo.

El *Ius* que surge de la *Iurisprudencia*, se sostiene en la *auctoritas* de los Prudentes (Pomponio, D. I; 2; 2; 5), Y su carácter es puramente intelectual.

Es que justamente las **reglas del derecho surgen de las respuestas de los prudentes**, esto es de los *Iura*.

De ellos surgirán los principios jurídicos, las instituciones jurídicas. Develando, indicando lo justo. Así es el caso del Pretor que, ante la cuestión en litigio, deberá hallar la solución justa, fijándola en la fórmula.

Porque el *Ius certum*, devenido de la voluntad política, prescribiendo aquello que resulta útil, llevándolo a una zona de certeza necesitará, a pesar de tal condición, de la interpretación.

Refiriéndose a la Ley de las XII Tablas dirá **Pomponio** que, “*promulgadas ellas, según suele suceder, comenzó a requerir la interpretación que en la discusión en el foro fuese necesaria, apoyándose en la auctoritas de los prudentes*”.

Es más, al referirse al Derecho Honorario, expresa *la necesidad de su interpretación: “sin estar escrito consiste en la sola interpretación de los prudentes”*

Mientras que la ley expresa lo general, el *ius* se ocupa de la especie. Mientras en la ley hay un lenguaje imperativo genérico, el *ius* se expresa por los prudentes, tratando de dar una solución justa al caso específico.

“Ius in sola interpretatione consistit”

Es que justamente las **reglas del derecho surgen de las respuestas de los prudentes**, esto es de los *Iura*. De ellos emanarán los principios jurídicos, las instituciones jurídicas.

Recuperar para los abogados, en toda su dimensión, el valor de la Interpretatio a la manera de los juristas romanos, superadora de la rigidez del legalismo positivista, sería una manera de iluminar con la cálida luz del Derecho Romano las áridas tierras de la interpretación actual del Derecho, y también la manera de conexión entre Derecho Romano y Derecho Civil.

Pero eso merecería un mayor desarrollo, y ya los he aburrido suficientemente.-

CONTRATOS CON CONSUMIDORES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO¹

AIDA KEMELMAJER

Me propongo mostrarles los lineamientos generales del derecho de los contratos con consumidores en el Código Civil y Comercial argentino, sancionado en octubre de 2014, cuya entrada en vigencia operará, si el plazo no tiene modificaciones ulteriores, en enero de 2016.

Generalmente, me gusta empezar mis intervenciones con alguna frase motivadora. Para esta oportunidad, elegí una de Carbonnier, notable jurista francés del siglo XX, que dice: “legislar es un placer de calidad más exquisito que ordenar, ya no se trata de la vulgar orden que dirige el amo a su esclavo o el comandante al soldado, meros imperativos inmediatos y sin futuro; se trata de la ley, esta orden trazada en el espacio y en el tiempo al encuentro de la multitud anónima e invisible de las generaciones futuras”.

Esta magnífica frase del maestro Carbonnier impone tomar conciencia de la tremenda responsabilidad que se asume cuando se proyectan normas generales, aplicables a distintas situaciones, muchas de ellas no pensadas por quien legisla.

Frente a esta dificultad, entre otros aspectos, la comisión que integré conjuntamente con los Dres Lorenzetti y Highton, tuvo especial cuidado en el lenguaje utilizado. Se trató de escribir de modo claro, lineal, sencillo. El Código puede gustar o no gustar, pero se entiende. En general, en todos los artículos se verifica esta estructura gramatical: sujeto, verbo, predicado, escrito en tiempo presente. La razón de esta postura inicial es que, como dice Carbonnier, *la ley es una orden lanzada en el espacio*, y tiene que ser comprendida por sus destinatarios, o sea, por todos. Un Código Civil y de Comercio unificado está destinado a todas las personas; no es posible que su comprensión requiera tener un diccionario al lado, o un abogado al lado, todo el tiempo. El abogado no tiene por qué ser traductor porque la ley habla una lengua que no se entiende. Por eso, los abogados no desaparecen ni pretendamos su desaparición; muy por el contrario, van a tener el rol que deben tener: analizar las norma en el sistema, en el contexto, y explicar a su cliente, con el código en la mano, cuál es su situación, qué posibilidades tiene, etc.

Ese sistema, en el nuevo código civil y comercial, se integra con el Derecho Constitucional; en la Argentina, después del año 1994, esta frase significa también integrarse con los tratados de Derechos Humanos, ingresados en el llamado bloque de constitucionalidad. La necesidad de constitucionalizar el Derecho Privado se verificaba, de modo manifiesto, en materias como familia y responsabilidad civil, pero no es ajena a las otras partes del Derecho, entre ellas, el derecho de los contratos. En efecto, muchas cuestiones nuevas de la contratación se vinculan precisamente a nociones básicas del Derecho Constitucional como es, por ejemplo, la noción de igualdad. Así, la contratación con

¹ Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo el 28 de Agosto del 2014 Transcripta por el Dr. Aparicio Howard.

consumidores tiene por finalidad hacer efectiva la garantía de igual real, no meramente formal.

El código, bueno o malo, mejor o peor, con errores o sin ellos, se fue mostrando a medida que se iba haciendo; por eso, no le es atribuible aquella frase atribuida a Otto Von Bismark “Con las leyes pasa como con las salchichas; es mejor no ver cómo se hacen”. Todos podían conocer qué se estaba incorporando en el anteproyecto. Antes de su entrega al Poder Ejecutivo Nacional cientos de reuniones como ésta se hicieron dentro y fuera del país. Muchos errores fueron corregidos gracias a las observaciones que nos hacían en esas reuniones. Por supuesto, en diversas cuestiones, especialmente de índole ideológica, no hicimos marcha atrás, pero en muchas más, de tipo técnico o incluso de conveniencia práctica, sí lo hicimos. En otras palabras, si ha habido un proyecto en la Argentina que se ha discutido, que ha mostrado transparencia, es éste. Claro está, los integrantes de la comisión no nos hacemos responsables de los cambios operados en el Poder Ejecutivo Nacional, en la bicameral y en el senado, sin nuestra intervención.

Durante todo el período de gestación, y ahora después de su aprobación, hemos contado con otra verdad, expresada por otro grande del derecho francés, el maestro Ripert, quien decía que “resulta más fácil sustituir en las usinas material envejecido por máquina nueva, que sustituir un aparataje jurídico tradicional con el nuevo orden jurídico”. La gente de derecho, nos guste o no, queramos o no reconocerlo, somos personas conservadoras. Cambiar es muy difícil para nosotros. En la misma obra, Ripert relata que después de cuarenta años contados desde la sanción de la ley que estableció la igualdad jurídica de la mujer en Francia, los escribanos franceses seguían convocando al marido de la mujer para los actos para los cuales la ley vigente hacía cuadro décadas ya no lo exigía.

“Todo, todo cambia”, dice una hermosa canción que interpreta Mercedes Sosa. Nosotros también debemos adecuar nuestras normas, para que la gente pueda actuar conforme a derecho y no busque la salida, peligrosamente, en el camino de los hechos.

¿Cuál es el método que el Proyecto sigue en materia de contratos?

Este Código tiene, un título preliminar y seis libros (el Código actual en Argentina tiene cuatro).

Comparado con el del código de Vélez, se trata de un *título preliminar* “enriquecido”, porque se incorporan no solo los temas que todos los códigos civiles tienen en los títulos preliminares (cómo se cuentan los plazos, por ej.) sino principios generales, como la prohibición del abuso del derecho, de fraude a la ley, el principio de la buena fe, etc.

Esto es muy importante porque queda claro que se trata de principios que informan todo el código y, por lo tanto, no es necesario repetirlos en cada uno de los libros. Por ejemplo, en la Argentina, el abuso de derecho se incorporó expresamente en el año 1968, a través de la magnífica puesta al día llevada a cabo por el Dr. Guillermo Borda con la llamada ley 17711. Se introdujeron dos artículos: uno en materia de actos ilícitos (art. 1071 del CC) y otro en el área del dominio (art. 2514). El nuevo código no necesita de pluralidad. El art. 10 en el título preliminar dice: “La ley no ampara el ejercicio abusivo

de los derechos". ¿Qué derechos? Todos los derechos.

El Libro primero trata los sujetos, las personas; el código debe empezar por allí porque la persona es, como ha dicho la Corte Federal argentina en numerosos pronunciamientos, el eje central del ordenamiento jurídico. Además de los sujetos, el libro I regula el objeto, y el acto jurídico. En el código de Vélez, en cambio, el objeto aparece regulado en el libro IV, antes de los derechos reales; no es así como se estudia en la facultad. Por el contrario, el nuevo código sigue el esquema de la universidad: sujeto, objeto, relación jurídica. No se ignora que la regulación sistemática del acto jurídico no aparece en todos los códigos, pero en la Argentina, esta incorporación es tradicional, no se advierten problemas en su permanencia y, en cambio, no son siempre predecibles los inconvenientes que podría traer su eliminación.

En el Código de Vélez, las relaciones familiares se ubican en el libro primero. No obstante, el régimen patrimonial (la llamada sociedad conyugal) está en el libro tercero. Llama la atención esa ubicación, desde que ese régimen parece no dejar espacio alguno a la autonomía de la voluntad; por lo tanto, ubicar entre los contratos ese régimen de bienes único, legal, forzoso e inmodificable es, como mínimo, paradójico. El nuevo código civil y comercial, en cambio, regula las relaciones de familia (personales y patrimoniales) en el libro II. De este modo, las relaciones familiares, fundadas no solo en el matrimonio, tienen para sí un libro completo (el segundo).

El libro tercero, del que me ocuparé esta tarde, regula los derechos de crédito. El código mantiene el binarismo, desde que el libro cuarto regula los derechos reales.

Este libro tercero, como el resto de los libros, y como lo hizo Vélez, se divide en *títulos*, los títulos en *capítulos*, los capítulos en *secciones*.

El título primero regula la Teoría General de las Obligaciones, siguiendo, también, la tradición metodológica argentina. Este título normativiza las obligaciones en general, cómo nacen, cómo mueren, como se clasifican, etc.

El título *segundo* se refiere a la llamada "Teoría General del Contrato"

El título *tercero* incorpora los contratos de consumo

En treinta y un capítulos el título *cuarto* regula los contratos particulares (compraventa, donación, mandato, etcétera). Incorpora los contratos típicamente comerciales (leasing, factoraje, contrato de consignación, contratos bancarios, etc.) dado que este código unifica contratos civiles y comerciales.

Ahora bien, el título *segundo*, el que se refiere a la teoría general del contrato, se divide en *capítulos*.

El capítulo primero, relativo a las disposiciones generales incluye lo tradicional en todos los códigos: definición, integración, principios que lo rigen, etcétera.

El capítulo segundo tampoco innova demasiado al clasificar los contratos en unilate-

rales y bilaterales, onerosos y gratuitos, etc.

La novedad está en el capítulo tercero sección segunda, al tratar el tema del consentimiento. En efecto, la primera sección es casi el contrato napoleónico, por llamarlo de alguna manera; o sea, el contrato en el que las partes son iguales; contratan a través de una oferta y una aceptación, etcétera.

La sección segunda se aleja de esta formación tradicional y regula los contratos que no nacen de ese tipo de negociación, sino de adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Estos contratos no existen en el código civil argentino vigente y ésta es, en consecuencia, la gran novedad que se incorpora a la teoría general del contrato. Se distinguen, entonces, dos maneras de contratar: la primera, la tradicional, oferta y aceptación; la segunda, los contratos celebrados con cláusulas generales predispuestas, en las que el adherente puede o no ser consumidor; por ejemplo, una pequeña empresa uruguaya contrata un préstamo con un banco, o un seguro para los camiones que están afectados a esa empresa; normalmente, celebra ese contrato con cláusulas generales impuestas por la entidad bancaria o de seguros; si no quiere adherir a alguna de ellas, la única opción que le queda es “no contratar”; son los famosos contratos *take it or leave it*. Hay que ser consciente que este modo de contratación a través de cláusulas generales predispuestas no siempre es malo; por el contrario, en muchas ocasiones, hace posible la contratación, o la facilita de modo manifiesto. Piénsese, por ej., en el transporte público, y en cada pasajero discutiendo las modalidades de ejecución contractual. O sea, como regla, los contratos celebrados con cláusulas generales predispuestas son, simplemente, una modalidad de contratación. Sin embargo, no puede negarse que la imposición y la adhesión, normalmente implica una situación de inferioridad del adherente.

De allí que este código, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria, entiende que estos contratos pueden contener cláusulas abusivas, aunque el adherente no sea un consumidor. Por eso, el código regula expresamente este tipo de cláusulas. Así, el art. 988 dispone:

Cláusulas abusivas. *En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:*

- a) *las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;*
- b) *las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;*
- c) *las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*

El art. 989 completa:

Control judicial de las cláusulas abusivas. *La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.*

Estas disposiciones son muy importantes en países como los nuestros, en los que pe-

queñas empresas contratan con empresas más poderosas, nacionales e internacionales; en definitiva, es poner en claro que no todas las empresas son iguales.

Si se compara el artículo 988 con el art. 37 de la ley de protección de los consumidores argentina que regula las cláusulas abusivas, se advierte inmediatamente su total analogía.

La norma sobre el control judicial de las cláusulas es importante. Adviértase que muchos de estos contratos se realizan en formularios que controla la Administración; por ejemplo, en Argentina, la Superintendencia General de Seguros o el Banco Central. La jurisprudencia dominante en la Argentina (precisamente uno de los primeros casos que me tocó resolver siendo jueza de la Suprema Corte de Mendoza versaba sobre esta cuestión) entiende desde hace muchos años que esas cláusulas, aunque hayan sido autorizadas por la autoridad administrativa no tienen contenido normativo, no son una ley y, por lo tanto, pueden ser declaradas abusivas por los jueces. En otras palabras, el Poder Judicial es la última garantía que tiene el adherente para la posible revisión de estas cláusulas.

Debe recordarse que dentro de la clase media están los pequeños empresarios, muchas veces olvidados por la ley. Los europeos se acuerdan de ellos; tienen directivas muy importantes para la pequeña empresa; no es nuestro caso. El artículo 989 que he transcrito integra un grupo de normas en defensa de esta pequeña empresa, de esa clase media, que en la Argentina ha sido un importante factor de desarrollo económico.

El título cuarto, como he adelantado, regula los contratos en particular: compraventa, permuta, suministro, locación, mandato, leasing, transporte, consignación, corretaje, contratos bancarios, factoring, los celebrados en la bolsa o en el mercado, las cuentas corrientes, los contratos asociativos, la agencia, la cesión de derechos, la transacción, el contrato de arbitraje el de fideicomiso, etcétera.

En el título tercero aparecen los Contratos de Consumo.

¿Todo el derecho de los consumidores ha pasado al Título Tercero?

La discusión fue muy grande. Enviamos notas a los autores más prestigiosos del derecho del consumo en Argentina, consultándolos sobre la mejor metodología a seguir. Antes de recibir las respuestas estábamos seguros de una sola cosa: un código del siglo XXI no puede ignorar al consumidor. Adviértase que el código de Vélez no menciona esta palabra; no es una crítica; la palabra no podía figurar porque como es de conocimiento de cualquier persona, en aquella época, el contrato se visualizaba desde otra óptica.

Pues bien, como les adelanté, el código se enmarca dentro del proceso de constitucionalización del Derecho Privado. En la Argentina, los derechos del consumidor se incorporaron a la Constitución en 1994, a través de una importante reforma. Entonces, si los consumidores están en la Constitución, y el Código Civil y Comercial enmarca en el proceso de constitucionalización, está claro que la figura del consumidor no puede ser ignorada por el código civil y comercial.

Se decidió, pues, que aunque no se debía incorporar toda la ley de protección de los consumidores al código civil, que queda vigente, debía traerse al código el llamado el *núcleo duro* del derecho del consumo. La ley de protección de los consumidores se mantiene, al igual que el resto de las leyes, fruto del proceso de descodificación que configuran estatutos más o menos cerrados autosuficientes (por ej., ley de seguros, ley de concursos, etc). La ley de consumidores se mantiene vigente, pero propusimos algunas modificaciones a esa ley. Así, por ej., desde nuestra perspectiva, los daños punitivos están incorrectamente regulados en la ley, desde que, conforme el texto, se autorizaría a imponer este tipo de sanciones por el mero incumplimiento de la ley, a todos los sujetos de la cadena de comercialización, incluso a aquél a quien no puede atribuírsele ninguna conducta específicamente antijurídica. Un estudio serio del origen y posterior desarrollo de esta figura jurídica muestra de modo manifiesto que se imponen cuando se trata de incumplimientos que implican menosprecio grave de los derechos del consumidor y no meros incumplimientos. En la Argentina, por un lado, existe esta la fórmula excesivamente amplia del art. 52 bis, incorporado por la ley 26.361, vigente desde abril de 2008; afortunadamente, los jueces argentinos han sido muy prudentes en la aplicación. Por el otro, estas sanciones no están previstas en un área tan significativa como la defensa de los bienes colectivos, especialmente el ambiente, en la que se justifica plenamente que no sólo se obligue a reparar, a volver a la situación anterior, sino también que se sancione a quien, con grave menosprecio de esos derechos, genera daños al ambiente.

Lamentablemente, en el trámite legislativo, se eliminó del código civil la sanción pecuniaria disuasiva (daños punitivos) que se habían incorporado para el ataque con grave menosprecio de los bienes colectivos y se dejó inalterado el texto del art. 52 de la ley de consumidores.

Debo ahora insistir en las razones por las que el núcleo duro del derecho del consumo se incorporó al código. Como es sabido, en el derecho comparado hay varios modelos:

El primero es el que mantiene separadas ambas regulaciones; esto es por ejemplo lo que hace en Europa el Código italiano y el Código francés; los países parte del Mercosur también tienen leyes de consumidores separadas del Código Civil.

El criterio totalmente opuesto es incorporar al código civil y comercial todo el derecho del consumo. Este método tiene un serio inconveniente: la materia que afecta al derecho del consumo es muy cambiante, muy movable, porque también lo son las prácticas comerciales; un código civil tiende a una cierta estabilidad, incompatible con la necesidad de reformas permanentes.

Finalmente, otro criterio, el que sigue el código civil y comercial, es el del Código alemán, de Quebec del año 1991, de Holanda 1992, que es incluir en el código sólo el llamado "núcleo duro".

Por supuesto, hacer esta afirmación lleva a otra cuestión, cual es, en qué extensión.

Los fundamentos que acompañan al proyecto explican

“La extensión del objeto regulatorio plantea problemas en cuanto a las distinciones y al modo en que se presentan.

Una posibilidad consiste en regular el contrato discrecional y dedicar algunos artículos relativos a los efectos que consideren la temática de los vínculos de consumo. Esta perspectiva fue adoptada en el Proyecto de 1998, pero la evolución que ha experimentado la materia desde entonces impide este abordaje, ya que la amplitud de la definición de la relación de consumo existente hace que los contratos de consumo constituyan un ejemplo de la fragmentación del tipo general.

La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquéllos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes.

En razón de lo anterior, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia”.

En definitiva, este código tiene, por un lado, el contrato discrecional, por el otro, el contrato celebrado con condiciones generales predispuestas y, finalmente, el contrato con los consumidores”.

No hay obstáculos para que una ley especial establezca requisitos o una protección superior al consumidor; el código establece un piso mínimo de tutela. Esto le da coherencia al sistema, en el campo de la interpretación.

¿Cuál es esa protección mínima?

La doctrina francesa, por ej., dice que los fines básicos del derecho del consumo son: 1) mejorar las normas sobre consentimiento, o sea, todas las reglas sobre información, sobre reflexión y la posibilidad de dejar sin efectos ciertos contratos; 2) eliminar o disminuir los desequilibrios; 3) reforzar las obligaciones del profesional; y 4) desarrollar la idea de la pena privada.

Estas son, precisamente, las materias que abordó el Código Civil y Comercial, con la aclaración ya hecha respecto de los daños punitivos.

Para terminar, solamente quería señalar la importancia de las cláusulas abusivas y el control judicial respecto de esas cláusulas abusivas con relación al acceso a la justicia. No sé si en Uruguay ha tenido mucha difusión una sentencia del Tribunal de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, que quiero comentar con ustedes.

La cuestión planteada surge en plena crisis económica europea y la sentencia enmarca en ese contexto. Tengo mis dudas sobre qué hubiese decidido el tribunal en otro momento económico. De cualquier modo, se trata de un fallo muy importante en materia de cláusulas abusivas por limitar el acceso a la justicia. Angelo Luminoso, un autor italiano, dice que “El proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; más aún, el más alto y más crítico, dado que la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *“última playa”*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un fracaso del derecho sustancial”.

En el caso se discutía la interpretación de una directiva de la Unión Europea relativa a los contratos celebrados con consumidores. Los hechos eran los siguientes: En el año 2007, un señor que era un marroquí y trabajaba en España celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con un banco de España. El inmueble hipotecado era la vivienda familiar de este pobre inmigrante, que era propietario desde el año 2003. El capital que el banco le había prestado era de 138.000 euros y debía amortizarlo en 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. La cláusula sexta del contrato establecía intereses por demora a una tasa de interés del 18% anual, devengables automáticamente respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de ningún tipo de reclamación, etcétera. El contrato también facultaba al banco a declarar exigible la totalidad del préstamo si el deudor no cumplía una cuota. La cláusula quinta del contrato preveía la facultad del banco de interponer una ejecución hipotecaria a cuyo fin debía acompañar una liquidación y un certificado en el que contase la cantidad exigida.

Este inmigrante abonó las cuotas mensuales durante más de un año, pero en determinado momento dejó de pagar. En octubre de 2008, un notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.000 euros. O sea, más de lo que se le había prestado, no obstante que había estado pagando un año. El banco inició una ejecución ante el Juzgado de la ciudad de Martorell. El demandado no compareció a ese juicio. Se ordenó la

subasta, no hubo postores por la crisis económica; consecuentemente, de conformidad al código procesal español, el juzgado autorizó la adjudicación al actor por el 50% de su valor y señaló una fecha para entregar la posesión al adjudicatario, salvo que otro pague. El 20 de enero de 2011 debía entregarse la posesión al banco. El 11 de enero de 2011, el deudor no se presentó ante el Juzgado de la ciudad de Martorell que era donde se había iniciado la ejecución hipotecaria, sino ante el Juzgado de Barcelona y a ese juez le solicitó la nulidad de la cláusula 15, que le permitía al banco hacer su propia liquidación por ser abusiva. Sobre la base de la nulidad de esa cláusula, pide la nulidad de todo el procedimiento de ejecución, que ha tenido base en una cláusula nula.

El juzgado de Barcelona suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo, si una legislación como la española, que no me permite en la ejecución plantear como defensa la abusividad de esa cláusula, contraría la directiva de la unión europea que protege a los consumidores.

El Tribunal de la Unión Europea respondió que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. La Directiva debe interpretarse, entonces, en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

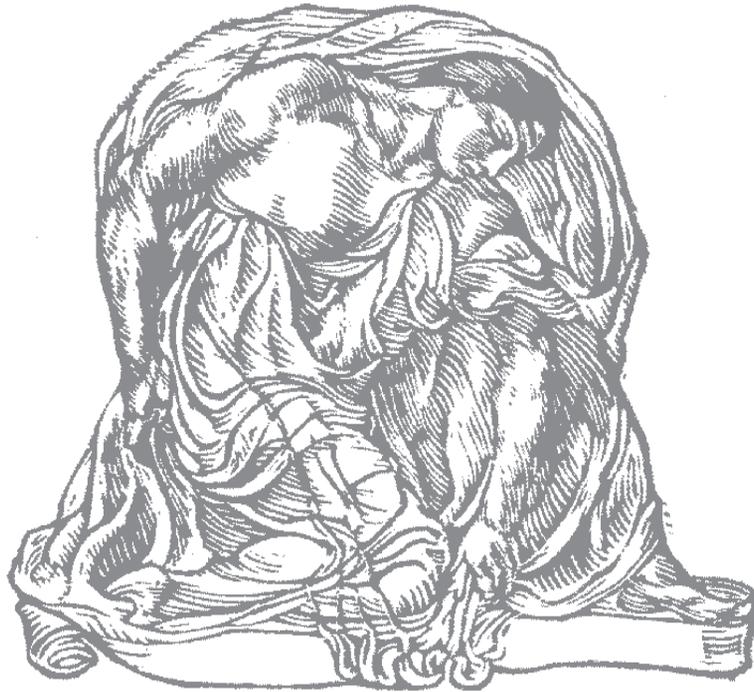
El tribunal también señaló la importancia que adquiere en estos casos, el hecho de que el bien gravado con hipoteca sea la vivienda familiar.

En la Argentina un plenario de la Cámara Nacional de Comercio ha decidido una cuestión de competencia en la misma línea protectora de los derechos de los consumidores. La situación es la siguiente: una persona individual libra un pagaré a favor de un banco o una compañía aseguradora, u otra persona jurídica de ese tipo. El individuo vive en Jujuy o en Tierra del Fuego, y se ha pactado que la ejecución sea en Buenos Aires, lugar donde tiene la acreedora tiene su sede, su cuerpo de abogados etc... Se trata de una ciudad ubicada a más de mil quinientos kilómetros del lugar del domicilio del deudor. Esas cláusulas perjudican en forma manifiesta el acceso a la justicia. Claro está, si prevalece la regla de la abstracción cambiaria, la cláusula no podrá discutirse. Sin embargo, la ley de protección de los consumidores es de orden público, por lo que debería poder oponerla aún en este tipo de procesos.

El 29/6/2011 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo plenario, decidió que el juez puede, de oficio, declarar su incompetencia; o sea, que prevalece la

protección del consumidor por sobre la abstracción cambiaria. El líder esta posición fue el camarista Pablo Heredia, que con un realismo extraordinario movilizó a la mayoría. En el fondo, el argumento es este: el derecho del consumidor no puede extinguirse por el solo hecho de librar un pagaré. El principio de la “abstracción cambiaria” tiene exclusivo fundamento en el derecho común. La “abstracción cambiaria”, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma.

Quizás, esta decisión plenaria (obviamente, existieron votos en minoría) sea, en este último tiempo, uno de los paradigmas del movimiento de constitucionalización del derecho privado, consagrado expresamente en el nuevo código civil y comercial argentino



JURISPRUDENCIA COMENTADA

MADALENA, Santiago

Validez de la novación in peius en el Derecho del Trabajo

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio –

ALONSO MASSA, Diego Luis

Análisis del fallo “BG Group plc v. Republic of Argentina” dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: ¿todos los caminos conducen a Roma?

VALIDEZ DE LA NOVACIÓN *IN PEIUS* EN EL DERECHO DEL TRABAJO

SENTENCIAS N° 34/2014 DEL JUZGADO LETRADO DEL TRABAJO DE LA CAPITAL DE 19° TURNO Y N° 294/2014 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 1° TURNO

SANTIAGO MADALENA

1) El caso

El caso tratado por las sentencias analizadas tuvo por objeto principal la determinación de la validez de una novación de contrato de trabajo por medio de la cual se redujo el salario de un empleado.

El actor era el gerente general de una empresa con la cual en el año 2010, celebró un acuerdo de novación de su contrato de trabajo, que tuvo como motivo la difícil situación económica que atravesaba la empleadora y el hecho de que el salario del actor resultaba demasiado elevado para la relación entre costos e ingresos que poseía la misma.

El acuerdo novatorio lo celebró el actor asistido por un abogado (que en el caso además resultaba ser familiar directo suyo) y como consecuencia del mismo se le abonó una indemnización por “despido parcial” considerando el salario que dejó de percibir como consecuencia de la novación.

Existieron otros elementos particulares a los cuales las sentencias les otorgaron particular relevancia a la hora de analizar la validez del acuerdo novatorio, como ser el hecho de que el propio trabajador, antes de su novación, había informado a los accionistas de la empresa acerca del procedimiento novatorio bajo la ley laboral uruguaya, el cual se había aplicado previamente a otros empleados de la empresa.

Por Sentencia N° 34/2014 dictada por el Juez Letrado del Trabajo de Montevideo de 19° Turno, se desestimó en todos sus términos la demanda. El empleado apeló la sentencia, agravándose principalmente en el hecho de que la misma habría ignorado el principio de ajenidad de los riesgos económicos, indicando que en base a este principio la mejor o peor situación de la empresa constituye un hecho irrelevante a la hora de determinar la validez de la novación. Sin embargo, la Sentencia N° 294/2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno confirmó en todos sus términos la sentencia de primera instancia, otorgándole relevancia a la situación económica de la empresa y además concluyendo que el consentimiento del actor no se encontró viciado y que la novación resultó totalmente válida.

2) Contexto doctrinario

Antes de ingresar en el fondo del tema, entendemos necesario hacer una brevísima reseña acerca de las posiciones doctrinarias respecto de la novación del contrato de trabajo en nuestro país.

Con total claridad explicaba Pla Rodríguez que la novación es válida siempre que “*exista el animus novandi, es decir la intención y el propósito de cambiar un contrato por otro. Y, sobre todo, que quede bien de manifiesto la libre voluntad del trabajador*”¹.

Indicaba respecto de la novación objetiva, que la misma implica una modificación fundamental del contrato de trabajo que resulta de común acuerdo entre las partes, las cuales permanecen incambiadas. Excepcionalmente -agregaba- puede existir una modificación para empeorar la situación del trabajador, en el caso de que el mismo posea interés a modo de ejemplo en cambiar un empleo que le requiere la jornada entera por otro que solo exige media jornada o sustituir una categoría mejor remunerada por otra que le demanda un esfuerzo menos exigente pero con un menor salario.

Por lo que ya esbozaba dos ideas fundamentales: la primera, la validez de la novación como instituto aplicable a la materia laboral incluso cuando implica una modificación para empeorar la situación del trabajador (novación *in peius*); la segunda, un recelo necesario e ineludible cuando se trata de analizar la libre voluntad del empleado. No se trata entonces de anular la expresión de voluntad del trabajador, sino de asegurarse que el *animus novandi* sea cierto y pueda acreditarse. En este sentido, Pla Rodríguez tampoco exigía expresamente que la propuesta novatoria venga de parte del trabajador, sino simplemente que su voluntad (ya sea como proponente, ya sea como aceptante de una propuesta novatoria) sea libre.

Más modernamente esta posición acerca de la validez de la novación en materia laboral fue sostenida por Ameglio y Slinger. Los autores se pronunciaron específicamente sobre la novación que permite una rebaja del salario. En este sentido indicaron que el empleador no puede en forma unilateral imponer una reducción del salario al empleado, incluso mediante el pago de un despido parcial, por cuanto ello excede los límites del *jus variandi*. Sin embargo, la situación es diferente cuando se trata de una propuesta realizada por el empleador al trabajador y aceptada por este último. Solo en este caso estamos ante un verdadero acuerdo novatorio, válido, mediante el cual se extingue una obligación anterior por otra nueva y diferente.

En estos casos -indican- “*es importante establecer en forma expresa que, de no admitir éste la propuesta, se genera automáticamente el derecho al cobro de la indemnización por despido*”².

Coincidentemente, Castello ha indicado que en materia del contrato de trabajo, debe reconocerse un margen para el gobierno de los propios intereses individuales, reconociendo que dicho margen debe ser estrecho siendo que la relación entre empleador y

1 Pla Rodríguez, Américo. Curso de derecho laboral tomo II vol. I, p. 198. Ed. Idea Montevideo, 1987.

2 Ameglio, Eduardo J; Slinger, Leonardo. Las variaciones del contrato de trabajo en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay N° 1, 2000, pp. 147 y ss.

trabajador en principio no es paritaria. En su opinión deben cumplirse los siguientes requisitos: examinar el interés que pueda tener el trabajador en modificar un derecho y sustituirlo por otro; investigar cuál es la nueva situación del trabajador, determinando si la eventual desmejora económica puede significar una mejora en otros aspectos de su posición; encontrarse una justificación adecuada o motivo de la modificación, ya que tratándose de un hecho anormal solo puede fundarse “*en una razón seria y fundada*”; y finalmente debe analizarse si el consentimiento del empleado es libre voluntario. Agrega que en caso de que la iniciativa novatoria provenga del empleador y no del trabajador, la posibilidad de que exista una novación válida es “*más excepcional (aunque no imposible)*”³.

En la posición contraria a su admisión, Grzetich planteó el asunto desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones en el ordenamiento jurídico, aclarando que la misma no tiene la misma vigencia que en el derecho civil. En consecuencia, las normas contractuales no pueden ser disminuidas por el empleador, ni renunciadas por el trabajador. Concluye “*Eso lo sabía el empleador, o al menos debía saberlo, al momento de ofrecer su alternativa al trabajador. Ofrecía una alternativa imposible, porque iba contra el orden público laboral*”, refiriéndose a un caso en el cual ante un cambio de empleador, se le ofrecía al empleado egresar cobrando la indemnización por despido y los créditos correspondientes, o continuar trabajando pero en este caso su antigüedad se reconocía únicamente respecto de su indemnización por despido⁴.

A su vez, existen otras discusiones acerca de aspectos concretos de la novación de contrato en materia laboral, como lo son la posibilidad de pactar una novación *in peius* sin establecer una contraprestación para el empleado diferente del mantenimiento de la fuente de trabajo, o la posibilidad de que se configure una novación tácita, aspectos que no fueron objeto de las sentencias aquí analizadas por lo que no nos detendremos en ellas⁵.

3) Contexto jurisprudencial

Desde el punto de vista jurisprudencial, la justicia del trabajo en los últimos años se ha mostrado más abierta a aceptar novaciones de contrato de trabajo *in peius*.

A modo de ejemplo, a Suprema Corte de Justicia por Sentencia N° 191/2006 indicó “*resulta claro que invocando causas objetivamente válidas, el patrón puede plantearle a su empleado la opción de modificar la relación laboral o poner fin a la vinculación abonando la indemnización legal correspondiente, y es lícito que el trabajador opte por mantener su fuente de trabajo (pues ante la facultad rescisoria del empleador, no tenía un derecho cierto que le garantizara estabilidad absoluta) modificando el régimen de contratación, pues negarle el derecho a optar, implicaría -en el caso- condenarlo a perder su fuente laboral, lo que no parece ajustado al principio de razonabilidad (v. Pla Rodríguez, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ed. De Palma, 1998, págs. 364/366)*”.

3 Castillo, Alejandro. ¿Es lícita la novación en el Derecho del Trabajo? en CADE Profesionales y Empresas, Tomo XII Septiembre 2011 pp. 51-55.

4 Grzetich, Antonio. La novación, el silencio del trabajador y la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo en RDL N° 196 pp. 796-801.

5 Existieron varias ponencias sobre estos aspectos en las XII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2000)

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno recientemente ha sostenido “*el contexto histórico en el cual se realizó el acuerdo novatorio evidencia que ambas partes obtuvieron ciertas ventajas en el mismo: la demandada pudo disminuir gastos ante los requerimientos impuestos por la crisis económico financiera instaurada y el actor (así como el resto de la plantilla de trabajadores locales) mantuvo su principal fuente de ingresos, a pesar de que la grave crisis que sufrió el Estado Argentino -y la región- en esas épocas había afectado muy especialmente la estabilidad laboral de los empleados de la demandada*”. (Sent. 416/2013 29.10.2013 BJN).

A su vez el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno se pronunció a favor de la novación del contrato del trabajo, en particular respecto de la modificación de un elemento esencial del mismo como lo es la moneda de pago del salario: “*la pesificación acordada es válida por no haber significado rebaja salarial configurándose novación contractual.- Negocio jurídico que contó con la total conformidad del trabajador sin que se demostrara que estuviera viciado en modo alguno en el consentimiento otorgado*” (Sent. 332/2013 23.10.2013 BJN).

Finalmente, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno entendió “*El salario es intangible y su modificación “in pejus” viola dicho límite y genera el derecho de resistencia del trabajador que puede utilizarlo de inmediato o tolerar la situación un tiempo intentando que varíe y de no ser así considerarse indirectamente despedido a posteriori. Correspondiendo en cada caso el análisis concreto de la situación. Diversa es la situación que con el acuerdo de todas las partes ante una crisis económica se acuerdan estas situaciones a efectos de mantener la fuente laboral, acuerdo que no surge de autos. Si el trabajador no estaba de acuerdo, el empleador tenía la facultad de prescindir del actor, pero abonando la indemnización por despido legal en forma*” (Sent. 80/2013 3.4.2013 BJN).

4) Elementos valorados para determinar la validez del acuerdo

Creemos que las sentencias, sin mencionarlo en forma expresa, siguieron la postura de Pla Rodríguez: la novación *in peius* del contrato de trabajo es válida, siempre y cuando quede demostrado el libre *animus novandi* del trabajador.

De esta forma, a nuestro entender, no existe un elenco taxativo de requisitos que deba cumplir la novación para poseer validez. Por el contrario, en cada caso concreto pueden existir diversos elementos o indicios que permitan acreditar el libre consentimiento del trabajador y todos ellos pueden ser válidos, siempre y cuando analizados en su conjunto hagan pasible esa conclusión.

A continuación repasaremos brevemente los puntos considerados por las sentencias analizadas para otorgar validez al acuerdo novatorio que dio origen al litigio

a) Relevancia del principio de ajenidad de los riesgos

Uno de los aspectos más interesantes de las Sentencias radicó en el planteo de que el principio de la ajenidad de los riesgos, excluía la posibilidad de que la situación económica de la empresa pueda haber constituido una causa válida para justificar la novación *in peius* celebrada.

Al explicar el alcance de la ajenidad, Rivas indica estudiando la doctrina extranjera que se trata de la manifestación del desencuentro de clase respecto de quienes poseen el capital necesario para promover la iniciativa económica y quienes únicamente disponen de sus propias energías laborales. Esto implica que el riesgo relacionado a la variabilidad económica, concerniente a la productividad de la organización del trabajo está a cargo del empleador, sin importar el costo que deba asumir para obtenerlo ⁶.

Siendo éste el principio, cabe preguntarse entonces ¿la situación económica del empleador puede ser un elemento relevante a la hora de decidir acerca de la validez o invalidez de una modificación o novación del contrato de trabajo?

El punto fue tratado específicamente por el Tribunal, quien expresó: “...la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”, agregando “De manera entonces que si bien en principio la situación económica de la empresa no podía redundar en su perjuicio, ello no significa que tenga que ser un hecho descartable, que no deba tenerse en cuenta en tanto fue el entorno en el que se gestó la novación, justificándola y validándola.

Tampoco se entiende de recibo el argumento de fs. 551 vta. de que el motivo indisimulable de la empresa era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto, por cuanto por lo que viene de señalarse, no se trató de una actitud discriminatoria de la empleadora, sino que la rebaja salarial también se había producido anteriormente con el Encargado de operaciones Sr. M. P., además que se envió a casi todo el personal al seguro de paro, y al despido de éste a tal punto que al momento de la finalización de la relación laboral entre el actor y C. S.A. aquel era el único empleado que quedaba en la empresa en Uruguay”.

Es claro entonces el planteo realizado en relación a la incidencia que puede tener el principio de ajenidad de los riesgos: el mismo no puede justificar que el empleador evada la normativa laboral pero sí configura un aspecto atendible a la hora de explicar el comportamiento del empleador y su adecuación a los riesgos económicos: “si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”.

De esta forma, la novación es válida cuando tiene un motivo justificante, el cual puede provenir del empleador (como en el caso analizado) pero también del trabajador (por ejemplo cuando por un motivo personal cualquiera tiene la intención de reducir su horario o categoría y consecuentemente su salario).

Las sentencias confirmaron que la situación económica de la empresa es un motivo válido para justificar una novación. Y lo particular del caso, es que ni siquiera se trataba de una situación coyuntural de la economía en general, sino que la empresa

⁶ Rivas, Daniel. La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo, pp. 45-46. FCU. Montevideo, 1995.

en particular no estaba teniendo buenos resultados. Pero este motivo no invalida el razonamiento anterior.

Finalmente, también resulta relevante que las sentencias legitimaron la iniciativa del empleador en materia novatoria, siempre y cuando exista una causa válida. En este caso lo fue la necesidad de reducir costos por parte de la empresa, pero también creemos que puede serlo otros motivos, como la reorganización de los puestos de trabajo (que implique por ejemplo suprimir determinadas categorías laborales). Fuera del plano jurídico, y considerando la utilidad del instituto, la posibilidad de pactar una novación, termina siendo un elemento de gran beneficio tanto para el trabajador como para el empleador, ya que de lo contrario al empleador no le quedaría en muchas oportunidades otra alternativa que despedir al empleado.

b) El análisis del consentimiento del trabajador

En el caso estudiado, el trabajador planteó entre sus agravios contra la sentencia de primera instancia, que ante el temor de su posible pérdida del empleo, celebró el acuerdo novatorio con su consentimiento viciado.

Resulta interesante lo expresado por la sentencia de primera instancia, en cuanto a que si bien el temor por la pérdida del empleo efectivamente condiciona o puede condicionar la celebración de un acuerdo novatorio, ello no implica un elemento que quite validez a la novación. Ello porque en todo caso, el despido con pago de la indemnización constituye un derecho del empleador de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico: *“Si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador”*.

Incluso la sentencia considera elementos de la realidad para -en el caso concreto- reducir la posible influencia que haya podido presentar el temor a la pérdida del empleo: *“Además, nuestro país en los últimos años presenta una tasa de desempleo baja, más respecto de personas calificadas o con título universitario, por lo cual la pérdida del trabajo, ante la perspectiva de poder obtener uno nuevo, no tiene porqué ser un factor determinante de aceptar una novación in peius”*.

Creemos que este razonamiento también es correcto y que además constituye una buena práctica en las sentencias laborales. Esto es, considerar la situación particular de cada empleado y evitar los razonamientos apriorísticos.

c) La existencia de negociación

Las sentencias también otorgaron relevancia al hecho de que la novación haya surgido luego de un proceso de negociación entre el trabajador y el empleador: *“Esa negociación pone de manifiesto, no solo que no hubo imposición, sino que la posibilidad de perder el trabajo no llegaba a constreñir totalmente la voluntad del actor, pues en tal caso se hubiera limitado a aceptar los términos de la reducción establecida por la empresa”*.

Nuevamente se evitaron razonamientos apriorísticos y se otorgó validez al hecho de que empleador y trabajador discutan sobre los términos de la relación de trabajo, lo que determinó que las partes se hicieron concesiones como fruto de la negociación.

Esto ocurrió a modo de ejemplo con la moneda de pago del salario que se estableció en la novación: *“Véase que en la versión de contrato de diciembre de 2009 no existe la previsión de cambio a pesos (fs. 232), que si aparece en la versión de marzo de 2010 (fs. 241). Es decir, es el actor el que propone en su favor, y la empresa acepta, que la moneda de pago de salario se cambie de dólares a pesos”* (primera instancia) e incluso con el propio porcentaje de reducción salarial establecido en la novación: *“Si, se manejaron valores intermedios entre los 40 y 60 %, ellos empezaron con una reducción del 60%, mi planteo fue del 20%, el último número planteado por ellos fue el 50%, inamovible, después quedamos en una negociación de 50-30, hasta que yo planteo hacer un 40% y terminar el tema porque si no el otro camino era el despido”*.

En definitiva, se trata de un elemento que puede encontrarse o no en una novación y su ausencia de por sí no determina la invalidez de la misma. Pero resulta un elemento útil desde el punto de vista probatorio, para acreditar el libre *animus novandi* del trabajador, que es en nuestra opinión el elemento fundamental que le otorga validez al instituto.

d) Asistencia letrada y pago de indemnización por despido parcial

En el caso concreto, el actor contó con asistencia letrada a la hora de celebrar la novación de su contrato de trabajo. La particularidad del caso radicaba en que incluso el asesor del trabajador era familiar directo suyo.

Como decíamos anteriormente, el análisis del acuerdo novatorio debe hacerse sobre la base de la libre voluntad del empleado. La asistencia letrada, si bien entendemos que tampoco configura un requisito de validez de la novación, sí constituye un elemento que coadyuva a demostrar el libre consentimiento.

A su vez, el trabajador recibió una indemnización por despido parcial, esto es, una compensación que fue calculada en forma similar a la indemnización por despido común, pero tomando como base la reducción salarial sufrida por el trabajador. Este fue otro elemento considerado por las sentencias para otorgarle validez a la novación, aclarándose en la sentencia de segunda instancia que: *“la novación aunque sea peyorativa no siempre es ilícita, lo es cuando encierra o encubre simplemente una renuncia pero, como en el caso, no hubo tal renuncia por cuanto el actor cobró incluso la indemnización por despido parcial, que puso fin a la relación de trabajo anterior, no puede sostenerse que se trató solamente de una renuncia”*.

e) El conocimiento por parte del empleado del mecanismo de la novación

Continuando con la idea de que la prueba del libre *animus novandi* del empleado constituye el elemento fundamental para sostener la validez de la novación, existió otro elemento que las sentencias consideraron como relevante a la hora de analizar el acuerdo: el conocimiento del trabajador acerca del mecanismo novatorio.

Así sostuvo la sentencia de primera instancia: *“Finalmente, no puede desconocerse que el actor informó en su momento a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede “realizar una reducción legal” del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato (traducción a fs. 146/v de correo electrónico de fecha 1° de julio de 2009). Por tanto, este acto propio, emanado del gerente general de la empresa que informa a sus superiores en el exterior, resulta también relevante, a la hora de considerar la novación suscripta por el actor, ya que este contrato se corresponde con lo que oportunamente él comunicó”*.

Entendemos que esto demuestra que en cada caso pueden surgir elementos de hecho muy distintos, cuyo análisis corresponderá a la justicia, a la hora de determinar el libre consentimiento del empleado en la celebración de la novación. Todos estos indicios serán los que el tribunal deberá analizar en forma conjunta, para determinar si en una novación *in peius* el consentimiento del trabajador fue libre o no.

5) Novación y pretensión por despido abusivo

En el presente caso, el actor reclamaba adicionalmente una indemnización por despido abusivo, basado en dos argumentos: el hecho mismo de la novación del contrato (en tanto la misma habría configurado un engaño) y un correo electrónico con contenido pretendidamente ofensivo.

En cuanto al primer fundamento, la consideración acerca de que la novación celebrada fue válida permite descartarlo como motivo de condena de un despido abusivo. En efecto, siendo que quedó acreditado el libre consentimiento del empleado en la celebración de la novación, de ninguna manera podría sostenerse que la misma provocó un posterior despido abusivo del trabajador.

Finalmente, y si bien excede al punto de la novación, resulta interesante considerar brevemente el segundo argumento sostenido por el actor para reclamar la indemnización por despido abusivo, y la consideración realizada por las sentencias: un acto posterior al despido no puede teñir al mismo de abusivo. En efecto, si bien se trata de una afirmación que parece lógica en cuanto a su cometido, podría generar alguna duda en lo que es el despido abusivo “en cuanto a su forma”.

Como explica Cristina Mangarelli respecto de la jurisprudencia en materia de despido abusivo: *“...el concepto que ha elaborado la justicia laboral refiere a la ilicitud: en los motivos del despido (motivación antijurídica), en la finalidad (desproporcionada y conducente a causar un daño gratuito) o en la forma (denigrante o lesiva para la dignidad y honor del empleado)”*⁷.

Y en relación al correo electrónico referido por el actor como motivante del despido abusivo, sostuvo la sentencia de primera instancia: *“es posterior al egreso (31 de mayo de 2012) por lo cual no puede tener incidencia en la calificación del despido”*; y en segunda instancia *“Pero además es muy claro que el contenido de ese correo electrónico nunca pudo hacer que el despido fuera abusivo por la sencilla razón de que ese correo se envió con fecha 5 de junio de 2012 (fs. 71) en tanto que el despido ya se había producido el día 31 de mayo de 2012 (fs. 95 vta.), o sea que el mail fue posterior al despido por lo que en modo alguno puede servir para alegar la*

⁷ Mangarelli, Cristina. Revista de Derecho Laboral, N° 180, Oct. – Dic. 1995. p. 806.

abusividad de aquel”.

En definitiva en aplicación del razonamiento de las sentencias, ante la pregunta de ¿qué sucede cuando existe un acto que pueda calificarse como lesivo contra el trabajador pero que es posterior a su egreso? la respuesta es que dicho acto no puede teñir de abusivo a un despido.

Obviamente se trata de actos que pueden generar la responsabilidad civil del ofensor frente al ex empleado, siempre que se configuren los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Ello en tanto al haber finalizado la relación laboral, ya estaremos fuera de las obligaciones derivadas del contrato o de la relación de trabajo.

SENTENCIAS

JUZGADO LETRADO DE TRABAJO DE LA CAPITAL DE 19º TURNO

Sentencia N° 34.

Montevideo, 20 de junio de 2014.

VISTOS.

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: “AA c/ BB S.A. y otros. Proceso laboral ordinario. Ley 18.572.” IUE xxxxx RESULTANDO. 1.- A fs. 95 comparece AA promoviendo demanda laboral contra BB S.A., CC S.A. y DD, expresando que: Comenzó a trabajar para el grupo corporativo que conforman el fondo de inversión DD y las empresas BB S.A. y CC S.A., de las cuales el primero es titular y centro matriz, el 18 de octubre de 2007. Aunque solo figuraba en la planilla de BB S.A. trabajaba en relación con todas las codeemandadas, estando en comunicación constante y bajo las directivas de DD. La existencia del grupo económico, con sus recíprocas conexiones inherentes, es de público conocimiento: ha sido resaltado en la prensa, a través de mensajes, informes y publicidad de la empresa matriz. Se trata de un conjunto económico, empleador común de los trabajadores que pertenecen a las empresas ligadas entre sí por fines que le son comunes. Al ser despedido el 31 de mayo de 2012 se desempeñaba como Gerente de Operaciones, debiendo percibir un salario mensual de USD 9.612,27, el que no se le

abonaba en su totalidad. En marzo de 2010 fue reducido su salario de forma abusiva, incumpliendo el grupo empleador con el pago de la remuneración debida. El contrato de novación del 31 de marzo de 2010 constituyó un disfraz del ejercicio ilegítimo del jus variandi, en tanto se modificó el salario en un sentido claramente disminutorio. Hasta el día del contrato indicado percibía USD 7.444,46 mensuales. Por la novación se redujo el salario fijo a USD 4.466,67, agregándose una partida variable. A la postre, ambos componentes en conjunto, resultaron inferiores a USD 7.444,46. La empleadora engañosamente aseguró no solo que se mantendría el salario inicial fijo, sino que el mismo se vería incrementado con las partidas variables que se le prometieron abonar. Nada resultó verdadero y aún en el mediano plazo, el resultado fue una rebaja lisa y llana de la remuneración mensual que percibía. Bajo un pseudo contrato de novación se le impuso una reducción de salario, lo que resulta inválido a la luz de los principios de irrenunciabilidad, buena fe y primacía de la realidad. Como consecuencia de lo indicado reclama diferencias de salarios y dife-

rencias en el pago de licencia, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, conforme liquidación detallada de fs. 97V/100. Reclama asimismo indemnización por despido abusivo, señalando que la empleadora obró con manifiesta ilicitud, tanto en el devenir posterior al cambio salarial, como especialmente al finalizar la relación laboral. Se procedió de mala fe, en forma contraria a derecho y con el único objeto de perjudicarlo. Al respecto señala las siguientes situaciones: a.- El engaño en la modificación salarial. En la firma del contrato de novación que se le impuso -en el que también se le impuso compareciera su hermana abogada, en garantía exclusiva de la demandada- se le aseguró engañosamente que el mismo conduciría a una mejora salarial, lo que no ocurrió, sino que el salario se vio disminuido. En los meses previos a su despido, ya siendo consciente de que iría al cierre la empresa BB S.A., la empleadora procuró desalentar a sus trabajadores disminuyendo cada vez más el salario variable, buscando maximizar el número de renuncias posibles. Este objetivo no era conocido ni sospechado por su parte, quien fue tomado de sorpresa con la posterior decisión que se le anunciara. Para lograr este ilícito objetivo, se dejó de exigir el cumplimiento de los contratos a las empresas clientes, lo que repercutía en menores ingresos, que se traducían en la pérdida de las partidas variables del salario. Así, jamás se exigió a MDP el cumplimiento del contrato existente, pese a haber una multa pactada. Cita mail del 9.3.2012 (tres meses antes del cierre de la empresa) dirigido a JJ (Encargado de Proyectos). Existió un ejercicio "anormal" del despido. b.- La confesión de la falta de compensación debida. El 5 de junio de 2012 recibió un mail de la Sra. LL, una de las principales de la demandada, en el cual le expresa que: "Sabe perfectamente que ha tratado de obtener una indemnización mayor que la que le corresponde conforme con sus derechos contractuales y esa es la razón por la que no ha sido compensado totalmente". Admite entonces la empleadora que no actúa conforme a derecho porque pretende una indemnización mayor a la que le proponen, lo que demuestra abuso de derecho con una notoria finalidad ilícita, lo que no representa una situación normal de despido. c.- La amenaza. En el mismo correo electrónico

también se lo injuria y amenaza, al decir: "Se presenta como parte perjudicada cuando en realidad el ejercicio de su función de gerente fue por cierto un factor importante en el fracaso de la compañía. Devuelva nuestro camión, la computadora y las llaves de la oficina inmediatamente. Hace peligrar la posibilidad de que demos una referencia positiva si persiste en su actitud." Estas injurias y amenazas se traducen también en un uso abusivo de la facultad de despedir. A fs. 103V liquida la pretensión de indemnización por despido abusivo. Reclama en total USD 183.971,87. Ofrece prueba, funda el derecho y solicita, en definitiva, se condene a la demandada a abonarle la suma que viene de indicarse. 2.- Por auto 1192/2013 del 23.12.2013 (fs. 107) se confirió traslado de la demanda por el término legal (art. 9 Ley 18.572 en la redacción dada por el art. 3 de la Ley 18.847) y a fs. 318 comparecen BB S.A. y CC S.A. evacuándolo en los siguientes términos: Falta de legitimación pasiva de CC y de DD. El actor únicamente trabajaba para BB, no existiendo relación laboral alguna con DD ni con CC. El primero es una sociedad extranjera, cuyo objeto es la realización de actividades de inversión, no tiene domicilio en Uruguay y no actúa tampoco como tal en nuestro país. Si se lo pretendiera responsabilizar por su pretendida calidad de accionista de BB se deberían acreditar los requisitos de art. 189 de la Ley 16.060, lo cual no sucede en el caso. Y tampoco la pretendida calidad de accionista de DD sobre CC puede ser un fundamento válido para el reclamo del actor a las tres entidades. Analiza luego la inoponibilidad de la personalidad de la sociedad anónima en caso de existir fraude como forma de responsabilizar a sus accionistas. Y señala que no existe entre las codemandadas un conjunto económico, por no darse los elementos indicados por doctrina y jurisprudencia. BB tenía como objeto principal la realización de tareas de cosecha de madera. El actor fue contratado en octubre de 2007 y al egreso del anterior Gerente General, pasó a ser el principal responsable de la empresa en Uruguay, con las funciones inherente a ese cargo. Distintos factores, entre ellos la crisis económica que comenzó en 2010 y que tuvo consecuencias en los años siguientes, hicieron que BB se volviera una empresa muy poco rentable. Por eso desde unos años atrás empezó a

considerar la idea de cerrar sus operaciones en Uruguay y retirarse. Para evitar esto, la empresa realizó una continua búsqueda de reducción de costos. El actor como Gerente General estuvo siempre en conocimiento de esta situación y era su responsabilidad el logro de ese objetivo. En ese contexto es que en marzo de 2010 se celebró la novación del contrato de trabajo del actor. Incluso antes el actor se había comunicado reiteradamente con los inversores, manejando opciones a efectos de reducir los costos salariales e ilustrándolos sobre los requisitos que deberían cumplirse en Uruguay. También el actor participó activamente en la novación del contrato del anterior Gerente de Operaciones de la empresa, Sr. FF. El inminente cierre de la empresa también llegó a motivar el interés del actor en adquirir la totalidad de las acciones de BB. En enero de 2011 ya se habían comenzado negociaciones al respecto. Finalmente, BB debe cerrar sus operaciones en Uruguay. El 31 de mayo de 2012 el actor es despedido, siendo el único empleado de la empresa a ese momento. La novación celebrada con el actor fue totalmente válida. BB atravesaba dificultades económicas, que a la postre determinaron su cierre en junio 2012, pero su parte evaluaba hacer el cierre antes, lo que hubiera provocado el despido del personal. Se apostó a la continuidad, la que solo era posible si se reducían costos fijos. Por ello, luego de gestiones similares con otros empleados, surge la propuesta novatoria a ofrecerse al actor. El actor contó con asesoramiento al momento de celebrar la novación, no fue engañado ni desconocía la situación que estaba atravesando. Fue asistido por su hermana la Dra. GG AA, como surge del contrato de novación. También de allí resulta que se le ofreció egresar percibiendo la correspondiente indemnización por despido y optó por mantener la fuente de trabajo. Los correos electrónicos intercambiados por el accionante previos a la firma del contrato (los que relaciona), conducen a las mismas conclusiones. Por la novación se redujo el salario fijo que pasó de USD 7.444 a USD 4.466; se abonó una indemnización por despido parcial (USD 10.565) que reflejaba la disminución del salario fijo; y se estableció un salario variable que antes no existía, el que como máximo equivaldría al 150% del salario fijo. Al actor nunca se le aseguró que las sumas

variables serían equivalentes a su salario fijo. Como Gerente General debía conocer los ingresos de BB y las perspectivas de futuro. El Gerente General de la empresa, que debía reducir costos so pena de cerrar sus actividades, fue asesorado por sus abogados de confianza (padre y hermana) y aceptó en forma voluntaria la reducción de su salario, obteniendo la permanencia de su fuente de trabajo, una indemnización por el salario perdido y además un nuevo componente salarial variable. La novación cumple con todos los elementos exigidos por doctrina y jurisprudencia, siendo plenamente válida. No existió despido abusivo. El correo en que se basa esta pretensión, en respuesta a uno del actor, tuvo lugar cinco días después de su egreso, lo que ya excluye la procedencia del reclamo. Pero además, nada del contenido del correo, que analiza a fs. 329 y ss., configura un despido abusivo. El correo se da en el marco de una negociación entre el actor y su parte por la compra de la compañía. No hubo amenaza, ni confesión de falta de la compensación debida. La empresa no buscó ser menos rentable para perjudicar al actor, pues se estaría perjudicando a sí misma. No se dan los elementos para la configuración de despido abusivo. Invoca la doctrina de los actos propios, cuestiona aspectos de la liquidación, funda el derecho, ofrece prueba y solicita se desestime la demanda. 3.- A fs. 372 comparece DD contestando la demanda. Sostiene que nunca fue empleadora del actor, que carece de legitimación pasiva (por iguales argumentos a los expuestos por CC S.A. y relacionados en el numeral anterior), y asume actitud de expectativa por desconocer los supuestos fácticos de la pretensión. Peticiona, en definitiva, que se desestime la demanda. 4.- Por providencia 441/2014 (fs. 378) se fijó en forma provisoria el objeto del proceso y de la prueba, se emitió pronunciamiento sobre los medios de prueba ofrecidos por las partes, disponiendo el diligenciamiento de los admitidos, y se convocó a audiencia. 5.- A fs. 485 obra el acta de la audiencia (del 28.5.2014), en la que se cumplieron las actividades legalmente previstas (art. 14 Ley 18.572 en la redacción dada por el art. 4º la Ley 18.847) en lo aplicable a este proceso. 6.- Se diligenció la prueba dispuesta: Documental: fs. 2/94, 114/317, 338/354, 361/371, 399/453 y 464/470. Declaración de

parte: actor fs. 486/491. Testimonial: FF, EE, GG y HH (fs. 491/495). 7.- Las partes alegaron de bien probado: parte actora fs. 496 y ss., parte demandada fs. 516 y ss. Y para el dictado de sentencia, fuera de audiencia, se señaló fecha, la que por auto 871/2014 (fs. 528) se prorrogó para el día de hoy.

CONSIDERANDO.

I.- Se desestimaré la demanda promovida, por los fundamentos que seguidamente se señalan.

II.- El objeto del proceso y de la prueba se fijó en: “determinar la procedencia de la pretensión laboral deducida por diferencias de salarios e incidencias en licencia, salario vacacional, aguinaldo, indemnización por despido, indemnización por despido abusivo, más accesorios e ilíquidos, atento a la contestación de las codemandadas quienes controvierten su legitimación pasiva: CC S.A. y DD, y todas la procedencia de los rubros reclamados. Integra el objeto de la prueba: los hechos relativos a la existencia o no de conjunto económico entre las demandadas, a la validez de la novación de marzo de 2010 y a la finalización de la relación laboral en mayo de 2012.” Providencia 441/2014, fs. 378, objetos adoptados como definitivos en la audiencia única, fs. 485.

III.- Legitimación pasiva de DD y CC De la prueba diligenciada y en aplicación del principio de primacía de la realidad, resulta que DD, BB S.A. y CC S.A. constituyen un conjunto económico. En cuanto al concepto, en Sentencia n° 78/2012 señala la Suprema Corte de Justicia: “Con relación a los requisitos que deben verificarse para que se pueda considerar que existe, efectivamente, conjunto económico, la Suprema Corte de Justicia ha expresado, en términos que es dable reiterar, que: ‘... 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. “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 el trabajo, hecho que, por tanto, supone la atribución de personería en lo material. 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 Ley 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’ (sentencias Nos. 330/1997, 57/2004, 284/2004, 134/2006 y 37/2010, ...; cf. A.J.L.: 2007, c. 112, págs. 80 y 81; y 2008, c. 91, pág. 67). “Expresado en otros términos: ‘Si bien la figura del conjunto económico posee, al igual que el principio de realidad, similar fundamento jurídico al previsto por el art. 189 de la Ley No. 16.060, los supuestos de hecho requeribles para tener por configurado aquél y este no resultan idénticos, desde que en el ‘disregard’ se requiere la existencia de ‘fraude’, requisito éste, que no resulta exigible para aplicar el principio de realidad, ni la figura del conjunto económico. “En efecto, la recurrente no tuvo en cuenta que en la Ley de sociedades comerciales se aplica la teoría del disregard que cabe sólo en caso de fraude, cuando se utiliza la personalidad jurídica para violar el orden público, es decir, supone una intención dolosa. “En el derecho laboral se aplica la doctrina del conjunto económico que se basa en hechos objetivos y ciertos; quiere el triunfo de la verdad sobre la apariencia pero no exige que se pruebe la intención deliberada de violar la Ley o desfigurar los hechos; son dos etapas de un recorrido similar (PLA RODRIGUEZ, ‘Revista Judicatura’, No. 36, pág. 14)” (sentencia No. 112/2004 de este Colegiado ...).” (AJL 2012, c. 180, p. 169). DD desarrolló o desarrolla sus inversiones o emprendimientos en Uruguay a través de BB S.A. y CC S.A., sociedades que no tienen otra existencia o razón de ser que posibilitar formalmente tales actividades, siendo en

los hechos la sociedad extranjera la real entidad económica. Todas las comunicaciones a través de correos electrónicos incorporados en autos por las partes, mantenidas por el actor como gerente general de BB S.A. con representantes de DD, demuestran lo antes afirmado. El actor reportaba constantemente a esos representantes y ninguna decisión relevante se adoptaba sin consulta y conformidad de los mismos. A la vez, no resultó controvertido que DD es la titular de CC S.A. En el correo de 28 de febrero de 2011, enmarcado en las tratativas para la compra por el actor de BB S.A., el SrXX, director de FW, manager de DD (declaración del actor a fs. 487v, de lo cual no hay prueba en contra y las codemandadas no designaron a persona en condiciones de declarar por ellas), se expresa que antes de la venta: “se transferirán a DD U\$S 659.000” (fs. 223). También constituye un indicio importante, que todas las codemandadas son representadas y patrocinadas por el mismo estudio jurídico. Si bien las pretensiones formuladas se desestiman, procedía inicialmente analizar la falta de legitimación pasiva opuesta por CC S.A. y DD como defensas de fondo. Y se concluye que estas dos y BB S.A. constituyen un conjunto económico.

IV.- Validez del contrato de novación suscripto por el actor. IV.- a.- El actor comenzó a trabajar para la demandada el 18 de octubre de 2007 (recibos fs. 1 y ss., cláusula 1º del contrato de novación fs. 87). Posteriormente, en el año 2009 (su declaración fs. 488), accede al cargo de gerente general de la empresa, en el que se desempeña hasta su egreso el 31 de mayo de 2012.

IV.- b.- Luego de relacionar las posiciones que podemos catalogar como restrictiva y amplia en relación a la novación in peius del contrato de trabajo, señala Castello: “En nuestra opinión, cuando salimos del campo de la heteronomía e ingresamos al del contrato de trabajo, debe reconocerse un margen para el gobierno de los propios intereses individuales. Dicho margen debe ser necesariamente estrecho porque la relación entre trabajador y empleador no es paritaria. “En ese orden, en la determinación de la validez de la novación que recae sobre elementos esenciales del contrato de trabajo debe

tenerse en cuenta, en primer lugar, si se trata de una iniciativa propia, auténtica y exclusiva del trabajador o si, por el contrario, su origen se ubica en la esfera del empleador. En este último caso, la posibilidad de que la novación sea válida y eficaz es más excepcional (aunque no imposible). “En segundo lugar, habrá que examinar el interés que pueda tener el trabajador en modificar ese derecho y sustituirlo por otro. En tercer lugar, la nueva situación que generará para el trabajador la modificación del derecho. En ciertos casos podría implicar una desmejora económica pero un mejoramiento de otros aspectos cualitativos de su posición. En cuarto lugar, la justificación o motivo de la modificación. Tratándose de un hecho anormal, la alteración solo puede fundarse en una razón seria y fundada (familiar, profesional, etc.). “Por último habrá que indagar sobre la autenticidad de la voluntad del trabajador, lo que supone analizar si su consentimiento es libre y espontáneo. No debe perderse de vista que en una sociedad marcada muchas veces por el desempleo y la inestabilidad laboral, para la inmensa mayoría de los trabajadores la verdadera libertad es una mera ilusión. “En síntesis, la aceptación de la licitud de la novación en el campo del Derecho del trabajo supone la observancia de varios requisitos: “a) el primero es que la legislación no la prohíba. Esto es precisamente lo que sucede en Uruguay, donde no existe norma legal que restrinja la autonomía de la voluntad individual en ese ámbito; “b) el segundo es que exista una sustitución de una obligación por otra. La novación no es tal si esconde una renuncia lisa y llana de un derecho; “c) el tercero es que el acuerdo de voluntades no puede vulnerar normas heterónomas o convencionales; “d) el cuarto es que deben examinarse los motivos y causas que originan la necesidad de ajustar o moldear la relación de trabajo a la realidad. Sólo puede admitirse un desmejoramiento de las condiciones pactadas si existe un motivo serio y fundado; “e) el quinto es que el trabajador debe recibir alguna ventaja a cambio del abandono de un beneficio. Debe existir una contraprestación del empleador, aunque naturalmente no será equivalente o del mismo valor que la ventaja alterada. En algunos casos la contrapartida será el mantenimiento de la fuente de trabajo. En otros podrá

ser una compensación económica por el derecho extinguido. Si no hubiese contraprestación el trabajador no tendría provecho alguno, lo que podría viciar el acuerdo por ausencia de causa para contratar; “f) finalmente, en el análisis de la validez y legitimidad de la novación habrá que determinar otros aspectos como la autenticidad de la voluntad del trabajador, quién tuvo la iniciativa (el trabajador o el empleador), la existencia de asesoramiento previo por parte del empleado y la circunstancias que rodearon al mismo.” Alejandro Castello: Novación, en Raso-Castello: Derecho del Trabajo, t. I, FCU, 2012, ps. 352/353.

IV.- c.- Pues bien, en base a los hechos alegados por las partes y a la prueba producida, corresponde analizar la existencia de los elementos antes referidos. Del contrato de novación del 31 de marzo de 2010 (fs. 87) resulta que: Se acordó novar el contrato de trabajo, modificando la forma de remuneración, rebajando el salario fijo a un 60% (de U\$S 7.444,46 a U\$S 4.466,67) e introduciendo una remuneración variable “equivalente al 2,5% del promedio de los últimos 3 meses del ‘Modified EBITDA’ que es igual a los ingresos netos menos impuestos, honorarios contables, de auditorías, legales, y de tasación, gastos bancarios y diferencia de cambio; más un 1% de las ventas netas relacionadas con la cosecha y envío de mercadería.” Se estableció que el tope máximo de la retribución variable es el equivalente al 150% de la retribución fija. Salario fijo pasa de dólares a pesos, tomando como tiempo de cambio U\$S 1 = a \$ 22,5107, por consiguiente el salario fijo del empleado será de \$ 100.547,87 (todos estos aspectos en la cláusula segundo). Se le pagó indemnización por despido parcial (U\$S 10.565,55) por la variación de salario acordada (cláusula tercera).

IV.- d.- Inicialmente la propuesta de novación provino de la empresa, la cual en un contexto de dificultades económicas y abocada a la reducción de costos, quería reducir el salario del actor. La situación de dificultad económica surge acreditada. Así en el correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2009 (traducción a fs. 160v), el actor indica a los principales de la empresa en Boston: “Adjunto documento con un

resumen que explica las estrategias de BB para reducir costos y continuar trabajando con una estructura mínima”. Y en el documento adjunto, se dice: “Actualmente existe gran incertidumbre en el mercado de servicios forestales; la posibilidad de obtener un nuevo contrato en el corto plazo es remota. Además de esto, nuestra intención es mantener un nivel operativo constante y reducir los costos al mínimo ... de manera que la compañía pueda subsistir por si sola.” (Traducción en la misma foja). La declaración del actor en autos es descriptiva de la situación económica de la empresa: “El único contrato que tenía la empresa era con la española EEE pero esta se vio afectada por la crisis española y esto repercutió en nosotros. Nos para notoriamente la productividad, quedamos trabajando en un frente solo de cosecha, y no se puede mantener la estructura de nuestra empresa y se manda a seguro de paro a cierto personal, esto lo decide FW esto en función de conversaciones que yo tenía semanalmente con personas que nombré de FW, allí se evalúa el despido o seguro de paro, y se decide por esto último con expectativa de que se revierta la situación. En el ínterin hubo personal que decidió retirarse, renunciar, otros siguieron en el seguro de paro y se los retomó. Y a otros se los despidió, me refiero tanto a personal administrativo como operativo. Luego se consiguen otro contrato puntual y mantuvimos la estructura y el personal reducido, porque la empresa operaba al 65%, la empresa decide tercerizar la contabilidad, y luego vino el planteo de reducción de sueldo hacía mi encargado, FF y a mí, esto me lo propuesto JJ y KK, fue en 2010, ...” (fs. 488/v). “Luego en 2009-2010 el impacto de la crisis europea realmente afectó el sector y ahí salimos a buscar nuevos contratos, presentamos a licitaciones, ganamos una licitación para Forestal Oriental casi en exclusividad en el 2010 dado que el contrato con EEE no se cumplía y la idea era mantener una relación amistosa a largo plazo. En 2011 retomamos la actividad con MDP (sucesora de EEE) y estuvimos unos meses buenos, la productividad aumentó, y afines de 2011 MDP casi nos paró totalmente porque la planta de celulosa se postergó en su inicio de operaciones. En esos años también hacíamos trabajos zafrales puntuales. En 2012

cero por ciento de actividad en la empresa.” (fs. 489V/490). El testigo Cr. EE fue despedido en marzo o abril 2009. Declaró: “No hubo modificación en mi contrato. A mi directamente me despidieron, fue en marzo o abril de 2009. Me dijeron que fue reducción de costo y personal. La orden vino de EEUU porque me lo comunicó el actor, lo sé por el comentario realizado.” (fs. 492). Con el testigo FF se celebró también una novación del contrato de trabajo, reduciéndose la parte fija y agregándose una variable (su declaración fs. 491). Y la empresa termina cerrando en 2012. Si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato.

IV.- e.- La empresa manejó como posibilidad el ejercer la facultad de despedir al actor abonándole la totalidad de la indemnización por despido. Ante este planteo el actor prefirió la novación acordada en la forma de integrarse su salario. Es más, luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en el que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa, al enterarse de que la empresa lo iba a despedir. Declaró el accionante: “Se trató en muchas conferencias, aproximadamente llevó dos o tres meses, que incluso de la noche a la mañana no se habló más del tema, de la parte de ellos, se suspendió el tema, luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después porque me entero a través de mi suegro que habían tomado la decisión de buscar un reemplazo mío, incluso se lo pidieron a JV de PR [CC S.A.], le pidieron que busque una persona idónea para cubrir mi puesto dado que como no habíamos llegado en su momento a un acuerdo en relación a la rebaja, habían to-

mado la decisión de despedirme.” (fs. 488v). Si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador. Además, nuestro país en los últimos años presenta una tasa de desempleo baja, más respecto de personas calificadas o con título universitario, por lo cual la pérdida del trabajo, ante la perspectiva de poder obtener uno nuevo, no tiene porqué ser un factor determinante de aceptar una novación in peius. Conforme surge del propio contrato de novación, al actor se le ofreció egresar de la empresa, con el pago de la respectiva indemnización por despido, pero optó por novar la integración del salario y mantener la fuente de trabajo (cláusula cuarta, fs. 87).

IV.- f.- Los términos de la novación no fueron impuestos por la empresa, sino que surgieron de las negociaciones entre las partes. Fue un acuerdo que llevó meses, en donde se plantearon diferentes porcentajes de reducción del salario fijo, con propuestas y contrapropuestas, arribando a una reducción del 40%. Esa negociación pone de manifiesto, no solo que no hubo imposición, sino que la posibilidad de perder el trabajo no llegaba a constreñir totalmente la voluntad del actor, pues en tal caso se hubiera limitado a aceptar los términos de la reducción establecida por la empresa. La declaración del actor es elocuente respecto a la negociación: “...se planteó una reducción importante, se empezó a hablar de un 60% y luego de una negociación se acordó que iba a haber una reducción por un 40% con un plus de un sueldo variable, el cual dijeron llegar a alcanzar una vez y media mi sueldo inicial. Todo esto fue telefónicamente, eran conferencias que teníamos semanalmente, ...” (fs. 488v). Incluso luego de que el actor se entera que lo iban a despedir, expresa que retoma la comunicación por el tema de la novación y “me envían el contrato por mail, piden que lo lea, se me contrató en dólares, yo pido en el nuevo contrato dado que se me baja el sueldo que se me pesifique dado que el dólar estaba bajando,

estuvieron de acuerdo, y así se establece en el contrato..." (fs. 489). Véase que en la versión de contrato de diciembre de 2009 no existe la previsión de cambio a pesos (fs. 232), que si aparece en la versión de marzo de 2010 (fs. 241). Es decir, es el actor el que propone en su favor, y la empresa acepta, que la moneda de pago de salario se cambie de dólares a pesos. También declaró el actor en relación a la negociación: "Si, se manejaron valores intermedios entre los 40 y 60 %, ellos empezaron con una reducción del 60%, mi planteo fue del 20%, el último número planteado por ellos fue el 50%, inamovible, después quedamos en una negociación de 50-30, hasta que yo planteo hacer un 40% y terminar el tema porque sino el otro camino era el despido. Ellos plantearon el tema del variable, hablan de un bono en el comienzo pero no dicen cómo iba a ser el variable, yo acordé un 40 sin saber el variable, luego me dijeron cómo iba a ser el variable, me plantearon que yo iba a poder aumentar el sueldo inicial una vez y media, por lo que yo estuve de acuerdo, me lo topearon en un 150%. La expectativa era que con el variable la perdida no fuera tanta y con la esperanza de tener producciones óptimas y nuevos contratos con mejores tarifas y de esa forma poder llegar a cobrar lo que se me planteaba." (fs. 489/v). Por tanto, no solo se redujo el porcentaje fijo y se pasó a pesos, sino que también, por iniciativa de la empresa, se incorporó una parte variable, según el resultado económico. Y dado que el actor como gerente general era responsable de la marcha de la empresa en Uruguay, en medida importante el monto de la parte variable dependía de él o pasaba por su desempeño. A lo anterior, se suma que por la reducción de la parte fija del salario y sin considerar la agregación de la previsión de la parte variable, se abonó indemnización por despido parcial.

IV.- g.- El actor contó con asistencia profesional. De acuerdo a lo declarado por el accionante su padre y hermana son abogados. El actor envió a su padre el contrato proyectado (su declaración fs. 489) y su hermana lo asistió en oportunidad de la firma (comparencia en el documento y cláusula sexta, fs.

87). Declaró la testigo GG: "En su momento, cuando fui a acompañarlo al actor, leí previamente el documento, me lo mandaron por correo electrónico, me lo mandó mi hermano. Me lo mandó porque primero me pidió si lo podía acompañar a firmar un acuerdo, yo le pedí que me enviara el documento para el cual yo lo iba a acompañar a firmar. ... Seguramente yo leí el documento en el lugar en donde se firmó, porque por práctica antes de firmarlo lo leo. Yo ejerzo profesionalmente en el área laboral." (fs. 492V/493). En correo electrónico del 29 de noviembre de 2009, en respuesta a correo en el cual se le envía al actor "copia del nuevo contrato de trabajo de acuerdo con que fue negociado", el accionante responde: "Reenvío contrato a mi abogado para su análisis. Luego de tener su asesoramiento hablamos." (fs. 231). Y en respuesta a correo del 10 de diciembre de 2009, en que desde Boston se le pregunta: "Josema, como estamos con este contrato", el actor responde: "Este tema se está manejando a través de los abogados." (fs. 237).

IV.- h.- Finalmente, no puede desconocerse que el actor informó en su momento a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede "realizar una reducción legal" del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato (traducción a fs. 146/v de correo electrónico de fecha 1° de julio de 2009). Por tanto, este acto propio, emanado del gerente general de la empresa que informa a sus superiores en el exterior, resulta también relevante, a la hora de considerar la novación suscripta por el actor, ya que este contrato se corresponde con lo que oportunamente él comunicó (véase asimismo que el actor tuvo activa participación en el contrato de novación de FF, correo del 9 de octubre de 2009 traducción a fs. 152). En suma, todos los elementos antes relacionados conducen a concluir que la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma.

V.- Pretensión por despido abusivo. Tampoco este reclamo se considera de recibo. No hay elementos que demuestren que la empresa haya engañado al actor en la no-

vación celebrada, es más, todo lo analizado desacredita esa posibilidad, y cabe recordar que el Sr. AA era el gerente general de la empresa, por lo cual no desconocía la realidad de la misma. Tampoco hay prueba de que la empresa haya dejado de exigir a clientes el cumplimiento de contratos, para tener menores ingresos y así perjudicar a sus empleados en sus remuneraciones variables, buscando que estos renunciaran. El correo en que el actor pide instrucciones en cómo proceder con MDP es de fecha 9 de marzo de 2012 (fs. 70), a esa altura la realidad económica de la empresa ya estaba comprometida, conforme el propio actor relata en su declaración (ya transcripta), en la que también menciona que la estrategia había sido gestionar amigablemente el contrato con MDP (fs. 490). Además declaró que: “En febrero marzo 2012 me notifican por teléfono la decisión del cierre de la empresa...” (fs. 490), decisión que por la situación económica de la misma no le pudo sorprender, más cuando desde tiempo antes el actor estaba negociando la adquisición de BB S.A. (véase a fs. 223 traducción al respecto de correo de febrero de 2011, a fs. 228 de correo de mayo 2011). Finalmente, el correo de 5 de junio de 2012 de la Sra. LL (traducción a fs. 71) no supone una confesión de la falta de compensación debida, ni una injuria o amenaza al actor. En primer lugar este correo es posterior al egreso (31 de mayo de 2012) por lo cual no puede tener incidencia en la calificación del despido. Pero además, dicho correo es en respuesta al del actor de fecha 4 de junio de 2012 (traducción a fs. 248) en la que -indicando que escribe a título personal “dado que ya no soy empleado de BB”- señala que aún no ha recibido el pago del despido ni el de su último sueldo y formula una propuesta de compra, mencionando que la compañía se encuentra en proceso de remate. A este correo responde el de la Sra. LL, por lo tanto en relación al mismo debe entenderse, al tiempo que se le reclama el reintegro de bienes de la empresa. El actor en correo de 21 de mayo de 2012 (traducción a fs. 256) había solicitado una carta recomendación. En suma, no surge acreditado que la empleadora al despedir al actor (por el cierre de la empresa) haya actuado en forma abusiva o ilícita

(ni en la finalidad ni en la forma) o con intención de perjudicarlo.

VI.- La conducta procesal de la partes ha sido correcta, por lo que las costas y costos corresponden en el orden causado (art. 56 CGP, 688 CC). Por los fundamentos expuestos,

FALLO:

Desestímase la demanda promovida. Costas y costos en el orden causado. HF 3 BPC para cada codemandada. Notifíquese. Dr. José Pedro Rodríguez. Juez Letrado.

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE PRIMER TURNO.

294/2014 SENTENCIA DEFINITIVA

VISTOS: Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: AA C/ BB S.A. Y OTROS, PROCESO LABORAL ORDINARIO LEY 18.572; RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO; IUE 0002-061597/2013 venidos a conocimiento de ésta Sala en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia N° 34/2014 del 20 de junio de 2014 (fs. 532 a 546) dictada por el Sr. Juez Letrado del Trabajo de la Capital de 19° Turno Dr. José Pedro Rodríguez.

RESULTANDO:

1°) Que por el referido pronunciamiento a cuya relación de antecedentes cabe remitirse se desestimó la demanda promovida con costas y costos en el orden causado. 2°) Con fecha 22/07/2014 la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 549 a 562 vta.) agraviándose por: a) la novación de marzo de 2010. b) El despido abusivo. c) La actitud procesal de las codemandadas. Solicitó que en definitiva se revoque la recurrida, haciéndose lugar a sus agravios y amparándose la demanda incoada en autos. 3°) Por auto N° 1005/2014 del 23/07/2014 (fs. 563) se confirió traslado a la contraparte del recurso de apelación interpuesto, evacuándolo la parte demandada el día 11/08/2014 (fs. 565 a 577 vta.) abogando por el rechazo de los agravios y la confirmación de la recurrida en todos

sus términos. 4º) Por auto N° 1118/2014 del 12/08/2014 (fs. 578) se franqueó la alzada, con efecto suspensivo. El día 22/08/2014 se recibieron los autos en ésta Sede (fs.586), fijándose fecha para el acuerdo, disponiéndose el pase a estudio de los Sres. Ministros y procediéndose de conformidad con lo dispuesto por el art. 17 de la Ley N° 18.572.

CONSIDERANDO:

I) Que la parte actora se agravia en primer lugar porque la recurrida concluyó que la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma. Sostiene que no caben dudas acerca de la inhabilidad jurídica de la novación de contrato de marzo de 2010 en tanto a partir de ese momento se redujo sustancialmente el salario del actor en contravención al principio de irrenunciabilidad. Entiende que el principio de ajenidad en los riesgos señala que el trabajador no debe soportar bajo ningún concepto los riesgos que entraña la actividad empresarial y sus avatares económicos por lo que la realidad económica de la empresa no debe ser un elemento a tener en cuenta para evaluar la validez de la novación in pejus del contrato de trabajo. Agrega que tampoco fue acreditado en autos que la causa del contrato novatorio haya sido esa sino que por el contrario, ningún testigo confirmó dicho extremo y no se relacionó la supuesta crisis del conjunto económico empresarial que actúa como empleador. Señala que de lo declarado por el Dr. HH se desprende que el motivo indisimulable era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto y la intención fue trasladarle al trabajador en forma directa los riesgos de la empresa. Afirma que la incomparecencia de las demandadas a la audiencia de declaración confirman los extremos señalados por su parte en aplicación de los arts. 149 y 153 del C.G.P. Agrega que no es dable considerar que un trabajador presta realmente su consentimiento en forma libre, cuando se parte que de no aceptar la reducción salarial propuesta perderá el empleo, aun cuando sea con derecho a que se le abone la correspondiente indemnización. Además la validez o no de una rebaja salarial jamás pue-

de quedar sujeta a si el trabajador tuvo oportunidad de “negociarla” siendo que la novación de autos fue “impuesta” por la empresa y que el actor no tuvo más opción que firmarla (GG a fs. 492 vta. y HH a fs. 404). También cuestiona que haya recibido asesoramiento sobre la novación contractual, ello no se desprende de autos con claridad y además es inocuo y está confirmado por la declaración de parte y la testigo GG a fs. 402 vta. En el caso concreto es clara la existencia de una renuncia en la novación, en tanto no existió contraprestación equitativa más que una rebaja lisa y llana del salario disfrazada con la creación de una partida variable que nunca alcanzaría cuantitativamente a la misma suma salarial que percibía anteriormente. Finalmente cuestiona que la recurrida haya señalado que el propio actor hubiera informado a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede realizar una reducción del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato. Afirma que el actor no posee conocimientos jurídicos y se limitó a trasladar lo que asesoró el Estudio Jurídico consultado, que patrocina a todas las empresas del conjunto económico demandado en este proceso y no es válido aplicar al trabajador la teoría del acto propio (fs. 549 vta. a 558). El Tribunal entiende que los argumentos esgrimidos por la parte actora recurrente no logran conmover en lo más mínimo los sólidos fundamentos expuestos en el Considerando IV de la sentencia definitiva de primer grado (fs. 348 vta. in fine a 545), que se comparten totalmente, por lo que éste agravio será desestimado. En efecto, surge de autos que el actor Sr. AA promovió demanda laboral contra BB S.A., CC S.A. y DD expresando que se desempeñaba como Gerente de Operaciones al momento de ser despedido el día 31 de mayo de 2012, debiendo percibir un salario mensual de USD 9.612,27. Sostuvo que el 31 de marzo de 2010 su salario fue reducido en forma abusiva, incumpliendo el grupo empleador con el pago de la remuneración debida y afirmó que ese contrato de novación constituyó un disfraz del ejercicio ilegítimo del jus variandi, en tanto se modificó el salario en un sentido claramente diminutorio pues hasta

el día del contrato percibía USD 7.444,46 mensuales y por la novación se redujo el salario a USD 4.466,67, agregándose una partida variable y que ambos componentes sumados resultaron inferiores a los USD 7.444,46. Agregó que la empleadora lo engañó pues le aseguró no solo que se mantendría el salario inicial fijo, sino que además éste sería incrementado con las partidas variables que se le prometieron pero el resultado fue una rebaja salarial lisa y llana. Señaló que en los meses previos a su despido y siendo consciente de que la empresa BB S.A. cerraría, se disminuyó cada vez más el salario variable, buscando maximizar las renunciaciones y que finalmente fue despedido el 31 de mayo de 2012 percibiendo por concepto de indemnización por despido la suma de \$ 804.0002,30 (fs. 95 y ss.). Admitió entonces que era consciente que el cierre de la empresa era inminente en los meses previos a su despido. La codemandada BB S.A. indicó que es una empresa cuyo objeto principal es la realización de tareas de cosecha de madera en nuestro país pero que ha ingresado a un proceso de liquidación para la posterior disolución como consecuencia de la baja rentabilidad de la empresa en el Uruguay y la crisis del sector que ocurrió hace algunos años, siendo el actor el responsable de la empresa en Uruguay. En tal sentido dijo que las funciones del actor comprendían entre otras la “definición del marco de referencia de la organización”, la “Planificación a largo plazo, determinando las estrategias a seguir” y tenía personal a cargo “En forma directa los gerentes de administración, finanzas y operaciones e indirectamente el resto del personal de la empresa. Y en virtud de la jerarquía de su cargo era él quien se responsabilizaba de “Brindar información económica, financiera y operativa de la organización al directorio” (fs.322 vta. y 323). Refirió luego a la crisis del sector forestal y la débil situación de BB S.A. como consecuencia de la crisis económica que comenzó en 2010 y tuvo consecuencias en los años siguientes que determinó la pérdida de rentabilidad de la empresa (fs. 323 y vta.). Y mencionó la participación del propio actor frente al proceso de reducción de costos dada la idea de BB de cerrar sus operaciones en Uruguay y retirar-

se y para evitar que esto sucediera. En ese marco situó la celebración de la novación del contrato de trabajo del actor en marzo de 2010 advirtiendo que el actor también participó activamente en la novación del contrato del anterior gerente de Operaciones de la empresa Sr. Marcello FF (fs. 323 vta. y 324). Señaló que el inminente cierre de la empresa incluso motivó el interés del actor en adquirir la totalidad de las acciones de BB pero finalmente se produjo el cierre de sus operaciones en Uruguay siendo a esa altura el único empleado que quedaba el propio actor que fue despedido el 31/5/2012 (fs. 324 vta. y 325). Finalmente abogó por la validez de la novación celebrada (fs. 325 y ss.). Pues bien, el Tribunal comparte los fundamentos expuestos por el a-quo a fs. 539 y ss. y que permiten concluir en que efectivamente el contrato de novación suscrito por el actor con la demandada el día 31/03/2010 (fs. 88) fue plenamente válido y como consecuencia corresponde desestimar las pretensiones por diferencias con fundamento en la nulidad de dicha novación. Como expresara éste Tribunal en sentencia N° 164/2007 del 10/10/07: “En primer lugar debe verse que la novación en sí misma no es inadmisibles en el ámbito del contrato de trabajo, así se ha señalado que “debe evitarse que se pretenda eludir normas inderogables o que se afecten beneficios que son totalmente indisponibles” (Plá Rodríguez. Los principios del Derecho de Trabajo Pág. 180) y citando el autor la posición de Ojeda Avilés, sostiene que “no es cualquier pérdida consciente de derecho lo que el orden laboral prohíbe, porque entonces habría cercenado el poder de disposición del trabajador en lo referente al fruto de su trabajo, sino únicamente una clase de ella, la pérdida con causas meramente abdicativas y sin contraprestación; en otras palabras, la renuncia total o parcial de un derecho” (Ob. cit. Pág. 181).” Pues bien, el apelante en primer lugar hace hincapié en el principio del Derecho Laboral de ajenidad de los riesgos respecto del cual el Tribunal entiende que si bien el mismo debe tenerse en cuenta, debe descartarse su carácter de principio “absoluto” (a tal punto que Plá Rodríguez en “Los Principios del Derecho del Trabajo” 3era.

edición actualizada pág. 407 destacó no haberse “decidido a incluirlo en la lista de los principios” y en la pág. 408 agregó: “Sucede con esto como en otros casos que se denominan principio a lo que en todo caso constituye un contenido estructural de la relación económica que da lugar la relación jurídica conocida como contrato de trabajo. Es correcto que el principio tutelar o protectorio o de favor del trabajador sirve para apoyar soluciones que tengan en cuenta un sistema de responsabilidad por riesgo distinto del tradicional o civilista, pero esto no implica en modo alguno la existencia de un principio jurídico y mucho menos “fundamental”), pues su relevancia, en casos como el de autos se ve francamente disminuida. En efecto, quedó suficientemente probado y claro en autos que fue la situación económica por la que atravesaba la empresa demandada lo que determinó la necesidad de la novación, siendo este un dato de la realidad insoslayable. Entonces no puede sino compartirse lo expresado por el a-quo a fs. 542: “si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”. Entonces ante el hecho indiscutible de que la empleadora venía en un proceso de reducción de costos que incluía el cese de personal de lo cual el actor no solo que estuvo en todo momento en conocimiento sino que además participó activamente en las tareas realizadas con ese propósito (documento del 5/03/2009 de fs. 160 vta. Ello incluyó también la novación del contrato del Gerente de Operaciones de la empresa Sr. FF según se expresara a fs. 324 y surge acreditado del correo electrónico que el propio actor enviara con fecha 9/10/2009 con una propuesta de sueldo para éste (fs. 152 y vta., 151-153). Debe verse que el actor admite que el único contrato que la

empresa tenía era con Ence el cual se vio seriamente afectado por la crisis española y que se enviaron personas al seguro de paro, siendo esa la opción o el despido (fs.489), así como también la reducción de sueldos, como el del Encargado FF en la cual el actor participó activamente. Fue entonces en ese marco que como lo expresa la recurrida “la empresa manejó como posibilidad el ejercer la facultad de despedir al actor abonándole la totalidad de la indemnización por despido. Ante este planteo el actor prefirió la novación acordada en la forma de integrarse su salario”. Y con total acierto agrega: “Es más, luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en el que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa, al enterarse de que la empresa lo iba a despedir”, citando sus declaraciones de fs. 488 vta. (fs. 542 y vta.). De manera entonces que si bien en principio la situación económica de la empresa no podía redundar en su perjuicio, ello no significa que tenga que ser un hecho descartable, que no deba tenerse en cuenta en tanto fue el entorno en el que se gestó la novación, justificándola y validándola. Y por eso es claramente desacertado lo expresado por el recurrente en el numeral 14 de fs. 551 en tanto cuestiona la existencia de una verdadera “crisis” de la empresa empleadora, siendo que éste fue un hecho que él mismo lo afirmó en su declaración de parte y que además se corroboró con el cierre final. De manera entonces que la demandada en realidad no estaba gravada con la carga de probar la crisis económica empresarial, como parece sostener el apelante a fs. 551 vta. , en tanto éste fue un hecho que el mismo actor admitió y probó por lo cual no puede atribuírsele a la demandada la sanción de una carga procesal no cumplida. Tampoco se entiende de recibo el argumento de fs. 551 vta. de que el motivo indisimulable de la empresa era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto, por cuanto por lo que viene de señalarse, no se trató de una actitud discriminatoria de la empleadora, sino que la rebaja salarial también se había producido anteriormente con el Encargado de operaciones Sr. FF, además que se envió a casi todo el personal al

seguro de paro, y al despido de éste a tal punto que al momento de la finalización de la relación laboral entre el actor y BB S.A. aquel era el único empleado que quedaba en la empresa en Uruguay (HH a fs. 496 in fine). Se comparte asimismo lo expresado por la recurrida a fs. 542 vta. en el sentido de que “si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador” y además, como se dijo, la perspectiva de perder el empleo no era solo suya sino también de prácticamente todos los empleados de la empresa. Además tampoco puede perderse de vista que como también lo destacara el a-quo con total acierto “luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa” (fs. 542). O sea que el actor admitió que fue él personalmente quien buscó generar el contrato de novación, pues expresó: “luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después...” (fs. 489 vta.) o sea, reconoció que fue el mismo que reactivó, reavivó y acordó la novación. Por esa misma situación reconocida por el actor, tampoco es aplicable al caso de autos lo expresado por el apelante a fs. 556 cuando cita la sentencia de éste Tribunal N° 36/2012 del 15/02/2012 en cuanto a que la propuesta no habría partido del propio trabajador y que no habría sido en interés de éste. A todo esto, no puede en modo alguno ser un dato intrascendente la circunstancia de que el actor no era un empleado cualquiera sino nada menos que el propio Gerente General de la empresa, obviamente persona especialmente preparada, capacitada, instruída y que no puede en modo alguno alegar ignorancia, engaño, error o constreñimiento. Por eso, también resulta incuestionable la conclusión de la impugnada que no existió vicio del consentimiento alguno que permita descalificar a la novación celebrada el 31/03/2010. A ello se suma que el propio actor propuso y negoció

anteriormente la novación del contrato del Sr. FF (fs. 151 a 153) y además para suscribir su propio contrato de novación recibió el asesoramiento letrado de su padre y de su hermana Dra. GG (lo que incluso consta en el propio documento de novación agregado a fs. 88, elemento q1 que en modo alguno se puede calificar de “inocuo” como lo plantea el apelante (numeral 34 de fs. 554). Como lo señaló el a-quo a fs. 544 “el actor contó con asistencia profesional. De acuerdo a lo declarado por el accionante su padre y hermana son abogados. El actor envió a su padre el contrato proyectado (su declaración fs. 489) y su hermana lo asistió en oportunidad de la firma (comparecencia en el documento y cláusula sexta, fs. 87)”. Por lo mismo, tampoco es de recibo el argumento de que la novación no fue negociada, la prueba diligenciada en autos demuestra todo lo contrario y que incluso cuando esas negociaciones aparecieron estancadas fue el propio actor quien tomó la iniciativa de su reanudación (fs. 489 vta.): “luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después”. Es más a fs. 490 relata que incluso fue una propuesta suya la de pesificar el salario: “me envían el contrato por mail, piden que lo lea, se me contrató en dólares, yo pido en el nuevo contrato dado que se me baja el sueldo que se me pesifique dado que el dólar estaba bajando, estuvieron de acuerdo, y así se establece en el contrato”, agregando que consultó con su hermana abogada, quien le preguntó si sabía lo que estaba haciendo (fs. 490). O sea que todo ese relato descarta absolutamente la falta de negociación o la existencia de algún vicio del consentimiento. De modo entonces que sin dudas no existió falta de asesoramiento, el actor contó con el mismo, lo tuvo tanto de su padre como de su hermana según lo admitió el propio actor (fs. 490), que incluso se dedican a la materia laboral, tal como lo afirmó GG a fs. 494. Debe verse además que el propio actor admite que “la expectativa era que con el variable la pérdida no fuera tanta y con la esperanza de tener producciones óptimas y nuevos contratos con mejores tarifas y de esta forma poder llegar a cobrar lo que se me planteaba” (fs. 490 vta.). O sea que ad-

mite que en los hechos, si las cosas hubieran sucedido de acuerdo a lo que él esperaba en realidad el contrato de novación no habría sido malo o perjudicial para él. También admitió que en 2011 retomaron la actividad con MDP y que tuvieron unos meses buenos, la productividad aumentó (fs. 491) pero que posteriormente MDP paró totalmente porque la planta de celulosa se postergó en su inicio de operaciones (fs.491). En fin, la novación aunque sea peyorativa no siempre es ilícita, lo es cuando encierra o encubre simplemente una renuncia pero, como en el caso, no hubo tal renuncia por cuanto el actor cobró incluso la indemnización por despido parcial, que puso fin a la relación de trabajo anterior, no puede sostenerse que se trató solamente de una renuncia. La legitimidad de la novación supone, primero, descartar que encubra una simple y gratuita renuncia, que como se dijo, no existió, y segundo, que se releve una causa razonable en la situación de cada parte para pactarla. Y en el caso de autos, los elementos de hecho que tiene en cuenta la sentencia, especialmente los que surgen de la propia declaración de la parte actora, que la recurrida analiza y considera ampliamente a fs. 542 y ss., revelan claramente que no se trató simplemente de una renuncia al salario ni que fuera gratuita ni encubierta. Ello por cuanto por un lado percibió una indemnización por despido parcial; a su vez, la causa razonable de la empresa que fue quien inicialmente promovió la novación, era la situación de crisis que llevó a que finalmente terminara cerrando. De acuerdo a ello no puede sino concluirse como lo hace la recurrida en que “la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma” (fs. 545).

II) En segundo lugar se agravia la recurrida porque no se hizo lugar a la indemnización por despido abusivo. Sostiene que la parte demandada no logró acreditar sus dichos en cuanto a que el despido no fue producto de un obrar ilícito o abusivo reiterando las consecuencias de la incomparecencia de las demandadas a la audiencia de declaración. También reitera que quedó acreditado que con fecha 31 de marzo de 2010 la deman-

dada impuso al actor la firma de un contrato de novación para cubrir las formas, encubrimiento sugerido a instancias de sus asesores jurídicos, incluso al actor se le hizo comparecer al acto asistido por una de sus hermanas que es Abogada y procedió a asegurarle engañosamente que el mismo conduciría a una mejora salarial, lo que no aconteció, por el contrario, su salario se vio disminuido. Entiende que sostener como lo hace la apelada que no hay prueba de que la empresa haya dejado de exigir a clientes el cumplimiento de contratos y perjudicar a sus empleados en sus remuneraciones variables, buscando que éstos renunciaran, constituye una consecuencia de la incorrecta aplicación del derecho. Con referencia al correo de fecha 5 de junio del año 2012 sostiene que resulta claro que la empresa por intermedio de la Sra. LL admitió de forma expresa que el motivo por el cual no actuó conforme a derecho consiste en que se pretende una indemnización mayor a la que se proponen, lo que constituye un claro abuso de derecho. Además también se amenazó e injurió indebidamente al reclamante. En suma sostiene que sí existió un obrar ilícito de la parte demandada con una clara intención de perjudicar y una manifiesta mala fe (fs. 558 a 561 vta.). Surge de autos que el actor sustentó su pretensión de indemnización por despido abusivo en que: a) La empleadora obró con ilicitud imponiéndole la novación del contrato de trabajo. b) También le habría impuesto una indemnización menor a la que correspondía. c) La existencia de amenazas e injurias consistente en que le enviaron un mail donde se decía que devolviera bienes de la empresa o peligraba la posibilidad de que dieran buenas referencias. d) La intención de perjudicarlo (fs. 100 a 103 vta.). Pues bien, el apelante sostiene que la demandada no acreditó sus dichos en cuanto a que el despido no fue ilícito y abusivo, lo que constituye una premisa equivocada puesto que no era la demandada la que tenía la carga de probar tal extremo. Por otra parte el motivo del despido quedó evidenciado con la declaración del propio actor, pues reconoció la existencia de una seria crisis económica de la empresa, y que le notificaron el cierre de la misma (fs. 490 vta. y 491), no existiendo una causa más

clara para el despido que el propio cierre de la empresa, siendo que el propio actor reconoció que su intención era comprarla: “En febrero-marzo 2012 me notifican por teléfono la decisión del cierre de la empresa, y que habían contratado al estudio Pyke para realizar la liquidación de la empresa”. “Con anterioridad habíamos tenido conversaciones con FW que no les interesaba tener un negocio de riesgo, y entonces me ofrecen la posibilidad de comprarle la empresa, mi respuesta fue afirmativa pero nunca llegamos a un acuerdo numérico”. “LL me vuelve a dar la oportunidad de comprar la empresa en lugar de liquidarla. Tampoco llegamos a una negociación”. Por otro lado el recurrente hace hincapié en que la demandada no compareció a la audiencia para realizar la declaración de parte, pero sucede que en los hechos eso sucedió por la propia decisión judicial que entendió que era necesario que se designara a personas que integraran la empresa y no a sus letrados patrocinantes, como pretendieron (fs. 487 vta.). Y esa resolución no fue impugnada por ninguna de las partes por lo cual tampoco está claro que se haya tratado de una negativa a comparecer, sino que la falta de declaración de parte de la demandada derivó de un aspecto formal que surgió luego, en plena audiencia. Pero además es claro que la consecuencia prevista por el art.149.4 del C.G.P. es solo una presunción que no es absoluta sino relativa y que puede caer luego de un análisis y valoración del conjunto, de la totalidad del material probatorio obrante en el expediente. En efecto, la valoración siempre debe hacerse en conjunto con el resto de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.) y fundamentalmente, en el caso de autos no puede dejar de tenerse en cuenta lo que surge de las declaraciones del propio actor, de las cuales surge incuestionablemente una prueba positiva en su contra que quita toda relevancia a la incomparecencia de la demandada a la declaración de parte como para dar por cierto lo afirmado en la demanda. Tampoco es de recibo, por lo expresado en el considerando anterior, la afirmación del numeral 50 de fs. 559 de que la demandada impuso al actor la firma de un contrato de novación para cubrir las formas y que hubo

engaño. En éste aspecto, el Tribunal comparte totalmente lo expresado por la impugnada a fs. 545. Tampoco puede interpretarse que el mail referido a fs. 103, que obra agregado a fs. 71 constituya una amenaza o injuria pues es lógico que si un empleado ya no trabaja más para la empresa, si es despedido, tenga que devolver bienes que son de la empresa (un camión, la computadora y las llaves de la oficina) y que si no lo hace es imposible que pueda obtener buenas recomendaciones. En fin, el argumento principal del actor para pretender calificar al despido como abusivo habría sido la supuesta violencia moral que padeció por habersele impuesto la novación del contrato de trabajo. Pero basta tener en cuenta la declaración de parte del propio actor para concluir, sin esfuerzo alguno, que la novación no le fue impuesta sino negociada. Y en cuanto al contenido del correo electrónico, como bien lo señala la demandada, el mismo debe ser interpretado en su contexto, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un trabajador que incluso pretendió negociar la compra de la empresa que estaba por cerrar. Pero además es muy claro que el contenido de ese correo electrónico nunca pudo hacer que el despido fuera abusivo por la sencilla razón de que ese correo se envió con fecha 5 de junio de 2012 (fs. 71) en tanto que el despido ya se había producido el día 31 de mayo de 2012 (fs. 95 vta.), o sea que el mail fue posterior al despido por lo que en modo alguno puede servir para alegar la abusividad de aquel. También en este punto es totalmente acertado lo fundamentado por la recurrida a fs. 545 vta. Finalmente, aun cuando se requiera que el despido siempre tenga que ser causado, en el caso de autos, la demandada empleadora alegó y probó que efectivamente existió una causa más que razonable para el despido: el propio cierre de la empresa con lo que se descarta toda posibilidad de calificarlo como ilícito o abusivo.

III) Finalmente se agravia la parte actora por la actitud procesal de las codemandadas, entendiendo que merecen la calificación de temerarias y que por tanto ameritan la condena procesal prevista por el art. 56.1 del C.G.P. ya que desde el inicio del proceso y al

contestar la demanda se negó toda vinculación de parte de CC S.A. y DD con BB S.A., lo que originó una dilación en el desarrollo del proceso. Y se trató de un claro caso de intento de ocultación de la personería laboral común del conjunto de empresas correctamente emplazadas por la parte actora. También señala en tal sentido la actitud asumida por la demandada en la audiencia única en tanto optó por no designar persona física idónea alguna en su nombre para comparecer a la declaración de parte e intentó designar a sus representantes y asesores jurídicos a tales efectos (fs. 561 vta. y 562). Pues bien, en tanto se confirmará íntegramente la sentencia definitiva de primera instancia y no se habrá de amparar la demanda, por ende, no se condenará a la demandada al pago de los rubros reclamados, es imposible sostener que la demandada litigó con conciencia de su sinrazón o con malicia temeraria (arts. 56.1 del C.G.P. y 688 del C.Civil) , lo que descarta absolutamente toda posibilidad de condenar en costas y costos como se pretende. IV) En definitiva y de acuerdo a lo expresado en el considerando anterior, las costas de ésta instancia serán de oficio, no existiendo mérito para la imposición de condena en costos (arts. 56.1, 261 del C.G.P. y 688 del C.Civil). Por lo expuesto, los fundamentos expresados, las normas legales citadas y lo establecido por los artículos 197, 198 y 344 del C.G.P.

EL TRIBUNAL FALLA:

Confírmase la sentencia apelada. Costas de oficio y sin especial condenación en costos. Honorarios fictos: cinco bases de prestación y contribución. Y oportunamente devuélvase a la sede de origen.

Ministro Redactor: Dr. Julio Alfredo Posada Xavier. Ministros Firmantes: Dra. María Rosina Rossi Albert, Dr. Julio A. Posada Xavier. Dra. Doris Perla Morales Martínez Montevideo, 30 de setiembre de 2014.

ANÁLISIS DEL FALLO “BG GROUP PLC V. REPUBLIC OF ARGENTINA” DICTADO POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: ¿TODOS LOS CAMINOS CONDUCCEN A ROMA?

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI*
DIEGO LUIS ALONSO MASSA**

SUMARIO: 1. Introducción; 1.1. La controversia; 1.2. Objeto del estudio – 2. Análisis de los fundamentos del voto de la mayoría; 2.1. Objeto de la decisión judicial: ¿Acuerdo de arbitraje internacional o tratado internacional?; 2.2. ¿Aplicación de presunciones judiciales de derecho interno en relación con un tratado internacional?; 2.3. Consideraciones sobre las implicancias del principio de *Kompetenz-Kompetenz*; 2.4. La condición relativa al consentimiento: desinterés manifiesto por la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969 – 3. Análisis del voto en disidencia; 3.1. Crítica razonada del voto de la mayoría; 3.2. Consideraciones críticas sobre el exceso formalismo terminológico del voto de la mayoría; 3.3. ¿Decisión a mitad de camino? – 4. Fundamentos disociados de las reglas internacionales y transnacionales: una *contraditio in terminis* autorizada?; 4.1. Complementariedad del derecho internacional público y del derecho transnacional del arbitraje; 4.2. Expectativas de las partes: ¿qué función cumplen en un tratado internacional del inversiones? – 5. Conclusión – 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN: el presente ensayo tiene por finalidad analizar la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaída en la causa “BG Group plc v. Republic of Argentina”, el 5 de marzo de 2014, en cuyo marco se decidió que la Argentina deberá pagar a la sociedad británica *BG Group* el monto de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por la decisión del Gobierno de la República Argentina de congelar los precios de las tarifas de gas en 2002. Así, se analizará el fondo de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, centrando nuestra atención en el hecho de que ese Alto Tribunal haya omitido analizar normas básicas de derecho internacional general, y más concretamente, las normas pertinentes del derecho de los tratados, al dictar una decisión sobre una cláusula relativa a un arbitraje de inversiones inserta en

* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Posdoctorado en Ciencias Jurídico-Políticas (Universidad Clásica de Lisboa (Portugal)). Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional (Universidad Federal de Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil)). Magíster en Derecho Internacional (Universidad Estadual Paulista – UNESP, *campus* de Franca (Brasil)). Miembro de la *Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (SBDI) y de la *Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas* (ABCD). Abogado y Asesor Jurídico. *E-mail*: mazzuoli@ufmt.br

** Abogado – Universidad de Buenos Aires. Magíster en Relaciones Internacionales (con especialización en Derecho Internacional) (*Institut de Hautes Études Internationales*, Université de Genève (Suiza)). Asesor jurídico en materia de arbitraje internacional y de propiedad intelectual. Ex-funcionario internacional - Organización Internacional del Trabajo – OIT (Ginebra, Suiza), UNCITRAL, Naciones Unidas (Viena, Austria), Organización Mundial del Comercio (Ginebra, Suiza). Especialización en Derecho de la Propiedad Intelectual, Universidad Austral (Buenos Aires). Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad de Buenos Aires. *E-mail*: diego.luis.alonso@outlook.com

un tratado bilateral de inversiones. Por otra parte, según se desprende de dicho fallo, se equiparan dos institutos jurídicos extremadamente diferentes, como son los contratos internacionales (en el presente caso, un convenio de arbitraje internacional) y un tratado internacional, al afirmarse que la diferencia que pudiere existir entre ambos institutos no tiene mayores consecuencias jurídicas respecto del razonamiento sobre el que se basa la decisión del Tribunal, aunque en realidad se trata de institutos jurídicos diametralmente opuestos.

Palabras clave: arbitraje comercial internacional; arbitraje de inversiones; tratado internacional; derecho internacional; derecho transnacional.

Abstract: the present essay aims to analyze the decision rendered by Supreme Court of the United States of America, on 5 March 2014, in re *BG Group plc v. Republic of Argentina*, whereby Argentina was ordered to pay the British company *BG Group* the amount of US\$ 185,3 million in damages as a result of Argentina's decision to impose a freeze on gas price in 2002. This essay discusses the merits of such a decision focusing, in particular, on the fact that basic norms concerning general international law and, more specifically, the law of treaties, have not been taken into account in reaching a decision on a matter involving an investment arbitration provided for in a bilateral investment treaty. Furthermore, it seems that extremely different legal institutions, such as international contracts (in the case at hand, an international arbitration agreement) and international treaties have been merged into one thing by asserting that they stand on an equal footing, while in fact they are diametrically opposed.

Keywords: international commercial arbitration; investment arbitration; international treaty; international law; transnational law.

1. Introducción

El 5 de marzo de 2014, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió, por 7 votos contra 2, que la Argentina debía pagar a la sociedad británica de exploración y distribución de gas natural, *BG Group*, la suma de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por la decisión adoptada por el Gobierno Argentino de congelar los precios de las tarifas de gas en 2002. Es de destacar que esta decisión no ha pasado inadvertida, ni en el ámbito del derecho internacional público ni en el del derecho transnacional del arbitraje.

Esta controversia debe ser objeto de un análisis minucioso - especialmente en lo que atañe a los fundamentos jurídicos sobre los que se basó la Corte Suprema - para que de ese modo se puedan lograr avances en el debate sobre cuáles son los derechos y obligaciones de los Estados y de las personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, a la hora de interpretar una disposición de un tratado bilateral de inversiones, celebrado entre dos Estados, siendo es este el objeto principal del presente artículo.

1.1 La controversia

En 2003, la sociedad *BG Group* consideró que se había visto perjudicada como conse-

cuencia de la promulgación por parte del Gobierno Argentino de una serie de normas que violarían las disposiciones del Convenio concluido entre el Reino Unido (en donde se encuentra la casa matriz de *BG Group*) y la Argentina, el 11 de diciembre de 1990, sobre la promoción y protección de inversiones (en lo sucesivo, el “Convenio” o el “Tratado”).¹ En particular, *BG Group* alegó que la nueva legislación argentina violaba las disposiciones del Tratado por las que se prohíbe la “expropiación” de las inversiones y se establece que cada Estado otorgará un “trato justo y equitativo” a los inversores de la otra parte.²

Ese mismo año, *BG Group* dio inicio a un arbitraje internacional con el fin de obtener una indemnización por los perjuicios que le habría causado la promulgación de la normativa argentina que imponía un congelamiento de las tarifas gas. Luego, las partes nombraron árbitros y escogieron la ciudad de Washington, DC, como sede del arbitraje.

A pesar de que la Argentina argumentó que *BG Group* inició un proceso arbitral sin observar la prescripción que impone, como primera medida, la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor (en adelante, “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial”), vale decir, ante un tribunal argentino, lo cierto es que, la propia Argentina, cuando en 2003 *BG Group* intentó iniciar un proceso arbitral sobre la base del Art. 8 del Tratado, aceptó participar en el proceso de designación de los árbitros y de fijación de la sede del arbitraje (que se prosiguió en Washington, DC).

En 2007, el tribunal dictó un laudo definitivo, en el cual se resolvió que la conducta observada por la Argentina (de aceptar el nombramiento de árbitros, etc.) suponía haber renunciado a la prescripción del tratado por la se que impone la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor, para que luego solo de ese modo (y transcurridos 18 meses desde la incoación de la acción judicial respectiva) fuese posible iniciar un arbitraje internacional. Ello es así porque en el Art. 8) 2) b) del tratado bilateral de inversiones se establece una excepción a la obligación de tener que incoar una demanda en sede judicial de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, a saber, cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante decidiesen (expresa o tácitamente) recurrir a la vía arbitral, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso objeto de análisis. Así, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que sería “absurdo” e “irrazonable”³ obligar a un particular, en tales circunstancias, a iniciar una demanda en

1 Denominación oficial: Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones. Si se desea consultar la versión en lengua española, véase: Ley N° 24.184 (<<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/582/norma.htm>>). Si se desea consultar la versión en lengua inglesa, véase: *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 46.

2 Véase el Art. 2) 2): “Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante perjudicará de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante”.

3 Véase “*BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*”, Laudo definitivo (24 de diciembre de 2007), p. 50, párr. 147: “Sin embargo, en lo atinente a la interpretación del tratado,” el Art. 8 2) a) i) no puede interpretarse como un obstáculo absoluto e insalvable que impida recurrir a la vía arbitral. Si el país receptor obstruye u obstaculiza la posibilidad de recurrir a sus propios tribunales, toda interpretación que se haga de esa situación conducirá a un resultado absurdo e irrazonable, tal como se prevé en el Art. 32 de la Convención de Viena [sobre el derecho de los tratados, de 1969], al permitir al Estado receptor sustraerse de manera unilateral al proceso arbitral, que ha sido el mecanismo que ha impulsado la transición de un sistema de protección diplomática basado en criterios políticos a un mecanismo de solución de controversias entre Estados y personas físicas y/o jurídicas de carácter privado”.

sede judicial del país receptor, para que solamente así (y luego de transcurridos 18 meses desde la iniciación de la demanda) fuese posible iniciar el proceso arbitral.

En cuanto al fondo, finalmente, el tribunal arbitral condenó a la Argentina a pagar a la sociedad *BG Group* la suma de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

En marzo de 2008, ambas partes (*BG Group* y la Argentina) realizaron sendas presentaciones ante el Tribunal del Distrito de Columbia: *BG Group* a los efectos de *confirmar* el laudo arbitral, fundándose en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), y Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*); y la Argentina, para que se *anulase* el laudo arbitral, sobre la base de que los árbitros que carecían de competencia para resolver la controversia.

El Tribunal del Distrito de Columbia *hizo lugar* a la pretensión de *BG Group* y *rechazó la petición* de la Argentina, confirmando así la *validez* del laudo arbitral. La República Argentina interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, el cual, a su vez, revocó la decisión del Tribunal de Distrito, declarando así la nulidad del laudo arbitral en cuestión. El Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia sostuvo que era válido el argumento aducido por la Argentina en el sentido de que *BG Group* debería haber incoado una demanda ante los tribunales competentes argentinos (y esperado dieciocho meses a partir del inicio de dicha acción judicial), pues sólo así, podría haber iniciado un proceso de arbitraje internacional. Por consiguiente, el Tribunal de Apelaciones declaró la nulidad del laudo arbitral.

BG Group, por su parte, disintió con la decisión adoptada por el Tribunal de Apelaciones, por lo que interpuso un recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos que, a su vez, aceptó conocer de la causa, “dada la importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional”.⁴ Así, según el razonamiento del voto de la mayoría, la cuestión planteada ante la Suprema Corte consistía en “decidir a quién le compete —en primer lugar— (al tribunal o al árbitro) la responsabilidad de interpretar y aplicar la prescripción establecida en el Art.8 relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor”.⁵ Sin embargo, esa visión un tanto limitada de la controversia, en cierta medida, es puesta en tela de juicio por el voto en disidencia, al intentar encuadrar el análisis de la cuestión controvertida más bien en torno a determinar si se estaba frente a una oferta unilateral y permanente de arbitraje prevista en el marco de un tratado bilateral de inversiones o de una simple cuestión de *arbitrabilidad* (en la acepción estadounidense del término).⁶

4 Véase, “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*” núm. 12-138, 572 U.S. (5 de marzo de 2014). p. 5: “Dada la importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional, se concede la petición”.

5 *Idem*, p. 6.

6 Sabido es que la noción de arbitrabilidad en el derecho estadounidense presenta características propias que la diferencian del sentido que, en el derecho continental europeo, y en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, se le otorga al término arbitrabilidad. Así, mientras la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que la arbitrabilidad es principalmente una condición de validez de la convención de arbitraje, en el derecho estadounidense el término *arbitrability* tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio. En efecto, en dicho contexto, el concepto de arbitrabilidad comprende, además del

1.2 Objeto del estudio

Tal como se señala en la mayoría de los comentarios al fallo objeto de análisis, la Corte Suprema de los Estados Unidos parece adoptar una posición favorable al arbitraje internacional al rechazar la tesis esgrimida por la Argentina en el sentido de que los árbitros habrían rebasado los límites de su competencia al declararse competentes para conocer del proceso arbitral que iniciara *BG Group* sin haber cumplido previamente con la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor (es decir, la Argentina).

Así, según la opinión mayoritaria de los comentaristas, esta decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos representaría un hito importante en favor del arbitraje, incluido naturalmente el arbitraje en materia de inversiones internacionales, así como una interpretación que contribuiría a esclarecer determinadas cuestiones relativas a la *arbitrabilidad*⁷ y a reafirmar el principio de *Kompetenz-Kompetenz* en el derecho estadounidense, puesto que en dicha decisión se sugiere que la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI) en el Art. 8) 2) b) y 8) 3) a) y b) del Tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina,⁸ presupone el fortalecimiento del principio de que los árbitros pueden resolver cuestiones relativas a su propia competencia. No obstante, como se analizará más adelante, la incorporación del Reglamento citado corresponde a otro supuesto que nada tiene que ver con el analizado en la controversia examinada por la Corte Suprema estadounidense, puesto que dicho *Reglamento* se aplica en caso de que el Estado receptor y el inversor convengan expresamente en recurrir a la vía arbitral, que no es precisamente lo que ocurrió en el presente caso. Por último, no podemos dejar de señalar que toda la interpretación realizada por la Corte Suprema estadounidense se basa, principalmente, en precedentes de arbitrajes internos, omitiendo analizar los precedentes en materia de arbitraje internacional, y más concretamente, en materia de inversiones internacionales, máxime cuando el principal argumento utilizado por la Corte para aceptar la causa consistió en la “importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional”.⁹

consentimiento que las partes deben prestar para recurrir al arbitraje, el ámbito de aplicación personal de la convención de arbitraje (es decir, qué personas se encuentran sujetas a un acuerdo de arbitraje), también denominado “*substantive arbitrability*” y la observancia de determinadas prescripciones previas, para estar facultado a iniciar un proceso arbitral, lo que se conoce como “*procedural arbitrability*”. Por último, cabe mencionar que el concepto de *arbitrability* también comprende el ámbito de aplicación material (vale decir, qué materias pueden someterse a arbitraje), en donde por fin dicha concepción de la arbitrabilidad encuentra un denominador común con la noción de arbitrabilidad de la gran mayoría de los sistemas jurídicos.

7 En realidad, la Corte Suprema utiliza la oportunidad que ofrece este caso para precisar una vez más que los árbitros son competentes para dirimir las cuestiones relativas a la *procedural arbitrability*, sin que esa decisión sea examinada en cuanto al fondo por los jueces, y que las cuestiones de *substantive arbitrability* deben ser decididas por los jueces, para así evitar que las partes puedan verse forzadas a recurrir al arbitraje, si así no lo hubiesen acordado.

8 Véase “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 14 (Voto de la mayoría: “Así pues, en el mismísimo tratado se autoriza a recurrir a instituciones administradoras de arbitrajes internacionales, en cuyos reglamentos se dispone que los árbitros serán competentes para interpretar este tipo de disposiciones. Art. 8 3) (en el que se establece que las partes pueden acordar someter una controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a árbitros que se designarán de acuerdo con el *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*)); en el mismo sentido, *Reglamento de la CNUDMI*, Art. 23) 1)) (rev. ed. 2010) (‘Art. 23) 1)): El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia’).

9 Véase “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 5.

Si bien celebramos toda decisión judicial en la que se adopte una posición clara a favor del arbitraje, tal vez mediante una aplicación tácita del principio de derecho del arbitraje transnacional¹⁰ denominado *favor arbitrandum*,¹¹ también es válido señalar que ello no debe hacerse a cualquier costo, especialmente si tal posición trae aparejada la no aplicación de normas claras y precisas del derecho internacional público, en general, y del derecho de los tratados, en particular. En efecto, en el análisis realizado por la Corte Suprema se prescinde de la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados, previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.¹² Así pues, podría considerarse que ese desinterés por la aplicación de normas de derecho internacional público en un terreno como el del arbitraje de inversiones, que constituye el ámbito común, por excelencia, en que los sistemas jurídicos internacional y transnacional interactúan, no contribuye a fortalecer la articulación que debe existir entre estos¹³, ni a armonizar el derecho transnacional del arbitraje, incluido naturalmente, el arbitraje de inversiones, en detrimento de los esfuerzos que a tales efectos vienen desplegando jueces de diferentes Estados, árbitros provenientes de los más diversos sistemas jurídicos y numerosas organizaciones internacionales, cuyo mandato consiste en la armonización y/o uniformización del derecho mercantil internacional, incluido el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado.¹⁴

En el presente ensayo trataremos de demostrar que una postura que favorezca al arbitraje a ultranza, en detrimento de las normas de derecho internacional general, puede terminar teniendo repercusiones negativas en el ámbito internacional y/o transnacional, en cuyo marco interactúan tanto Estados soberanos como personas jurídicas (físicas o de existencia moral). Por consiguiente, nos proponemos, dentro de los acotados límites del presente artículo, analizar la decisión de la Corte desde un punto de vista lo más

10 En el presente ensayo se parte de la premisa de que se acepta la existencia de un sistema jurídico transnacional, diferente del sistema jurídico nacional y del internacional, puesto que toda digresión, por más acotada que fuera, sobre tal problemática, rebasaría los límites del presente ensayo.

11 Así, el principio rector más importante del arbitraje internacional que se ha desarrollado en las últimas décadas es el principio de *favor arbitrandum*, que no es más que la extrapolación a nivel transnacional de una fuerte tendencia doctrinal, jurisprudencial y normativa en favor de la ampliación de los límites a los que puede verse confrontado el arbitraje como método de resolución de conflictos por excelencia. Véase, en este sentido, Hanotiau, Bernard, *L'arbitrabilité et la faveur arbitrandum: un réexamen*, *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899; "Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage, l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme. Toute l'évolution du droit de l'arbitrage international moderne tend en effet à reconnaître la compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public. Le principe devient la validité de la convention d'arbitrage et l'exception la nullité pour contrariété à l'ordre public".

12 Sobre la interpretación de los tratados de conformidad con la Convención de Viena de 1969, véase, Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., actual. y ampl. Río de Janeiro: Forense, 2014, p. 263-281.

13 Véase en este sentido, Gaillard, Emmanuel, *L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité*. Conférence commémorative John E.C. Brierley, *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 906-907: "(...) le droit international et le droit de l'arbitrage ont aujourd'hui un territoire commun, celui de la protection d'investissements internationaux, qu'elle soit ou non fondée sur un traité. (...) Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité".

14 Véase por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, de reciente aprobación, (fecha de entrada en vigor: 1º de abril de 2014), disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html>.

amplio posible, que comprenda tanto al derecho internacional público como al derecho transnacional del arbitraje, ponderando así los beneficios y las desventajas de centrar la atención en un solo aspecto de la gran variedad de normas jurídicas de los sistemas jurídicos nacional, internacional y transnacional que están en juego en este tipo de procesos.

En efecto, se procurará demostrar que la cuestión que debió concitar la mayor atención de la Corte Suprema no gira en torno a la *arbitrabilidad* de la controversia ni a la aplicación del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, sino más bien a determinar cuál es la naturaleza jurídica, desde el punto de vista del derecho internacional general, de una disposición relativa al arbitraje prevista en un tratado bilateral de inversiones. A este respecto, adherimos en gran medida a las reflexiones del voto en disidencia, emitido por el Juez Roberts (véase *infra*), al tiempo que trataremos de profundizar dicha línea de razonamiento mediante la formulación de diversas hipótesis que nos permitan dilucidar si tales disposiciones relativas al arbitraje, cuando se encuentran sujetas a condiciones, como en el caso objeto de examen, constituyen o no un *acuerdo de arbitraje*.

En última instancia, la interrogante que a la que trataremos de responder consiste en saber si posiciones contrapuestas, como las expresadas en el voto mayoritario y en el voto en disidencia, pueden conciliarse para así jerarquizar aun más la institución del arbitraje a nivel internacional y/o transnacional, o si tales razonamientos siguen caminos paralelos que nunca se cruzarán para confluir en un denominador común.

2. Análisis de los fundamentos del voto de la mayoría

Antes de pasar a analizar los fundamentos en los que se basó el voto de la mayoría, ha de verificarse lo establecido en el Art. 8) 1) y 2), del Tratado, celebrado el 11 de diciembre de 1990, entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la promoción y protección de inversiones,¹⁵ que es la disposición en torno a la cual giró la controversia entre *BG Group* y la Argentina: Así, en dicho artículo se dispone lo siguiente:

“Artículo 8°

Solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor

1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no sean dirimidas amistosamente, serán sometidas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia a decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó.

2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:

¹⁵ *Cit.* nota 1.

i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;

ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;

b) cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido. (...)"

En primer lugar, cabe destacar una vez más, que la disposición citada forma parte de un *tratado internacional* entre dos potencias extranjeras (el Reino Unido y la Argentina). Ello significa que no se trata de un instrumento internacional *entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado*, sino entre dos personas jurídicas de derecho público. Por otra parte, todo lo que se refiere a la interpretación de dicha cláusula convencional debe basarse en las normas sobre la interpretación de los tratados que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Art. 31 a 33), que también son válidas, para los Estados que no ratificaron dicha convención, como los Estados Unidos, al tratarse de una costumbre internacional cristalizada en una norma de carácter convencional.¹⁶

Como se desprende de la lectura del texto, las controversias relativas a una inversión realizada por un inversor de una Parte Contratante (en este caso, el *BG Group*, sociedad constituida en el Reino Unido) y la otra Parte Contratante (en este caso, la Argentina), *solo* podrán someterse a arbitraje internacional, a solicitud de una de las partes, cuando i) luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva, o ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa (Art. 8) 2) a) i) y ii). Sin embargo, en el Art. 8) 2) b) del Tratado se establece una excepción a la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor: cuando la Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante así lo decidan, vale decir, cuando de común acuerdo, recurran a la vía arbitral, en cuyo caso, la prescripción relativa a la sustanciación previa del reclamo en sede judicial prevista en el Art. 8) 2) a) i), ya no sería exigible.

Esas son, por lo tanto, las premisas jurídicas, establecidas libremente por el Reino Unido y la Argentina en el Tratado celebrado el 11 de diciembre de 1990, sobre las cuales la Corte Suprema de los Estados Unidos se basó para dictar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2014 en la causa "*BG Group plc v. Republic of Argentina*".

Una vez que se comprendieron estas cuestiones preliminares, entonces, podemos pasar a analizar la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con sus aciertos y desaciertos, especialmente, en vista de la importancia que reviste el arbitraje internacional como método de resolución de controversias en la actualidad.

¹⁶ A este respecto, véase: Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados. op.cit.* p. 41.

2.1 Objeto de la decisión judicial: ¿acuerdo de arbitraje internacional o tratado internacional?

Cabe señalar que el voto de la mayoría en la sentencia dictada por la Corte Suprema fue emitido por el juez Breyer, y son los argumentos allí expresados los que serán objeto de análisis en los párrafos subsiguientes. Este magistrado presentó la cuestión que debía dirimirse en los siguientes términos:

“A fin de responder a la interrogante planteada, este tribunal, en un principio, tratará el documento que tiene ante sí como si se tratase de un contrato corriente entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado. En caso de que fuese así, entonces llegamos a la conclusión de que la cuestión debe ser dirimida por los árbitros. Acto seguido, pasamos a determinar si el hecho de que el documento en cuestión es un tratado supone un cambio fundamental en el presente análisis. Sin embargo, la conclusión a la que llegamos es que ello no conlleva ningún cambio.”

Ante todo, cabe señalar que no se comprende muy bien cómo el magistrado puede partir de la premisa de que un *tratado internacional* es equiparable a un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado. Así pues, resulta obvio que si se parte de una premisa tan equivocada como esa, la conclusión a la que se llegará – y el Juez Roberts, en su voto en disidencia, al cual también adhirió el Juez Kennedy¹⁷, no dejó de poner en evidencia ese detalle, será también totalmente equivocada, para no decir carente de todo sustento jurídico. Si *se tratase de* un contrato personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, los árbitros estarían habilitados para decidir la cuestión, como efectivamente sucedió, rechazando la necesidad de recurrir, como primera medida, a un tribunal competente argentino para luego poder iniciar el proceso arbitral, motivo por el cual el Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia no podría haber revocado la decisión del Tribunal de primera instancia que había *confirmado* el laudo arbitral por el que se condenó a la Argentina a pagar 185,3 millones de dólares estadounidenses a *BG Group*.¹⁸ Sin embargo, dado que *no se trata de* un contrato, sino por el contrario, de un verdadero *tratado internacional* que se encuentra vigente entre dos Estados soberanos, la conclusión a la que habría de llegarse debería ser completamente opuesta: la decisión del Tribunal de Apelaciones que revoca el decisorio del Tribunal de primera instancia, que confirmó el laudo, es válida; dado que el laudo no fue confirmado judicialmente, sobre la base de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Ley Federal de Arbitraje, la Argentina se encontraría exenta de realizar el pago que se ordena en el laudo, a menos que *BG Group* iniciase una demanda ante un tribunal argentino y, trascurridos 18 meses de incoada dicha acción, dé inicio a un nuevo proceso arbitral internacional.

Conviene observar, una vez más, que la sociedad *BG Group* sólo pudo iniciar un proceso arbitral para solicitar una indemnización por los perjuicios sufridos, porque dos Estados soberanos, a saber, el Reino Unido y la Argentina, le confirmaron esa ventaja por el hecho de ser una sociedad constituida una de las Partes Contratantes (el Reino Unido).

17 Véase, “*BG Group plc vs. Republic of Argentina*”, cit.; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 1-2.

18 Véase, “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 14: “Así, la interpretación y aplicación de la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor, corresponde, en primer lugar, a los árbitros. El Tribunal de apelaciones no podrá revisar la decisión de los árbitros mediante un nuevo examen de fondo. Por el contrario, la revisión judicial deberá tener debidamente en cuenta lo decidido por aquellos”.

A priori, esa la posibilidad de recurrir a un proceso arbitral no habría existido, si esos dos Estados soberanos no hubiesen celebrado el Tratado.

No era en absoluto necesario, que la Corte Suprema, para dirimir la cuestión planteada, expresase que trataría el documento que tenía ante sí como si “fuese” un contrato entre personas físicas o jurídicas de carácter privado. Hubiese bastado con comprobar que en el Art. 8) 2) b) del Tratado, se autoriza a una Parte Contratante y a un inversor de la otra Parte Contratante a decidir (expresa o tácitamente) recurrir a la vía arbitral, que fue lo que en cierto modo sucedió en este caso, puesto que, *BG Group* requirió el inicio de un proceso arbitral en 2003 y la Argentina, al menos tácitamente, aceptó dicha solicitud, dado que participó en el nombramiento de los árbitros y convino en que la ciudad de Washington, DC, fuese la sede de arbitraje. De este modo, la Argentina, según nuestro entender, “no exigió el cumplimiento” de la cláusula según la cual “[l]as controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional (...) a) a solicitud de una de las partes (...) i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva” (Art. 8) 2) a) i).

Tampoco era necesario haber utilizado algunos argumentos doctrinales – erróneos para el caso objeto de examen, puesto que la cuestión versaba sobre un *tratado* entre Estados soberanos y no sobre un *contrato* entre personas físicas o jurídicas de carácter privado – en el sentido de que la observancia de los mecanismos de índole procedimental que figuran en un acuerdo de arbitraje (o en un acuerdo bilateral de inversiones) por lo general no constituye un requisito previo de carácter procedimental, así como que tales cláusulas imponen una pesada carga a la parte que intenta iniciar un proceso arbitral, contando con bajas probabilidades de llegar a un acuerdo respecto de la controversia. Por otra parte, cabe señalar que las partes deben *cumplir* las disposiciones de un tratado, sin que sea necesario aducir que no constituyen un “requisito previo de carácter procedimental”, o que tales cláusulas imponen “una pesada carga para una parte”, etc. Cabe señalarlo una vez más: el acuerdo entre el Reino Unido y la Argentina no es un acuerdo de arbitraje, sino un *tratado internacional* entre dos Estados soberanos, cuyas normas son obligatorias, entre otras normas, en virtud de la primera parte del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹⁹

2.2 ¿Aplicación de presunciones judiciales derecho interno en relación con un tratado internacional?

Otra crítica de la que puede ser objeto la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos se relaciona con la aplicación por parte de dicho Tribunal de presunciones judiciales basadas en decisiones de derecho *interno* para dirimir una cuestión que atañe a un tratado *internacional*. Ello sucede en varios países, aunque no puede ser una constante en las decisiones de una Corte Suprema. Las cuestiones relacionadas con el derecho de los tratados han de resolverse de conformidad con las normas del derecho internacional público, en especial, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de

19 . Cita literal: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

1969, convención esta que, a pesar de no tener valor jurídico en los Estados Unidos como derecho convencional, habida cuenta de que aún no ha sido ratificada por dicho país, sí puede hacerse valer como una norma de derecho *consuetudinario* en materia de tratados, como así lo reconoce el propio Departamento de Estado de los Estados Unidos.²⁰

Sin embargo, el Juez Breyer, no lo entendió de ese modo y procedió a aplicar las presunciones establecidas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos, aunque el objeto de la controversia se relacionase con un tratado internacional, al expresar que:

“Cuando se pide a un tribunal federal, como sucede en las presentes actuaciones, que interprete esa intención en el marco de un proceso en el que una parte pretende anular y la otra confirmar un laudo dictado en virtud de la Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*), dicho tribunal deberá aplicar, normalmente, las presunciones establecidas en la legislación estadounidense.” [Sin cursivas en el original]

Tan solo cabe recordar, que las partes al solicitar tanto la confirmación como la nulidad del laudo arbitral, también fundaron sus argumentos en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), la cual pasó, según parece, a tener *menos valor* que la Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*), a pesar de que es mediante esa convención que se autoriza a aplicar la legislación interna para resolver cuestiones relativas a la arbitrabilidad de la controversia.

No sería en absoluto censurable la utilización de presunciones de carácter procesal establecidas en la legislación interna estadounidense si se tratara de dirimir una controversia relativa a un contrato entre personas físicas y jurídicas de carácter privado, porque incluso a la luz del Art. III de la Convención de Nueva York de 1958, “cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución *de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes.” [Sin cursivas en el original]. Es evidente que, Corte Suprema al haber partido de una premisa falsa, a saber, que el documento objeto de análisis debe ser analizado como si fuese un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, no pudo llegar a una conclusión correcta. De ello se desprende que, la afirmación que se realiza en el voto de la mayoría, sobre la base del fallo *Sullivan v. Kidd*, 254 U.S. 433 (1921), en el sentido de que “los tratados deben interpretarse de conformidad con los principios que rigen la interpretación de los contratos”, carece de sentido; si fuese así no existiría toda una sección – la Sección tercera de la Parte III - de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dedicada a la “Interpretación de los Tratados” (Arts. 31 a 33).

En este orden de ideas, cabe señalar que la Corte decide rechazar el argumento de la Argentina en el sentido de que los árbitros excedieron sus atribuciones al resolver que el Decreto del Poder Ejecutivo por medio del cual se establecía una suspensión de los procesos judiciales por un plazo de 180 días conducían necesariamente a un resultado “absurdo e irrazonable”, y por lo tanto, exoneraban a *BG Group* del cumplimiento de la

20 A este respecto, véase la información que figura en: *U.S. Department of State, Diplomacy in Action*. in: <<http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>>. El sitio Web fue visitado por última vez el 11.09.2014.

prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor. En efecto, la Corte sostiene que:

“Si bien este Tribunal no tendría necesariamente que interpretar que esas medidas tornan el requisito de agotamiento de recursos internos “absurdo e irrazonable”, al mismo tiempo, no podemos afirmar que las resoluciones de los árbitros están prohibidas por el Tratado. Así, los árbitros no ‘se apartaron de la interpretación y aplicación del acuerdo’ ni de ninguna otra manera ‘impusieron efectivamente ‘su propia justicia.’ Véase *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int’l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (en donde se resolvió que solo cuando un árbitro realiza un acto semejante “el laudo que dicte podrá no tener fuerza ejecutoria” (con cita del fallo *Major League Baseball Players Assn. v. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (decisión unánime)).”

Sin embargo, ha de señalarse la contradicción en la que incurre la Corte Suprema en su razonamiento al confirmar la decisión del Tribunal Arbitral – que a su vez, se basa en el Art. 32 de la Convención de Viena – a partir de precedentes jurisprudenciales en los que no está en juego la interpretación de un tratado ni de normas de aplicación inmediata (*lois de police*) de un Estado soberano. Por otra parte, también cabe destacar que ni el Tribunal Arbitral ni la Corte citan correctamente el Art. 32 b) de la Convención de Viena, muy probablemente por inadvertencia, o tal vez porque su cita correcta podría menoscabar la solidez de sus argumentos. En efecto, los árbitros aplican el Art. 32 b) de la Convención de Viena, omitiendo al citar dicha disposición el término (adverbio) “manifiestamente” que califica a los adjetivos “absurdo e irrazonable”.²¹ Cabría preguntarse, pues, si dicha omisión no supone una desvirtuación del espíritu de la disposición objeto de análisis. La introducción del término “manifiestamente” presupone que el juez o, en su caso, el árbitro encargado de analizar la disposición de que se trate debe tan solo realizar un examen escueto, superfluo de la cuestión para poder llegar a la conclusión de que una determinada interpretación de una disposición de un tratado conducirá a un resultado “absurdo e irrazonable”. Por el contrario, la eliminación del término “manifiestamente” conlleva un análisis más profundo de la cuestión, que es lo que sucedió en el marco del laudo arbitral. Así, los árbitros, para poder llegar a la conclusión de que la aplicación del Decreto del Poder Ejecutivo núm. 214/2002, que tenía como finalidad limitar el acceso a la vía judicial por un plazo de 180 días, conduciría a un resultado absurdo e irrazonable debieron realizar un examen pormenorizado de las implicancias del mismo. Sin embargo, también podría argüirse que la suspensión de los procesos judiciales por un plazo de 180 días, en el marco de un plazo mucho mayor, como es el previsto en el Art. 8 2) a) i) del tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina, que se extiende por 18 meses, no conduce a un resultado “manifiestamente” absurdo e irrazonable, máxime tratándose de la interpretación de normas de emergencia del Estado receptor. En cualquier caso, nos parece pertinente reparar en las implicancias que trae aparejadas la omisión del adverbio “manifiestamente” en la interpretación de la cuestión, puesto que esta constituye el elemento central para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor, para luego poder iniciar un proceso arbitral. Sin embargo,

21 Para obtener mayores detalles sobre la interpretación del Art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, véase, Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 269-272.

la Corte Suprema no solo pasó por alto dicha omisión, sino que también la convalidó, soslayando así la importancia de realizar una correcta interpretación de las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación de los tratados, lo que podría calificarse, por lo menos, de paradójico.

2.3 Consideraciones sobre las implicancias del principio de *Kompetenz-Kompetenz*

Tal como lo expresamos anteriormente, celebramos que, según la opinión de cierta corriente doctrinaria, la Corte Suprema a través de la decisión objeto de análisis, haya contribuido a fortalecer, aunque de forma indirecta, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* en el derecho estadounidense. En efecto, el fortalecimiento de dicho principio se produciría como consecuencia de que en el voto de la mayoría se sostuvo que la incorporación del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI en el tratado, presupondría que los árbitros serán competentes para decidir cuestiones como la que se examina en el presente caso, a saber, cuáles son las consecuencias de la inobservancia de la prescripción del Art. 8 2) a) i) del Tratado. A ese respecto, la Corte Suprema decidió que:

“Así pues, en el mismísimo tratado se autoriza recurrir a instituciones administradoras de arbitrajes internacionales, en cuyos reglamentos se dispone que los árbitros serán competentes para interpretar este tipo de disposiciones. Art. 8(3) (en el que se establece que las partes pueden convenir en someter una controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a árbitros que se designarán de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)); en el mismo sentido, Reglamento de la CNUDMI, Art. 23 1) (rev. ed. 2010) (‘Art. 231): El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia’); Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, Art. 41 1) (ed. 2006) (‘El tribunal resolverá su propia competencia’). Cf. *Howsam*, *supra*, pág. 85 (en donde se tiene debidamente en cuenta la incorporación por las partes del Código de Arbitraje de la Asociación Nacional de Empresas de Corretaje en Valores Mobiliarios (National Association of Securities Dealers’ (NASD) Code of Arbitration) al contrato, en el que se estipulaba una competencia de similares características, como prueba de que la intención de las partes era que los árbitros tuviesen competencia para “interpretar y aplicar las reglas relativas a los plazos del NASD”).”

Sin embargo, la referencia que realiza la Corte Suprema al Art. 8) 3) del Tratado no contribuye a la dilucidación de la cuestión controvertida en estas actuaciones. Ha de señalarse que dicha disposición se relaciona con el Art. 8) 2) b) del Tratado en el que se prevé la vía arbitral para el supuesto en que las partes así lo hayan convenido. Empero, las partes no celebraron ningún acuerdo al respecto. Por ende, esa cláusula no es aplicable, y parecería que nada aporta su análisis a la resolución de la verdadera cuestión controvertida. Por el contrario, el análisis que realiza la Corte Suprema de las consecuencias jurídicas que traen aparejadas la incorporación, por referencia, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sirve para reforzar su decisión de no apartarse de las presunciones habituales en materia de arbitraje (interno) establecidas en precedentes como el citado fallo “*Howsam*”. Por consiguiente, de ello se sigue que la supuesta reafirmación del principio de *Kompetenz-Kompetenz* solo alcanzaría a casos de arbitraje interno, lo que

no es censurable en absoluto, pero poco parece contribuir a la resolución de un caso de arbitraje de inversiones entre un Estado soberano y un persona física o jurídica de otro Estado. Tal vez, hubiese sido más conveniente reafirmar tal principio en el marco de otra causa en la que no se dirimiese una cuestión relativa a un arbitraje de inversiones. En ese sentido, es de destacar que existen varios precedentes jurisprudenciales estadounidenses sobre la cuestión de la incorporación de reglamentos de arbitraje y sus consecuencias jurídicas, de modo que la Corte podría haber pasado por alto el análisis de esa cuestión, que no resulta pertinente al caso que nos ocupa.²²

2.4 La condición relativa al consentimiento: desinterés manifiesto por la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es uno de los pocos tratados en el mundo que tiene valor jurídico – bien como tratado, bien como *costumbre* internacional cristalizada en una norma convencional - incluso para los Estados que aún no la hayan ratificado.²³

Los Estados Unidos firmó la Convención de Viena de 1969, el 24 de abril de 1970, pero aún no la ha ratificado.²⁴ En efecto, en el Art. 18) a) de la Convención se establece que “[u]n Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado, a) si *ha firmado* el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado...”. Ello significa que con la firma de un tratado *ya surgen* obligaciones para los Estados signatarios en el período comprendido entre su firma y la futura ratificación del mismo. Se trata de una obligación que los tribunales internos deben conocer, pero lamentablemente, parece que no es así. Este argumento, sumado al hecho de que la Convención se aplica en los Estados también como norma consuetudinaria cristalizada, hace suponer que para resolver una cuestión jurídica relacionada con un tratado internacional no se puede conferir preeminencia a la legislación interna de un Estado por sobre las disposiciones relativas al derecho de los tratados, reconocidas por la sociedad internacional en su conjunto, como lo son las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Este manifiesto desinterés por la aplicación de las normas de interpretación de los tratados previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

22 Véase en este sentido, los siguientes fallos en los que prácticamente todas los tribunales de apelaciones que analizaron el tema consideraron que la incorporación del Reglamento de la *American Arbitration Association* (AAA) constituye una prueba clara e inequívoca de que las partes convinieron en someter a arbitraje la cuestión relativa a la arbitrabilidad. Véase, *Petrofac, Inc. v. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012); *Fallo v. High-Tech Inst.*, 559 F.3d 874, 878 (8th Cir. 2009); *Qualcomm Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1373 (Fed. Cir. 2006); *Terminix Int'l Co. v. Palmer Ranch LP*, 432 F.3d 1327, 1332 (11th Cir. 2005); *Contec Corp. v. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005). Un solo tribunal de apelaciones ha llegado a una conclusión opuesta, a saber: *Riley Mfg. Co. v. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 777 & n.1, 780 (10th Cir. 1998). En el Reglamento de Arbitraje de la AAA figura una disposición relativa a la competencia que es similar a la establecida en el Art. 21 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y casi idéntica a la prevista en el Art.23 1) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Las conclusiones a las que llegaron el Tribunal del Segundo Distrito y del Circuito de Washington, DC, relativas a la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI guardan coherencia con las opiniones mayoritarias sobre los efectos de la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la AAA en un convenio arbitral.

23 Véase, Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

24 Véase, Vienna Convention on the Law of Treaties, Status as at: 20.09.2014. Puede consultarse en: <<https://treaties.un.org>>.

no parece resultar de utilidad para una Corte Suprema cuando debe decidir una cuestión relacionada con un tratado internacional. Es evidente que la legislación nacional no ha sido concebida para resolver cuestiones sobre tratados, puesto que las normas elaboradas por la comunidad internacional en su conjunto tienen un carácter mucho más democrático y participativo, sobre todo si se trata de la Convención de Viena de 1969, que representa, en muchos aspectos, la costumbre internacional cristalizada en materia de tratados internacionales.

A nuestro juicio, tampoco puede considerarse correcto el argumento que adujo la Corte Suprema en el sentido de que “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor constituye una condición de naturaleza esencialmente procedimental — una norma relativa a la tramitación de reclamos que determina el momento oportuno en que puede iniciarse un proceso arbitral”,²⁵ en virtud del cual la interpretación de ese tipo de prescripciones corresponde que la realicen, en primer término, los árbitros (y no así, los jueces).

La cuestión no debería haberse resuelto a partir de la inferencia de que se trataba de una condición “de carácter eminentemente procedimental”, puesto que cuando se prevén tales condiciones en el marco de un *tratado*, también son fundamentalmente obligatorias para los Estados Partes. La cuestión que se plantea en este contexto es la siguiente: de conformidad con el Art. 8) 2) b) del Tratado, al ponerse de acuerdo las partes en recurrir a un proceso arbitral, ¿deviene abstracta la prescripción establecida en Art. 8) 1) relativa a la sustanciación del reclamo, en primer lugar, en sede judicial del Estado receptor? Así, bien podría argüirse que fue precisamente eso lo que ocurrió entre la Argentina y la sociedad *BG Group*; en efecto, cuando esta última inició el proceso arbitral en 2003, la Argentina habría aceptado tal acto, tanto es así que participó en la designación de los árbitros y en la selección de Washington, DC, como sede del arbitraje, renunciando de ese modo a la cláusula general de admisibilidad relativa al arbitraje.

Como puede apreciarse, en el marco de la decisión objeto de análisis, no reviste importancia determinar si se trata de una condición “de carácter eminentemente procedimental” o no. Así, cabe preguntarse cuáles serían los cambios que acarrea el hecho de que efectivamente se trate de una condición de esa naturaleza. Es a todas luces evidente que las disposiciones de un tratado entre las Partes Contratantes son obligatorias.²⁶ Lo que no advierte la Corte Suprema de los Estados Unidos es que en el *propio tratado* se encuentra la solución al problema, si se toma en consideración la disposición expresa del Art. 8) 2) b). A nuestro entender, hubiese bastado con interpretar el tratado a la luz del Art. 31) 1) de la Convención de Viena de 1969, en el que se establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Así pues, si el objeto y fin del tratado entre el Reino Unido y la Argentina consistía en “crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de los inversores de un Estado en el territorio del otro Estado”,²⁷ parece evidente que el Estado Parte pue-

25 Véase, “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 9.

26 Véase, el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

27 Véase el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, cit. nota 1.

de renunciar a la cláusula general de admisibilidad prevista en el Art. 8) 1), cuando este “y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido” (Arte. 8) 2) b).

La cuestión, en definitiva, si se interpreta correctamente el tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina, habría de resolverse de la siguiente manera: mediante la disposición prevista en el Art. 8) 2) b) se permite que una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante convengan espontáneamente (expresa o tácitamente) en someter la controversia a arbitraje, sin que sea necesario que previamente se sustancie el reclamo en sede judicial del Estado receptor como condición de admisibilidad del arbitraje, en aplicación del principio transnacional de *favor arbitrandum*. Al actuar de ese modo, la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante se comprometen a delegar en *los árbitros* la competencia para dirimir la controversia de que se trate.

Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llegado, por coincidencia, a la misma conclusión, el camino recorrido no fue el correcto desde un punto de vista jurídico. Cabría preguntarse entonces: ¿todos los caminos conducen a Roma? La respuesta sería afirmativa, pero no se puede dejar de resaltar que algunos caminos son jurídicamente correctos, y otros no. Ir a Roma por la ruta adecuada, es lícito; ir a Roma de contramano, no es lo más adecuado desde una perspectiva jurídica. Un tribunal debe centrar su atención no solo en llegar a la solución justa, sino también hacerlo sobre la base de un razonamiento jurídicamente correcto. En el caso que nos ocupa, hubiese bastado con leer e interpretar correctamente el cristalino Art. 8) 2) b) del tratado entre el Reino Unido y la Argentina para llegar, a nuestro entender, a esa decisión.

3. Análisis del voto en disidencia

El juez Roberts, presidente del Corte Suprema de los Estados Unidos, a cuyo voto adhirió el Juez Kennedy, emitió el voto en disidencia. Por lo tanto, resulta conveniente analizar dicho voto sobre la base de las críticas que allí se expresan respecto del voto de la mayoría. Aun cuando, el voto en disidencia se basa en fundamentos más adecuados que los del voto de la mayoría, estimamos que dicho voto transitó solamente la “mitad del camino”, como veremos más adelante (véase Sección 3.3, *infra*).

3.1 Crítica razonada del voto de la mayoría

En el voto en disidencia, reiteramos, se exponen argumentos más adecuados, a nuestro parecer, que los expuestos en el voto de la mayoría, sobre todo porque el Juez Roberts comprende que el documento que la Corte Suprema tiene ante sí es un *tratado* celebrado entre Estados soberanos, y no así, un acuerdo de arbitraje, tanto más cuanto que los inversores ni siquiera son *partes* en dicho instrumento internacional (como realmente no podrían serlo al tratarse de acto *convencional*). De hecho, en los primeros párrafos del voto en disidencia, se ironiza sobre la decisión a la que se llegó en el voto de la mayoría, al subrayarse lo siguiente:

“Lo que esta Corte “tiene ante sí,” no es naturalmente un instrumento que pue-

da caracterizarse en absoluto de esa manera [vale decir, un contrato corriente entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado]. Por el contrario, no se trata sino de un tratado concertado entre dos naciones soberanas: el Reino Unido y la Argentina. Ningún inversor es parte en el acuerdo. [...] No es de extrañar que, tras haber comenzado a transitar por el camino equivocado, el voto de la mayoría llegue al lugar equivocado.”²⁸

La observación, como ya se señaló anteriormente, es pertinente. En efecto, no se alcanza a comprender las razones por las cuales la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que el instrumento que tenían delante de sí era un *contrato*. Como ya lo adelantamos, hubiese bastado con leer el instrumento para darse cuenta de que se trataba de una norma *convencional*, es decir, de un *tratado* internacional de inversiones, en cuyo Art. 8 se prevé simplemente la posibilidad de recurrir a la vía arbitral, siempre que se cumplan determinados requisitos, nada más que eso. Así, es sobre la base de esta premisa que la Suprema Corte de los Estados Unidos debería haber dirimido la cuestión en examen, y no partiendo de la idea falsa e incongruente de que se trataba de un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado que, incluso, debía ser interpretado de conformidad con las normas internas de ese país.

3.2 Consideraciones críticas sobre el exceso formalismo terminológico del voto de la mayoría

En otro orden de ideas, cabe señalar que la decisión del voto de la mayoría gira en torno a dilucidar si el Art. 8) 2) a) i) constituye una condición relativa al consentimiento que debe prestar la Argentina para poder recurrir a la vía arbitral o si se trata de una condición de carácter procedimental (una norma relativa a la tramitación de reclamos). Así, esa “caracterización” de la disputa solo sirve para poder aplicar los precedentes estadounidenses de carácter interno que establecen que cuando se trata de una “condición relativa al consentimiento” son los jueces quienes tienen competencia – en primer lugar – para decidir la cuestión y cuando se trate de una “condición de carácter procedimental” es entonces a los árbitros a quienes incube decidir – en primer lugar – esa cuestión. Es por ello, que en el voto de la mayoría se llega a la conclusión que para tratarse de una condición relativa al consentimiento, las Partes²⁹ deberían haber utilizado expresamente dicha palabra: “consentimiento”³⁰, y ante su ausencia, la Corte decide que se trata de una

28 Véase, “BG Group Plc. v. Republic of Argentina”; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 1.

29 Respecto de la utilización de la palabra “Partes” en el Art. 8) 2) a) i) y ii) nos permitimos hacer una pequeña digresión. Debe ponerse de relieve que se utiliza el término “Partes” y no así las “Partes Contratantes” como en el Art. 8) 2) b). Ello se debe a que en el primer caso, *no* se trata de un acuerdo de arbitraje sino solamente de una “oferta unilateral permanente” (ciñéndonos a los términos utilizados por el Juez Roberts en su voto en disidencia) que ambos países realizan a persona “determinable”, vale decir, a una persona física y/o jurídica del Estado receptor. Por lo tanto, no tendría sentido referirse concretamente al término “consentimiento” en esa etapa previa a la formación del contrato, en donde solo existe una oferta, puesto que se sobreentiende que el acuerdo de arbitraje solo quedará perfeccionado cuando la otra “Parte” preste su consentimiento a la oferta inicial, en los mismos términos en que fue formulada. Es de destacar, que en el Art. 8) 2) b) se utiliza el término “Parte Contratante” e inversor, puesto que en este supuesto se hace referencia a la posibilidad concreta de que el Estado receptor y el inversor (determinable) convengan en recurrir a la vía arbitral. Por consiguiente, la presunción de derecho interno estadounidense no corresponde exactamente a la situación que las Partes Contratantes previeron en el Art. 8) 2) a) i).

30 Véase “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (Resumen de las actuaciones - en relación con el voto de la mayoría): “Empero, habida cuenta de que en el presente Tratado no se dispone que la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor (en lo sucesivo “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial”) sea una condición que presuponga “prestar consentimiento” para el inicio de un proceso arbitral, el tribunal no debe precisar cuál sería el efecto que tendría una prescripción en tal sentido. Así, el tribunal no tiene por qué

cuestión puramente procedimental que debe ser dirimida – en un primer momento – por los árbitros.

Sin embargo, el Juez Roberts, en su voto en disidencia, advierte esta cuestión al afirmar que no existe razón alguna para que deba figurar una designación tan evidente como “condición relativa al consentimiento”, puesto que la Corte, por lo general, no exige que existan “palabras mágicas” en los tratados.³¹

De lo precedentemente expuesto se desprende que, la atención del voto de la mayoría parece más centrada en lograr que las relaciones jurídicas dimanantes de un tratado internacional encuadrasen en las presunciones internas del derecho estadounidense del arbitraje, que en analizar la cuestión desde una perspectiva transnacional o verdaderamente internacional como lo amerita la causa objeto del presente análisis.

3.3 ¿Decisión a mitad de camino?

En el voto de la disidencia, a su vez, tampoco se advirtió que en el Art. 8) 2) b) del tratado se permite que el inversor de un Estado Contratante y el otro Estado Contratante podrán recurrir al arbitraje, *independientemente* de sustanciar el reclamo en sede judicial del Estado receptor, sin que sea necesario esperar 18 meses a partir del momento en que se inició la controversia en sede judicial del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión.

Según lo expresado en el voto en disidencia, ello solo sería posible si el consentimiento se obtuviese “por medio de un acuerdo específico”.³² Sin embargo, esto no es así, puesto que en el Art. 8) 2) b) se prevé solamente que se podrá recurrir a la vía arbitral “cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido”. Cabría preguntarse, entonces, si ha de observarse algo forma específica para la celebración de dicho acuerdo. Sin embargo, en la disposición objeto de análisis solo se hace referencia a un acuerdo de partes, por lo que este puede ser expreso o tácito.

Como se puede constatar, en el voto en disidencia, se formuló un razonamiento correcto en lo que atañe a la comprensión de que se está ante un *tratado* entre Estados soberanos, y no ante un acuerdo de arbitraje entre personas físicas o jurídicas de carácter privado. En realidad, el tratado permite que se realice una “concesión” respecto de la posibilidad de recurrir a la vía arbitral de conformidad con las condiciones en él enumeradas, a saber: cuando se agotan los recursos internos, sin éxito, o cuando las partes (el inversor y el Estado en el que se realizó la inversión) convienen en someter la controver-

no limitarse a resolver que, ante la inexistencia, en el marco de un tratado, de una disposición que indique que la intención de las partes ha sido conferir una delegación de autoridad diferente, se aplica el razonamiento habitual en materia de interpretación. Págs. 10 a 13. [...] En el Tratado no figura disposición alguna que indique que la intención de las partes se contraponen a las presunciones habituales respecto de quién debe decidir las cuestiones relativas al “criterio mínimo” para la procedencia o no del arbitraje. Tanto la redacción como la estructura de la prescripción establecida en el Art. 8 indican claramente que se trata de una condición procesal previa al inicio de un proceso arbitral.

31 Véase “BG Group plc vs. Republic of Argentina”, cit., p. 3 (Voto de la disidencia), p. 6-7: “Sin embargo, no existe razón alguna para considerar que deba exigirse una designación tan evidente de dicha condición relativa al consentimiento, habida cuenta de que esta Corte, por lo general, no exige que figuren “palabras mágicas” en los tratados. *Medellín v. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008)”.

32 Idem; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 5.

sia a un proceso arbitral (que es lo que ocurrió en este caso, si bien la Argentina, en su contestación, sin que le asistiese la razón, negó que el tribunal arbitral fuese competente conocer de la controversia).

En la medida que en el voto de la disidencia no se percibe la dificultad concreta que establece el Art. 8) 2) b) del Tratado, se llega a la conclusión de que “le incumbe a un tribunal judicial, y no a un árbitro” la competencia para resolver la cuestión, lo que también resulta incorrecto. Por lo tanto, a pesar de haber mejorado sustancialmente su razonamiento en comparación con el del voto de la mayoría, y de haber comprendido más adecuadamente los conceptos jurídicos sobre los que gira la controversia, el voto en disidencia transitó solamente la “mitad del camino”. Según nuestro parecer, lo correcto habría sido entender que la facultad para recurrir a la vía arbitral provino de la voluntad de las partes (es decir, del inversor y del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión), según reza el Art. 8) 2) b) del tratado bilateral de inversiones. A pesar de que la Argentina, como se señaló, haya negado la “competencia” del tribunal arbitral, lo cierto es que, dicho país, se mostró, de alguna manera, de acuerdo en recurrir a la vía arbitral en el año 2003 y, hasta participó en la selección de los árbitros y en la selección de la sede del arbitraje, (Washington, DC), de lo que puede colegirse que aceptó, si bien de forma indirecta, la facultad establecida en el Art. 8) 2) b) del Tratado.

4. Fundamentos disociados de las normas internacionales y transnacionales: una *contraditio in terminis* autorizada?

Como ya lo adelantamos a lo largo del presente artículo, los fundamentos que sirven de sustento al fallo en análisis (tanto los expuestos en el voto de la mayoría, y en cierta medida también, en el voto en disidencia), presuponen, a nuestro entender, una contradicción en sí misma. En efecto, la aseveración de que un *presunto* acuerdo de arbitraje es equiparable a un *tratado internacional* no constituye sino una contradicción en sí misma. No obstante, esa contradicción parece verse autorizada por el fin último que persigue: otorgarle a la controversia planteada ante la Corte un encuadre jurídico tal que permita la aplicación de las presunciones habituales en materia de arbitraje basada en una miríada de precedentes jurisprudenciales, entre los que destacan, *First Options*³³ y *Howsam*.³⁴

4.1 Complementariedad del derecho internacional público y del derecho transnacional del arbitraje

Nadie podría soslayar el hecho de que, los últimos tiempos, la interacción del orden jurídico internacional y el orden jurídico transnacional ha venido cobrando cada vez mayor visibilidad y robustez. Esa reflexión es especialmente válida para la clase de controversias como la planteada en el caso objeto de análisis. En efecto, la controversia de la que conoció la Corte Suprema se originó en un pedido de anulación (por la parte condenada) y de ejecución (por la parte vencedora) de un laudo definitivo dictado por un tribunal arbitral *ad hoc*, formulados ante el Poder Judicial del país en el que se prosiguió el arbitraje (Estados Unidos de América), de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI, versando la controversia sobre un arbitraje de inversiones en

33 Véase “*First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*”, 514 U. S. 938, 942 (1995).

34 Véase “*Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*”, 537 U. S. 79, 84 (2002).

el marco de un tratado bilateral de inversiones. Así pues, resulta palpable la interacción de múltiples sistemas jurídicos en el marco de esta serie de decisiones y apelaciones.

La interrelación de los tres sistemas jurídicos es más que evidente. Más que evidente también tendría que ser la aplicación armonizada de los principios dimanantes de tales sistemas jurídicos que en los que confluyen normas de interpretación del derecho internacional general, del derecho de los tratados (Convención de Viena de 1969), las normas de derecho transnacional del arbitraje y, en cierta medida, las normas procesales del ordenamiento jurídico nacional en donde se dictan decisiones sobre el laudo y se interponen apelaciones. Sin embargo, en el presente caso se advierte que las normas del ordenamiento jurídico interno tuvieron prevalencia absoluta por sobre las normas internacionales y transnacionales, que en realidad, serían las más adecuadas para resolver correctamente la cuestión planteada. Tales normas, además de haber sido concebidas para dilucidar casos como el que nos ocupa, también comportan una extrapolación de principios generales de derecho derivados de una gran cantidad de ordenamientos jurídicos nacionales, entre los que se encuentran los de las Partes Contratantes. Así pues, el desinterés por su aplicación al caso en análisis también menoscaba el razonamiento de la Corte, que no obstante ello, llegó a una decisión acertada, pero por el camino equivocado, abriendo así la puerta a que otros Tribunales inferiores se hagan eco de la mecánica subyacente a tal razonamiento y lo apliquen en casos similares, con el riesgo de que tal vez lleguen a un resultado equivocado.

4.2 Expectativas de las partes: ¿qué función cumplen en un tratado internacional de inversiones?

En otro orden de ideas, centramos ahora nuestra atención en un elemento esencial en todo acuerdo de arbitraje, ya sea interno o internacional, a saber, *las expectativas de las partes*. Como primera medida, deberíamos procurar saber si ese elemento, que cumple una función crucial en el marco de un arbitraje entre personas físicas o jurídicas, puede también revestir importancia para contribuir a una correcta interpretación del Art. 8) 2) a) i) del tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina.

De conformidad con el razonamiento expuesto en el voto de la disidencia, al que adherimos plenamente en lo que atañe a esta cuestión concreta, parecería que dichas expectativas no podrían cumplir una función muy relevante, ya que aún no se habría perfeccionado el convenio arbitral. Por consiguiente, la frase “expectativas de las partes” en este caso concreto, debería modificarse para así significar “expectativas de las Partes Contratantes”, vale decir, del Reino Unido y la Argentina. Siguiendo esta línea de razonamiento, los precedentes jurisprudenciales citados en el voto de la mayoría³⁵ tal vez revestirían importancia si la controversia hubiese versado sobre el Art. 8) 2) b) en el que sí se prevé que las Partes en un contrato de arbitraje (vale decir, una Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante) hayan convenido en recurrir a la vía arbitral. Pero tal como también lo explica, incluso el Procurador General (de los Estados Unidos de América), “la prescripción relativa a la sustanciación de un reclamo en sede judicial del Estado receptor pued[e] ser ‘una condición por parte del Estado para prestar su consentimiento a fin de celebrar un acuerdo de arbitraje.’”

35 Véase “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 10 (Voto de la mayoría): *Air France v. Saks*, 470 U. S. 392, 399 (1985); *Wright v. Henkel*, 190 U. S. 40, 57 (1903).

Ahora bien, la decisión plasmada en el voto de la mayoría de rechazar el dictamen del Procurador General, y de sostener que “[e]n general, *un tratado es un contrato, si bien celebrado entre naciones*[...] [El énfasis ha sido añadido] ... [de modo que] su interpretación consiste normalmente, como sucede con la interpretación de los contratos, en determinar la intención de las partes”³⁶, no resultaría de gran utilidad para interpretar el Art. 8) 2) a) i), en torno al cual gira el fallo objeto de análisis, puesto que, como ya lo explicásemos, en este artículo el concepto de “partes” hace referencia a las *Partes Contratantes* (el Reino Unido y la Argentina). Ello se debe a que mediante dicho artículo no se perfecciona un acuerdo de arbitraje, sino que se formula una oferta unilateral y permanente en favor de las partes “determinables” (o sea, los inversores de algunos de los dos Estados soberanos), que solo dará lugar a un convenio de arbitraje, una vez que dicha oferta haya sido aceptada por el inversor *determinable*, luego de haber cumplido con las prescripciones o condiciones en él establecidas. Por consiguiente, *las expectativas de las partes* en este contexto no pueden servir de base para interpretar un artículo de un tratado bilateral de inversiones, menos aun cuando el fin último de dilucidar la intención y/o expectativas de las partes conlleva la interpretación de un acuerdo (en este caso, de arbitraje) que nunca no se perfeccionó.

5. Conclusión

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del 5 de marzo de 2014, recaída en las actuaciones “*BG Group plc v. Republic of Argentina*”, fue correcta: el arbitraje entre *BG Group* y la Argentina fue declarado válido, confirmándose así la condena a pagar 185,3 millones de dólares. Sin embargo, como se ha demostrado a lo largo del presente artículo, los fundamentos expresados la Corte Suprema de los Estados Unidos en sustento de su decisión son totalmente erróneos. De hecho, en dicha decisión, además de haberse confundido un contrato con un tratado internacional, por una parte, y el derecho interno con el derecho internacional, por la otra, también se presentaron fundamentos totalmente disociados de los principios y normas rectores de las relaciones internacionales y transnacionales contemporáneas, de manera que la decisión “correcta” de la Corte Suprema de los Estados Unidos no fue más que una pura coincidencia, como sería si se hubiese dictado ciñéndose a las normas que el derecho internacional, en general, y el derecho de los tratados, en particular, imponen para la resolución de cuestiones similares.

¿Todos los caminos conducen a Roma? En el caso de “*BG Group plc v. Republic of Argentina*” el camino seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos condujo a al resultado esperado, pero de una manera confusa y equivocada, a excepción, en parte, del voto disidente emitido por el juez Roberts, al cual adhirió el Juez Kennedy. Así, cabe señalar que varios caminos pueden conducir a Roma, empero, algunos son jurídicamente correctos, y otros no. Ir a Roma por el camino correcto, es lícito; ir a Roma en contra, no es jurídicamente aceptable. Un tribunal debe realizar los mayores esfuerzos para llegar a la solución correcta siempre por la vía adecuada desde un punto de vista jurídico, en especial, cuando se trata de una Corte Suprema.

³⁶ *Ibid.*

6. Referencias bibliográficas

Gaillard, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité. Conférence commémorative John E. C. Brierley. *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 892-907.

Hanotiau, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899-966.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Schreuer, Christoph. Consent to arbitration (Cap. 21). In: Muchlinski, Peter; Ortino, Federico & Schreuer, Christoph (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 830-867.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

NUESTRO DECANO CONCURRIÓ AL CONGRESO DE DERECHO COMPARADO CELEBRADO EN VIENA EN JULIO 2014.

El Dr. Nicolás Etcheverry concurrió al Congreso de Derecho Comparado entre el domingo 20 y el sábado 26 el que tuvo lugar en la ciudad de Viena en la Universidad de Viena y el Iuridicum de Viena.

Asistieron unas 350 personas de todos los continentes. Se habló en inglés y francés, las dos lenguas oficiales de la Academia Internacional de Derecho Comparado.



Los principales temas abordados en las diferentes sesiones (de 9 a 13 y de 14 a 17) todos los días fueron:

Lunes 21, **Ley y Migración**, el martes 22 le tocó al decano de la UM presidir la sesión titulada **“La independencia de una élite meritatoria: rol y gobierno de los jueces en la democracia”**.

Citando a un Relator General anterior (Mauro Cappelletti) Sophie Turenne mencionó la importancia de lograr ese adecuado balance entre independencia y responsabilidad judicial mediante una extensiva, permanente y transparente información de las decisiones judiciales no ya simplemente a los integrantes de los otros poderes, ejecutivo y legislativo, sino a la ciudadanía en general.

La mañana del miércoles fue dedicada íntegramente a un seminario de cuatro horas de duración dirigido a un auditorio exclusivo (no más de 90 personas) dispuestas a debatir sobre el tema **“El rol del lenguaje como parte dinámica de la tradición jurídica - Función e influencia de las lenguas extranjeras en los sistemas y ordenamientos jurídicos nacionales.”**

El jueves 24 las sesiones comenzaron con el tópic **“Las nuevas leyes antiterroristas y sus efectos trasnacionales”**.

La primera sesión de la tarde abordó un tema muy actual e interesante tal cual es la **Relación y armonización de las normas religiosas con las leyes de cada Estado**.

El viernes el decano almorzó con Jürgen Basedow, Diego Fernández Arroyo y Katharina Koele -Boele para intercambiar ideas en torno al Congreso Temático 2016 a desarrollarse en Montevideo. El próximo Congreso Mundial tendrá lugar en Fukuoka, Japón, en 2018 y hubo una presentación de 5 minutos por video de esa ciudad por parte de su representante.

La sesión del viernes por la tarde fue relacionada con el tema de **la Educación Legal Internacional y el concepto de Abogado Global**. Fue esta sesión la que le tocó al decano informar como relator nacional junto a otros 37 informes.

Los relatores generales destacaron la exhaustiva y amplia información que recibieron de los relatores nacionales. La idea de internacionalizar los programas académicos es muy fuerte y consigue actualmente mucha adhesión.

Los beneficios más destacados de esta internacionalización: desarrollar una mentalidad más crítica e inquisitiva, una actitud más abierta mentalmente, la obtención de herramientas adecuadas para funcionar en un mundo global. Por ejemplo, promoviendo el comercio internacional, expandiendo los servicios legales internacionales, impulsar las inversiones extranjeras y promover el arbitraje internacional.

Una pregunta que surgió en el intercambio de ideas fue si es posible hablar de una internacionalización o de varias internacionalizaciones separadas, fragmentadas y atomizadas según los intereses de los países y regiones.

Cuando le llegó el turno al decano para exponer su punto de vista en torno al tema, como redactor nacional se concentró en un solo aspecto:

¿Qué tipo de “abogado global” queremos? ¿Qué tipo de abogado global realmente precisamos? Estas dos preguntas pueden recibir diferentes respuestas, dependiendo básicamente en lo que entendamos por educación. En consecuencia, las primeras preguntas que deberíamos hacernos son: *¿Qué entendemos por educación? ¿Y qué entendemos por un abogado globalmente educado?* Si interpretamos la educación como una mera infusión de conocimientos, de información, entrega y adopción de técnicas y herramientas para resolver problemas y ayudar a los potenciales clientes, entonces tendremos un tipo de abogado global. Muy eficiente quizás, incluso más si domina más de un idioma; pero

quizás también un poco limitado en su visión y comprensión de las cosas.

Si por otro lado entendemos la educación no solamente como input de información sino como un proceso que no termina nunca en el que cada persona individual se desarrolla en diferentes aspectos o capas tales como son la intelectual, la afectiva, la estética, la cultural, la ética y la espiritual a los efectos de entender y vivir su vida, entonces tendremos otro tipo de abogado educado globalmente. Este último tipo de abogado desde nuestro punto de vista, estará en condiciones de entender, comprender y tolerar mejor los diferentes puntos de vista de los otros y en consecuencia, tendrá más posibilidades de manejar e intentar resolver los diversos problemas y tópicos que se le presenten en la vida cotidiana.

En definitiva, la idea de un abogado global para quien esto expone es la de aquel que está dispuesto a servir. La idea de servicio está en nuestros días un poco olvidada, quizás porque se confunde esta noción de servicio o servicialidad con la de servilismo (heredada de la época de la esclavitud). Pero una servicialidad bien entendida es lo que podría permitirle a un abogado global desempeñarse mejor tanto en el derecho privado como en el público. Especialmente si debe trabajar en relaciones y contratos internacionales o cuando debe manejar asuntos que competen a la administración pública. Apuntemos a calificados profesionales y juristas que vivan y apliquen la servicialidad en sus rutinas diarias. Fundamento está aspiración en un solo argumento: que todos somos miembros de una sola humanidad, que por ello somos hermanos con una misma dignidad y porque en definitiva, todos reímos o lloramos por cosas similares.

El 13 de agosto el Dr. Gerardo Caffera dio una Conferencia titulada: “Sin política para el contrato. La retórica de la buena fe, el abuso y la operación económica en el Derecho uruguayo”.

El Dr. Gerardo Caffera fue quien estuvo a cargo de la presentación. El experto en Derecho Civil señaló los problemas derivados de una interpretación amplia de los concepto de “buena fe”, “abuso” y “operación económica” en la ejecución e integración de las cláusulas contractuales.



Esta situación, fruto de una evolución comenzada en las últimas décadas, amenaza con introducir distorsiones que reducen la seguridad jurídica de los operadores económicos y, como consecuencia, los incentivos adecuados para la inversión.

MATERIAS DE US LAW

Durante este segundo semestre del corriente año se han dictado los siguientes cursos del programa “US Law Program”:

Inglés Jurídico IV

Litigation and ADR

Prof. Arthur Lusse; de la Universidad de Montana, USA

Semana intensiva del 27 al 31 de octubre de 9:00 a 13:00 hs.

Inglés Jurídico VI

Resolving International Business Disputes by Arbitration

Prof. Joseph Daly, de Hamline University, Minnesota, USA.

Semana intensiva del 3 al 7 de noviembre de 9:00 a 13:00 hs.

Inglés Jurídico VIII

Raising Capital in the World Financial Markets: Introduction to Financial and Legal Considerations

Prof. Carlos Martínez; Proskauer Rose LLP, Nueva York, USA.

Semana intensiva del 27 al 31 de octubre de 9:00 a 13:00 hs.

Presentación del libro “Manual de Contratos”

El día 28 de agosto en la sede de Postgrados, se llevó a cabo la presentación del libro “Manual de Contratos”, editado por la UM y realizado por los Dres. Recchia, Feuer, Zaglio, Schioppi, Amorín, Garrido, Quiró, Pallas, Barúa y Berdaguer, con la coordinación de la Dra. Beatriz Venturini.



Foto (izq. a der.): Dra. Beatriz Venturini, Dr. Juan Blengio y Dra. Aida Kemelmajer; Dr. Carlos De Cores.-

La convocatoria realizada por la Facultad de Derecho, contó con la presencia del Decano de la Facultad, el Dr. Nicolás Etcheverry, el Coordinador de la Carrera de Notariado, el Dr. Esc. Guillermo Rosati y un auditorio colmado de estudiantes, profesores y profesionales que desbordó la sala de conferencias de la UM.

El evento tuvo como invitada y conferenciante principal a la profesora argentina Aida Kemelmajer de Carlucci, autora del prólogo de la obra y miembro de la Comisión de Notables designada en Argentina para la reforma del Código Civil Argentino.

El acto de apertura fue realizado por la Coordinadora del libro, la Dra. Beatriz Venturini., Luego de lo cual la profesora Aida Kemelmajer de Carlucci ofreció una charla sobre las Modificaciones introducidas por el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino, destacando las nuevas clasificaciones de contratos introducidas por el proyecto.

La expositora invitada disertó junto a un panel de comentaristas integrado por los profesores Esc. Juan Blengio y Dr. Carlos de Cores, quienes dieron cierre a la conferencia.

La Facultad de Derecho reeditó el libro “LOS 10 MANDAMIENTOS DEL ABOGADO” del Maestro Eduardo J. Couture.

Esta reedición fue promovida en el Consejo de la Facultad por el Dr. Pablo Genta, Director de los Postgrados de Derecho de la UM, iniciativa que fue acompañado por el resto de aquél. Una vez consultada la familia del Dr. Eduardo J. Couture la reedición se llevó adelante.



Foto: (de izq.a der) Dr. Oscar Sarlo, Pf. Nelson Pilosof, Dr. Nicolás Etcheverry; Dr. Leslie Van Rompaey; Dr. Gonzalo Aguirre y Dr. Leonardo Guzmán.

La presentación del libro se realizó el martes 7 de octubre en el centro de Posgrados a cargo de cinco expertos y referentes del país..

El Autor, Dr. Eduardo Juan Couture Etcheverry fue un prestigioso jurista y docente uruguayo. Dirigió la “Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” y fue Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Presidente del Colegio de Abogados. El “Decálogo del abogado” fue reconocido internacionalmente, al igual que su obra académica y profesional. Falleció en 1956 pero su pensamiento continúa vigente y, el pasado 7 de octubre, fue homenajeado junto a estudiantes, profesores y familiares.

El Dr. Nicolás Etcheverry, decano de la FDER, abrió la actividad y destacó la importancia actual de los mandamientos. Dijo que, de ahora en más, los futuros graduandos recibirán junto al diploma y el birrete un ejemplar de este libro “con todo lo que ello implica”

Asimismo, el decano definió al libro como una “guía permanente para estos tiempos de cambio. No pasaron de moda y apuntamos a que estén más vigentes con el devenir del tiempo”.

Realizada la introducción, se dio paso a los expertos para que expusieran sus puntos de vista sobre los mandamientos. Moderados por Etcheverry, disertaron el Dr. Gonzalo Aguirre, el Dr. Leonardo Guzmán, el Prof. Nelson Pilosof, el Dr. Leslie Van Rompaey y el Dr. Oscar Sarlo. Durante la presentación, se citaron algunas frases del jurista, se exaltaron sus cualidades y se analizaron sus enseñanzas .

El Prof. Pilosof fue el encargado de cerrar la jornada. Como ex alumno del Maestro Couture en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, contó cómo había sido el jurista en su calidad de profesor y lo emocionado que estuvo cuando pronunció un discurso en nombre de los estudiantes el día de su muerte .

CULMINÓ LA VI COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE QUE CONTÓ CON LA PARTICIPACIÓN DE MÁS DE SESENTA UNIVERSIDADES DE TODO EL CONTINENTE.



El equipo de estudiantes y coaches de la Universidad de Montevideo.

La UM quedó entre las cuatro mejores universidades en la competencia internacional de arbitraje cuyas rondas orales se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). En las instancias decisivas el equipo de la Universidad de Montevideo se midió contra la Universidad Austral (octavos de final), la Universidad Nacional de Costa Rica (cuartos de final) y la anfitriona Pontificia Universidad Católica del Perú (semifinal). El equipo de estudiantes de la Universidad de Montevideo estuvo integrado por Santiago Guadalupe, Katja Gugelmeier, Pilar Alvarez, Mateo Nose-da, Pamela De Leon, Luciana Formento, Victoria Núñez y Thomas Biscomb, estudiantes de tercer, cuarto y quinto año de la Carrera. Por su parte, el equipo de coaches liderado por Mercedes Jiménez de Aréchaga estuvo integrado por Santiago Dutra, Martín Rosati, Carolina Secondo, Juan Manuel Rey y Santiago Gatica, todos Abogados egresados de la UM. El equipo de la Universidad de Montevideo tuvo una excelente participación al haber finalizado dentro de las mejores cuatro Universidades en las rondas orales y recibido los premios a 2ª mejor memoria de la demandada y 9ª mejor memoria de la demandante.

La Competencia es una propuesta educativa con formato competitivo, cuyo propósito es fomentar el estudio del derecho comercial internacional y el arbitraje como método de resolución de conflictos. Para ello, alumnos de distintas universidades actúan como abogados de las partes en un caso simulado, debiendo defender los intereses de sus hipotéticos clientes (primero en forma escrita y luego en forma oral) frente a tribunales arbitrales integrados por prestigiosos árbitros internacionales, abogados y académicos, quienes tienen a su cargo la tarea de evaluar y calificar las presentaciones, tanto escritas como orales, de los equipos. .

El resultado obtenido ratifica el exitoso camino que la Universidad de Montevideo viene transitando año tras año en la Competencia Internacional de Arbitraje a nivel latinoamericano y en la Vis International Commercial Arbitration que se lleva a cabo en Viena.

EL COORDINADOR DE LA CARRERA DE NOTARIADO DE LA UM PARTICIPÓ EN LAS “LIV JORNADAS NOTARIALES URUGUAYAS” EN EL DEPARTAMENTO DE SALTO EN HOMENAJE AL PROF. ESC. ENRIQUE AREZO PIRIZ.

El Dr. Esc. Guillermo Rosati participó en las LIV Jornadas Notariales Uruguayas que se desarrollaron en el departamento de Salto del 3 al 5 de octubre del corriente año. A las cuales asistieron con unos 250 Escribanos venidos de todo el país. Al inicio de las mismas las autoridades de la AEU rindieron homenaje al Prof. Enrique Arezo por su destacada labor docente e investigadora y a sus importantes aportes en la Comisión de Derecho Civil de la Asociación.



(Participantes de las Jornadas durante una de las Conferencias.)

La temática de las exposiciones fue variada, en Derecho Civil se vieron aspectos relevantes en materia de porción conyugal, la Partición transaccional y el régimen patrimonial en la unión concubinaria. En Derecho Registral, Ley de identidad de género: aspectos registrales e incidencia en las solicitudes de información. La cancelación y caducidad de las inscripciones y errores e inexactitudes registrales. Hubo una conferencia sobre la Ley de inclusión financiera medios de pago electrónicos, a cargo de los Escs. Adriana Amado, Daniella Cianciarulo, Roque Molla, Mercedes Azar y Aída Noblía. Las jornadas finalizaron con un Taller sobre los Métodos alternativos de resolución de conflictos: El notario y los métodos R.A.D.

EL RABINO ELIEZER SHEMTOV FUE INVITADO A DISERTAR SOBRE ÉTICA TALMÚDICA EN EL MARCO DE LA MATERIA “ÉTICA GENERAL”.



Shemtov nació en Brooklyn, NY, en 1961. En 1984 recibió su título de rabino en el Instituto Educacional “Yeshivá Tomchei Temimim Lubavitch”.

Desde 1985 se desempeña en la Asociación Lubavitch del Uruguay, asociación que tiene como objetivo “educar y difundir la cultura judía como una forma de vida y promover la Torá como base y fundamento de la vida y la coexistencia social”. Shemtov se desempeña actualmente como Director General de la Asociación. También se desempeña como docente, ha dictado numerosas conferencias y es autor de millares de artículos publicados en el país y en el exterior.

MAESTRÍAS

El Departamento de Maestrías y Postgrado continuó con el dictado e inscripciones para sus ya tradicionales y consolidadas Maestrías:

- **LL.M. Máster en Derecho,**
- **Máster en Derecho y Técnica Tributaria,**
- **Máster en Derecho Administrativo Económico,**
- **Máster en Integración y Comercio Internacional y el**
- **Máster en Derecho de la Empresa,**

dirigidas a diferentes profesionales interesados en la problemática jurídica, notarial económica, contable y de integración vinculados tanto al sector público como privado.

Dichas Maestrías, con los matices temáticos correspondientes, les permiten reflexio-

nar sobre las diversas cuestiones ligadas a cada realidad, así como a sus posibles soluciones. Asimismo constituyen un reto constante para lograr la capacitación y reflexión jurídica de los profesionales que buscan en ellas y en la Universidad, obtener excelencia profesional y académica.

Una característica propia de estos Máster es la flexibilidad de su currícula, conforme a la cual las unidades lectivas no están sujetas al clásico sistema de preiaturas, por lo que los estudiantes pueden elegir los cursos y seminarios opcionales dentro de un amplio y variado rango de posibilidades, según el área de su interés que comprende más de noventa materias. Esto permite al profesional ir adaptando su capacitación de acuerdo a las variables exigencias de la realidad competitiva en la que actúa.

Una vez más se destaca la continuidad de las actividades de la nueva propuesta académica, vanguardista en nuestro país y en el mundo ibérico – latino, el **Máster en Derecho – LL.M.**

Este Máster ofrece un amplio espectro de materias en formato LL. M. Internacional, con una currícula abierta y flexible permitiendo al alumno elegir entre diferentes cursos y seminarios de la oferta académica existente en los Máster y Postgrados que actualmente se dictan, así como Cursos y Seminarios extracurriculares y específicos en derecho nacional y extranjero que se imparten. En este sentido se pueden mencionar entre otras las siguientes materias: Buen Gobierno de las Sociedades Anónimas, Actualidad del Derecho de las Sociedades Anónimas, Praxis de las Decisiones y Crisis Profesionales, Derecho Brasileño Aplicado, Contratación y Régimen de inversiones en la Legislación Brasileña, International Capital Markets y Corporations. Se destaca también la implementación de tecnologías aplicadas al desarrollo académico de estos cursos; en tal sentido se le hace entrega a los Mastrandos, de un dispositivo iPad de última generación, a los efectos de que puedan acceder al distinto material de apoyo y complementario e interactuar con alumnos y profesores, a través de la Plataforma Educativa Moodle.

A) POSTGRADOS

1. Postgrado en Derecho Procesal Aplicado

Se trata de un Postgrado que apunta a cubrir las necesidades de formación y capacitación que demanda el mercado académico local y regional, en un área de suma trascendencia para el ejercicio profesional de todo operador del derecho tanto en el ámbito público como en el privado.

Está orientado para que pueda ser cursado tanto por alumnos de los Máster, como por egresados de los mismos y aún por aquellos profesionales – nacionales o extranjeros - que deseen profundizar su capacitación y práctica en Derecho Procesal, particularmente abogados, jueces, fiscales y demás operadores del sistema judicial.

Se integra con siete Módulos temáticos específicos, impartidos por los profesores titulares de derecho procesal y de litigación en procesos por audiencias, Dres. Margarita de Hegedus, Santiago Pereira Campos y Luis María Simón, contándose asimismo con la

participación de profesores invitados, nacionales y extranjeros.

Dichos módulos son:

- **Teoría y Práctica de la Prueba,**
- **Teoría y práctica de las Audiencias,**
- **Procesos Ejecutivos y de Ejecución,**
- **Recursos y otros Medios de Impugnación,**
- **Nuevo Proceso Laboral,**
- **Resoluciones Judiciales y Cosa Juzgada, y**
- **Procesos Constitucionales Colectivos.**

Este año, además, se destaca la consolidación del título del Máster en Derecho, LL.M., con énfasis en Derecho Procesal Aplicado, para aquellos alumnos que habiendo cursado todo el Postgrado completen los requisitos del LL.M.

2. Postgrado en Derecho Tributario Internacional

Este Postgrado procura, en una economía globalizada, la profundización del conocimiento teórico y práctico de los diversos aspectos que enmarcan y regulan la Tributación Internacional, constituyendo un requisito indispensable para el profesional que pretenda brindar con éxito un adecuado asesoramiento en materia fiscal, tanto en el ámbito público como en el privado. Cuenta para ello con un equipo de expertos nacionales y extranjeros que exponen los conceptos fundamentales de la Tributación Internacional y sus diversos alcances prácticos.

Se integra con tres Módulos Temáticos que abarcan los siguientes tópicos:

- **Doble Imposición y Planificación Fiscal Internacional;**
- **Precios de Transferencia; y**
- **Normativa Fiscal Nacional y Extranjera.**

3. Postgrado en Derecho Penal Económico

Con la Dirección Académica de los Dres. Miguel Langón y Jorge Barrera, se dicta anualmente este Postgrado como una propuesta académica proyectada de forma interdisciplinaria y comprensiva de otras ramas del saber. Para ello se ha convocado a los máximos especialistas del Derecho Penal nacional e invitados extranjeros destacados en sus especialidades respectivas, así como autores del ámbito jurídico y judicial de primer nivel.

Cuenta con un Programa Académico moderno comprensivo de los temas de mayor actualidad, donde se da participación a los procesos de globalización y las nuevas perspectivas de la cuestión penal en todos los ámbitos, y abarca desde la protección penal del trabajo, de los consumidores y del medio ambiente, hasta los problemas que el derecho

penal tributario, el lavado de activos y la actividad bancaria e industrial, financiera y comercial en general.

4. Postgrado en Actualización Notarial

Continúa dictándose este Postgrado con el objetivo actualizar a los Escribanos en las principales áreas del ejercicio profesional, mediante el análisis y discusión de casos prácticos y principales normas de interés notarial así como jurisprudencia relacionada. Comprende un Programa moderno y práctico integrado por cinco Módulos Temáticos a saber:

- **El derecho de la propiedad en su configuración actual**
- **Régimen vigente en la contratación de automotores**
- **Aspectos prácticos de la contratación de bienes inmuebles rurales**
- **Los acreedores ante la herencia**
- **Problemática en la solicitud y análisis de la información registral.**

Los temas abordados son: Los aspectos prácticos de la contratación de bienes inmuebles rurales, la problemática en la solicitud y análisis de la infamación registral. Criterios para la solicitud y sus consecuencias jurídicas. Los acreedores ante la herencia, confluencia de los derechos de sucesiones, de propiedad y de los acreedores del ausente. El Derecho de propiedad en su configuración actual. Régimen vigente en la contratación de automotores, leasing, fideicomiso, compraventa y venta y el Régimen de Zona Franca. Este postgrado se encuentra a cargo de los Escs.: John Leaman, Agustín Olascoaga, Beatriz Spies, Federico Susena, Carmen Saltó, Raul Anido y Mariela Pagliaro.

C) CURSOS DE POSTGRADO

1. ***Cátedra “Asia Pacífico”*** - En el mes de junio del corriente año y merced a un Convenio celebrado con ALADI Y CEPAL, comenzó a dictarse este curso en la Maestría en Integración y Comercio Internacional y con el apoyo del Foro Académico del Observatorio América Latina – Asia Pacífico que coordina el Dr. Ignacio Bartesaghi. La misma cuenta con la participación de distintos especialistas nacionales y extranjeros invitados.
2. ***Gestión Humana y Responsabilidad*** – A cargo del Dr. Juan José García. Se trata de un Curso de 20 horas académicas cuya finalidad es motivar el abordaje analítico y reflexivo sobre ciertos aspectos esenciales de la vida humana, visualizando su incidencia en el devenir profesional, a través de una dinámica participativa con el estudio de casos especialmente diseñados al efecto. El alto número de inscripciones motivó la necesidad de dictar tres ediciones del curso en este año. La trascendencia de la temática tratada durante el curso y su alineación con las metas, objetivos y Misión institucional, motivaron que este Curso pase a ser obligatorio para todos los alumnos de Máster que se inscriban a partir del año 2015.

3. *Protección de Datos Personales en Salud* – A cargo del Mag. Pablo Schiavi. Dirigido a todos los profesionales y no profesionales que actúan en el ámbito de la salud pública y privada. Es de 20 horas académicas de duración y se funda en la aplicación de las recientes Leyes Nros. 18.331 y 18.381.
4. *Derecho de la Regulación Financiera* – Con una nutrida y variada concurrencia de profesionales y operadores del sistema financiero y bancario nacional, se dictó este Curso de Postgrado a cargo de la Dra. Cristina Vázquez y el Dr. Hebert Bagnoli, Director del Depto. Jurídico y Presidente de la Sala de Abogados del BCU. La demanda de capacitación práctica que este curso ha generado, motivó el diseño de dos nuevos cursos de postgrado complementarios a ser dictados en el correr del segundo semestre académico, totalizando tres cursos en el corriente año académico.
5. *Redacción de Contratos*, dictada por el Dr. Sebastián Ramos, LL.M. Universidad de Chicago. Es un curso que brinda al profesional del Derecho, los elementos necesarios para estar en condiciones adecuadas de preparar y redactar contratos claros, precisos y que se adecuen a lo que sus clientes necesitan. Se enfatizan las obligaciones éticas del jurista como redactor del contrato, sin ambigüedades, resaltando las cláusulas sustanciales del contrato, así como saber leer y analizar un contrato. Es un curso de naturaleza esencialmente práctica que ha convocado una nutrida concurrencia.
6. *Relaciones Laborales Colectivas* – A cargo del Dr. Nelson Larrañaga Zeni Director del Depto. Laboral y Seguridad Social de Ferrere Abogados y Consultor de la OIT en relaciones laborales y seguridad social. Este curso busca presentar y analizar las relaciones laborales colectivas en varias de sus dimensiones: desde los roles de los actores sociales y el gobierno, pasando por la negociación colectiva, el conflicto laboral y sus manifestaciones y culminando con los mecanismos de prevención y solución del mismo.
7. *Información Pública y Protección de Datos Personales* – A cargo del Mag. Pablo Schiavi y el Mag. José L. Echevarría. Dirigido a todos los profesionales y no profesionales que actúan en el ámbito de la Administración Pública y en personas públicas no estatales o en actividades privadas que tienen permanente vinculación con ella, en materia de acceso a la información pública y de protección de datos personales

D) EDUCACIÓN A DISTANCIA – Cursos On-line

Por primera vez la Facultad de Derecho se encuentra dictando cursos completamente on-line, siendo pionera en tal sentido en el ámbito académico universitario nacional. Para ello cuenta con un sólido respaldo técnico e informático, que viene a completar la excelencia académica de los contenidos que se imparten. En el corriente año se dictaron con gran éxito y aceptación los siguientes Cursos de Postgrado:

1. *“Derecho Concursal Uruguayo”* a cargo de los profesores Dr. Camilo Martínez Blanco y Dr. Daniel Martínez Vigil, y cuenta con un diseño metodológico moderno, ágil y sencillo, tanto en los aspectos técnicos como en los académicos.
2. *Protección de Datos Personales en el Área de la Salud* se está dictando actualmente, a cargo del Mag. Pablo Schiavi con participantes del área médica y jurídica tanto profesional como ejecutiva, particularmente del interior del país.
3. *Delitos Informáticos* - A cargo del Dr. Martín Pecoy y Dr. Jorge Barrera. En este curso se analizan de modo práctico las conductas ilícitas relacionadas con la informática y su realidad jurídico penal en el Uruguay y a nivel internacional, y también los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

E) INVESTIGACIÓN

I – DEFENSA DE TESIS

Para acceder al título de Magíster, se constituyeron Tribunales Evaluadores de Tesis, para la defensa oral y pública de las siguientes investigaciones:

1. *“Impuestos Selectivos al Consumo en el Uruguay”* - Dr. Alfredo Javier Fracchia Romero, Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
2. *“Exigencias para verificar créditos en el concurso de acreedores”* - Dra. Silvana Bianchimano López, del Máster en Derecho de la Empresa.
3. *“La contratación administrativa en el nuevo TocaF, régimen de restricción o de libre elección”* - Dra. Cristina Vignone Gastaldi y Dra. Natalia Carbajal Macías, - Máster en Derecho Administrativo Económico.
4. *“El Silencio positivo de la administración pública en el Uruguay”* - Dra. Mercedes Aramendía Falco y Dr. Juan Pablo Pío Guarnieri, Máster en Derecho Administrativo Económico.
5. *“La tutela Jurisdiccional Efectiva en el Ámbito Tributario”* - Cr. Pedro Campos Correa, Dr. Pablo Barreiro Villabona y Cr. Rodrigo Pérez, - Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
6. *“Defensa de la Competencia y Honorarios Profesionales - Aranceles Obligatorios versus Aranceles Orientativos”* - Dra. Karina Martínez Caballero, - Máster en Derecho Administrativo Económico.
7. *“Los límites de legalidad a las situaciones de movilidad de los funcionarios públicos”* - Dr. Martín Luis Thomasset, Máster en Derecho Administrativo Económico.
8. *“Los Convenios de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio negociados*

por Uruguay y su vinculación con el derecho interno” - Cras. Laura Sorribas y Magdalena Deandreis, - Máster en Derecho y Técnica Tributaria.

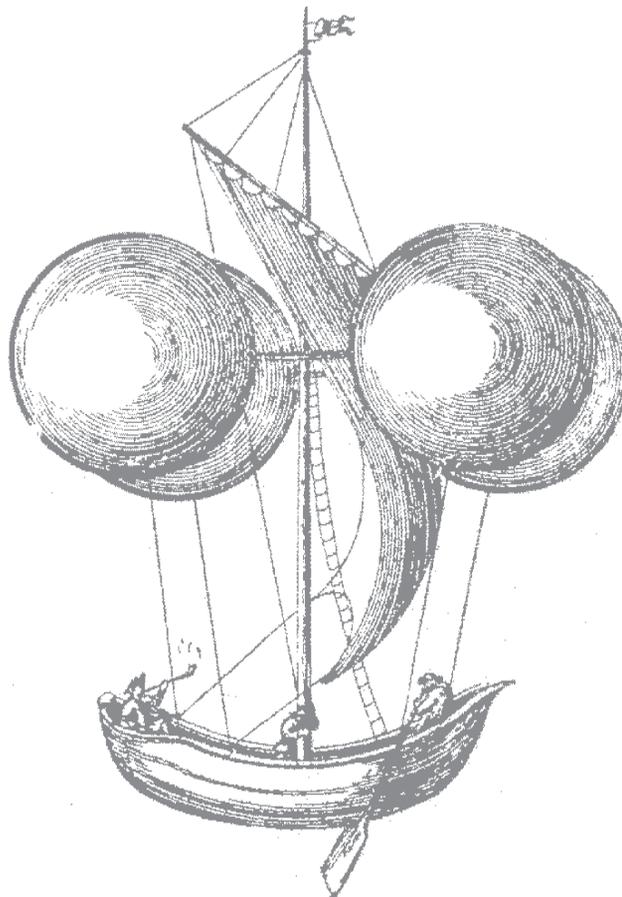
9. *“Actuación de las sociedades extranjeras en el Uruguay: implicancias en el Derecho Comercial y en el Derecho Tributario”* - Dras. Alexandra González F. y Lucrecia Sosa Peña, - Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
10. *“Régimen legal aplicable al transporte marítimo por contenedores en el Uruguay y sus perspectivas”*, Dr. Gregorio Cerdeña Barceló, - Máster en Derecho de la Empresa.
11. *“El Secreto Tributario. Concepto, Alcance y Limitaciones. Una visión más allá del Derecho Tributario”* Dras. Valeria Planelles, Fernanda San Martín y Natalia Lueiro, - Máster en Derecho y Técnica Tributaria.

II - PUBLICACIONES

Como resultado de diversos trabajos de investigación académica, desarrollados en las distintas áreas del Derecho por profesores alumnos y egresados de los Másters y Post-gradados, fueron editadas las siguientes publicaciones:

1. *“Estudios de Derecho Concursal Uruguayo”* - Dr. Camilo MARTÍNEZ BLANCO, Profesor Coordinador, investigadores participantes: Viginia BADO, Silvana BIANCHIMANO, Nicolás BRAUSE, Fernando CABRERA, Francisco COBAS, Federico FLORIN, Ana HAM, Marcos LIMA, Carlos LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel MARTÍNEZ VIGIL, Carolina RODRÍGUEZ ZUNINO, Catherine ROMANG, Carmen SALTÓ, Fernando SILVEIRA, Mariela Tejera GANCIO, Miguel A. TOMÉ, Beatriz TOMMASINO. (439 páginas)
2. *“Derecho Laboral en la Función Pública”* -Dr. Rubén CORREA FREITAS, Profesor Coordinador – investigadores participantes: Andrea CHINAZZO, Florencia de CASTRO, Cristina OLASO, María Zulma LUACES, Beatriz RODRÍGUEZ ACOSTA, Pablo SCHIAVI. (181 páginas)
3. - *“Código Penal Uruguayo – Libro III – De las Faltas”* - Dr. Miguel LANGÓN CUÑARRO, actualización normativa. (126 páginas)
4. *“Código General del Proceso”* - Dr. Santiago PEREIRA CAMPOS. Nueva edición actualizada y comentada. (581 páginas)
5. *“Código Penal – Libro I”* - Dr. Miguel LANGÓN CUÑARRO –Actualizado y comentado. (477 páginas)
6. *“Los Mandamientos del Abogado”* - Dr. Eduardo J. COUTURE. (56 páginas)
7. *“Estudios de Información Pública y Datos Personales”* - Mag. Pablo Schiavi, Profesor Coordinador, investigadores participantes: Karina GODAY CARDILLO,

Ignacio ROBAINA RAGGIO, María Jimena FERNÁNDEZ, Carla SPAGNUOLO, Stefani SCARONE ABREU, Andrea MARTÍNEZ SOBRADO, Ma. Noel PACIEL DE CASTRO, Natalia NADAL SCHEEBERGER, Ana Karina CERCHIARO, Verónica SAIZAR, Giovanna D'ANGELO, Pablo BAZÁN, Maida PÉREZ, Florencia DE CASTRO, Tania VARELA MALDONADO, Leonel ESTÉVEZ, Rafael ROÓ GAMBA, Álvaro CAZET, Leonardo CORONEL, Alberto ALIAGA, Carinna GALLO, Carlos DELASIO. (324 páginas)



TESINAS DE MASTERS

LUEIRO, Natalia

PLANELLES, Valeria

SAN MARTIN, Fernanda

**El Secreto tributario. Concepto, alcance
y limitaciones. Una visión más allá del
Derecho tributario**

“EL SECRETO TRIBUTARIO. CONCEPTO, ALCANCE Y LIMITACIONES. UNA VISIÓN MAS ALLÁ DEL DERECHO TRIBUTARIO.”

*DRA. NATALIA LUEIRO
DRA. VALERIA PLANELLES
DRA. FERNANDA SAN MARTIN*

INTRODUCCIÓN

A través de este trabajo de investigación se pretende abordar el análisis de las disposiciones vigentes en el marco del tema referido al secreto tributario, haciendo especial énfasis en los problemas interpretativos que genera su aplicación.

Al respecto, la dogmática no es unánime en cuanto al alcance y aplicación del secreto tributario en nuestro derecho, así como tampoco la jurisprudencia nacional, razón que amerita la presente investigación.

La hipótesis de trabajo refiere al análisis, interpretación y aplicación de las normas nacionales que atañen al secreto tributario en el ámbito de la Administración Tributaria, tomando como eje lo dispuesto en el artículo 47 del Código Tributario Nacional (Decreto-ley N° 14.306).

La pregunta de investigación planteada es la siguiente: ¿Cuál es el concepto, alcance y limitaciones que refieren a la aplicación del instituto del secreto tributario en nuestro derecho?

A dichos efectos, se considerará la normativa, doctrina y jurisprudencia nacionales, así como aspectos de interés en el Derecho Comparado.

En primer lugar se expondrá la vinculación del instituto del secreto tributario con otros institutos afines, como ser el derecho de acceso a la información pública.

Seguidamente se analizará el concepto y las características del instituto del secreto tributario así como otros tipos de secretos con relevancia jurídica en nuestro derecho.

Una vez analizados las cuestiones antes planteadas, se abordarán los antecedentes legislativos del artículo 47 del Código Tributario –norma que consagra el instituto del derecho tributario en nuestro Derecho Positivo–, para así luego ingresar al análisis exegético de la norma, objeto central de esta tesis; logrando de este modo determinar el alcance y las limitaciones de este instituto.

Como veremos a lo largo de la tesis se tornará necesario recurrir a otras ramas del

derecho, diferentes al derecho tributario como ser el derecho administrativo, penal, civil y procesal, dadas las implicancias del instituto en esas áreas.

Por último, nos referiremos al tratamiento del secreto tributario en ciertos países que resultan de particular interés en virtud de la cercanía y/o similitudes con nuestro derecho.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO

En forma previa a abordar el tema de la presente tesis, es menester realizar ciertas consideraciones respecto al principio de publicidad que rige en ámbito del Derecho Público, y concretamente en lo que guarda relación con las actuaciones administrativas, atento a que el secreto tributario es una excepción al mismo.

A título enunciativo, corresponde señalar que en el ámbito privado rige el principio opuesto, que es el de la reserva, esto surge del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 72 de la Constitución, y se especifica en otros artículos constitucionales como ser el que establece el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, del principio de no auto incriminarse, así como del secreto profesional.

Ahora bien, en el tema que nos ocupa y según la más prestigiosa dogmática administrativa, rige el principio de publicidad, el cual pese a no tener regulación expresa en nuestra Constitución, es sin lugar a dudas de raigambre constitucional, en tanto deriva de la forma republicana y democrática de gobierno, conforme lo establecido en los artículos 72, 82 inciso 1 y 332 del referido cuerpo normativo.¹

Como viene de verse, el multicitado principio se traduce en un derecho y una garantía de las personas, así como en un deber para las autoridades públicas. Ambas situaciones jurídicas, derivan de la forma republicana de gobierno, y en mérito a lo establecido en el citado artículo 332 de la Carta Magna, no puede dejar de aplicarse por “falta de la reglamentación respectiva”. Así, el principio republicano de publicidad implica, entre otros, el acceso a documentos administrativos.

Casinelli Muñoz expresó al respecto: *“El buen funcionamiento de la forma republicana de gobierno exige, entre otras cosas, la información del pueblo acerca de la gestión de los gobernantes. Ello es así porque el rasgo esencial de la república consiste en la calidad derivada del poder de los gobernantes: la opinión pública debe tener las vías de acceso a la gestión del gobierno, para que el control popular sobre los gobernantes sea una realidad efectiva”. (...) “Ante todo, no debe olvidarse que el principio es la publicidad, y que la reserva o secreto o cualquier restricción a ese*

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

Artículo 82 inc. 1º: *“La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.”*

Artículo 332: *“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

*principio requiere un acto expreso de la autoridad competente”.*²

En el mismo sentido, Keuroglián citando a López Rocca señala que el principio de publicidad tiene consagración constitucional. Las excepciones al mismo, deben ser establecidas por ley en virtud del interés público o general, y únicamente pueden basarse en el respeto a la intimidad de terceros, la actividad comercial o industrial de los entes públicos, y al secreto de las actividades de tal naturaleza del Estado.³

En este aspecto, el artículo 7 de la Constitución reconoce el goce de derechos preexistentes, según la posición jus naturalista, estableciéndose como único límite una norma legal dictada por razones de interés general⁴.

El “interés general” constituye un concepto jurídico indeterminado lo cual dificulta su interpretación; pudiendo variar su contenido de acuerdo al momento histórico que se lo analice.

En nuestro derecho, la Suprema Corte de Justicia -órgano máximo del Poder Judicial- en Sentencia número 12/1981 se refirió al interés general considerando que el mismo no es un concepto estático: “... sino que varían con la evolución de cada medio y cada época de ahí que las soluciones legislativas no resultan coincidentes, y lo que importa en definitiva, es que las nuevas disposiciones consulten el interés general del momento en que se dictan, ajustándose a las condiciones políticas, económicas y sociales”.

A los efectos de la presente tesis corresponde referirse a lo dispuesto por el Decreto-Ley número 14.306 del 29 de noviembre de 1974 (Código Tributario) que en su artículo 47 consagra el secreto tributario, como excepción al principio de publicidad de las actuaciones.

El derecho a la intimidad consagrado constitucionalmente solo puede ser limitado por una ley dictada por razones de interés general.

En este caso, el interés general se fundamenta en el fin recaudatorio del Estado (conforme artículo 85 numeral 4 de la Constitución Nacional), debiendo los contribuyentes contribuir a solventar el presupuesto del Estado. De ahí la imperiosa necesidad de que la Administración Tributaria acceda a información con trascendencia fiscal vinculada a la esfera íntima de los particulares.

Por otra parte, la posibilidad del acceso a la información se vincula con el principio de transparencia de la función pública, que también deriva de la forma republicana de gobierno y constituye uno de los derechos llamados de tercera generación, en tanto es a la vez un derecho individual y un derecho colectivo.

2 CASINELLI MUÑOZ, Horacio, *El principio de publicidad en la gestión administrativa*, **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**, Montevideo, T. 58, 1962, pp. 162-164.

3 KEUROGLIAN, Pedro G., *De la publicidad de la actuación administrativa y de sus restricciones*, **Revista Centro de Estudiantes de Derecho**, Montevideo, N° 12, octubre 1997, pp. 151-161.

4 Constitución, Artículo 7: “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”.

Así, la denominada Ley anticorrupción número 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998 reglamentada por Decreto número 354/999 de fecha 12 de noviembre de 1999, reafirma el principio de publicidad, y establece el deber de los organismos públicos a dar publicidad de sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicio; excluyendo la ley únicamente a aquellos que por su naturaleza deban permanecer reservados, secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada.

La Ley número 17.838 del 24 de setiembre de 2004, llamada ley de protección de datos personales, habilitó el acceso del titular o sus sucesores a obtener la información que sobre su persona, se encuentre en bases de datos tanto públicas como privadas.

Posteriormente, se sancionó la Ley número 18.381 del 17 de octubre de 2008 que consagró el derecho de acceso a la información pública, reconociendo expresamente que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental, lo cual conlleva a la obligación de éste en poner en práctica la transparencia y publicidad de toda la información pública en su poder.

El objeto de la referida ley es promover la transparencia de la función pública en todo organismo público, garantizando el derecho de acceso a la información de todas las personas.⁵

En cuanto a su alcance, la mencionada norma precisa que es “información pública”, toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones consideradas reservadas o confidenciales.⁶

Sin perjuicio del derecho de acceso a la información pública de todo individuo, la norma establece ciertas excepciones al principio de publicidad, que como tales, son de interpretación estricta. Éstas refieren a la información clasificada como secreta, reservada, o confidencial.

La ley establece como secreta, la información así definida por otras leyes.⁷ Dentro de éstas, se encuentra el artículo 47 del Código Tributario, que consagra el secreto tributario.

Y en sus artículos 9 y 10, la mencionada ley clasifica la información de carácter reservada y confidencial.⁸

5 Ley N° 18.381, Artículo 1: “La presente ley tiene por objeto promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública”

6 Ley N° 18.381, Artículo 2: “Se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales”.

7 Ley N° 18.381, Artículo 8: “Las excepciones a la información pública serán de interpretación estricta y comprenderán aquellas definidas como secretas por la ley y las que se definan seguidamente como de carácter reservado y confidencial”.

8 Ley N° 18.381, Artículo 9°: “Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

a) Comprometer la seguridad pública o la defensa nacional.

b) Menoscar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de reservado al Estado uruguayo.

c) Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país.

d) Poner en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona.

A nivel reglamentario, el Decreto número 500/991 de fecha 27 de setiembre de 1991 regula el principio de publicidad en el procedimiento administrativo a través de diversas normas, las cuales facilitan el acceso a las actuaciones administrativas. Entre ellas se encuentran las referidas a: notificaciones, vistas y traslados (artículos 12, 17, 75 a 79 y 91 a 105).

Finalmente, es de destacar que el derecho de acceso a la información y el principio de publicidad que rige en el ámbito de la Administración Pública, también ha sido consagrado a nivel internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley N° 13.751 del 11 de julio de 1969), Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por Ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985) y la Declaración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (Resolución N° 1932 XXXIII-O/03).⁹

Como viene de verse, a nivel internacional también se promueve y garantiza el acceso por todo individuo a la información pública. No obstante ello, al igual que ocurre a nivel nacional, se establecen limitaciones que deben estar expresamente fijadas por la ley, y basadas en razones de interés general, esto es, ser necesarias para asegurar el respeto de los derechos y reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública.

De todo el raconto normativo expuesto surge sin hesitaciones que en nuestro derecho rigen dos principios opuestos: el de publicidad en las actuaciones públicas y el de reser-

e) Suponer una pérdida de ventajas competitivas para el sujeto obligado o pueda dañar su proceso de producción.

f) Desproteger descubrimientos científicos, tecnológicos o culturales desarrollados o en poder de los sujetos obligados.

Artículo 10. "Se considera información confidencial:

I) Aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que:

a) Refiera al patrimonio de la persona.

b) Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor.

c) Esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad.

II) Los datos personales que requieran previo consentimiento informado.

Tendrán el mismo carácter los documentos o secciones de documentos que contengan estos datos".

9 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 19: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Ley N° 13.751, Artículo 19: "... II) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo segundo de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública."

Ley N° 15.737, Artículo 13: "I) Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

II) El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública."

va en el ámbito privado.

El legislador, atendiendo al momento histórico, contexto social e intereses, determinará la preponderancia de uno sobre otro en el caso concreto.

De ahí, como se verá a lo largo de la presente tesis el secreto tributario se ha ido flexibilizando por diferentes normas que permiten dar a conocer información amparada por éste.

2. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA SECRETO

El sentido natural de la palabra secreto se vincula estrechamente con el significado jurídico que le han otorgado las diferentes ramas jurídicas al deber de guardar secreto; por ello resulta interesante hurgar en el sentido etimológico de la palabra.

La palabra secreto proviene del latín “secretum”. A su vez, “secretum” viene del verbo “secernere” que quiere decir poner aparte, separar, segregar. Esto es, porque originariamente los secretos “se ponían en un lugar aparte” donde nadie los podía ver, aislándolos, poniendo un obstáculo frente al conocimiento de los demás. En otras palabras, secreto es, lo que se tiene reservado y oculto.

La Real Academia Española define al secreto de la siguiente manera:

Del lat. *Secrētum*).

1. m. Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta.

m. Reserva, sigilo.

m. Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio.¹⁰

Como puede observarse a través del secreto lo que se pretende es que determinada información o datos relativos a la esfera íntima de las personas se mantengan reservados, esto es, que no sean difundidos a efectos de proteger su libertad y su derecho a la intimidad.

Asimismo, la Real Academia Española reconoce varios tipos de secretos, entre los que se encuentran los siguientes:

~ de Estado.

1. m. secreto que no puede revelar un funcionario público sin incurrir en delito.

m. Grave asunto político o diplomático no divulgado todavía.

~ profesional.

1. m. Deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

¹⁰ disponible en [Http://lema.rae.es](http://lema.rae.es)

3. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL SECRETO

Bayardo -seguido por la doctrina mayoritaria-, ha definido al secreto de la siguiente manera: *“Estado en cuya virtud, el titular de un interés actual y jurídicamente relevante, determina razonablemente de acuerdo a la naturaleza de los objetos a que se refiere su conocimiento, que la cognición de los mismo debe permanecer vedadas a todos, o reservada a determinadas personas”*.¹¹

De esta noción surgen los cuatro caracteres estructurales del secreto recogidos por la dogmática más prestigiosa: subjetivismo relativizado, actualidad, relevancia jurídica y relativismo.

El “Subjetivismo relativizado” cumple la finalidad de limitar las situaciones de excesivo subjetivismo por parte del titular del secreto y lo confía, pretendiendo que no se divulguen cosas que pueden obedecer a meros caprichos.

La “actualidad” refiere no al secreto en sí que puede ser de tiempo atrás, sino al interés del titular en que se mantenga como secreto.

La “relevancia jurídica” consiste en que debe tratarse de un interés jurídicamente relevante, referente a la esfera íntima de quien lo confía, que no se trate de algo sin importancia.

Por último, el “relativismo” guarda relación con el secreto y su persistencia, porque éste puede cesar por una voluntad concreta del titular, por una conducta de la que se pueda inferir la renuncia al secreto, o por otros motivos. De allí la incompatibilidad de los conceptos de secreto y de notorio. *“El interesado en la conservación del secreto puede renunciar al derecho de un modo absoluto o relativo, pero si la noticia del hecho o de la cosa, se vuelve notoria -aún mismo por causas ajenas a la voluntad del interesado- entonces, naturalmente el secreto cesa y por consiguiente no incurre en una conducta penalmente relevante, quien luego de verificada la notoriedad, concurre a difundir, incluso más aún, la noticia que originariamente fuera secreta”*.¹²

4. SECRETOS MÁS RELEVANTES EN NUESTRO DERECHO

Dada la necesidad de preservar cierta información que como se dijo precedentemente refiere a la esfera íntima de las personas, la ley ha regulado diversos tipos de secretos que funcionan como garantía de la misma.

Esta obligación de reserva amparada por un derecho subjetivo preexistente, conlleva a mantener dicha información dentro de un ámbito reservado.

A continuación se enumeran las esferas de secretos más relevantes reconocidas por nuestro Derecho positivo:

11 BAYARDO BENGGOA, Fernando *“La tutela penal del secreto”*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 1961. p. 17

12 BAYARDO BENGGOA, Fernando. Op. Cit, p. 26

a) Secreto comercial o mercantil, consagrado en los artículos 70, 71, 72, 74, 95 y 101 del Código de Comercio.¹³

El secreto comercial tiene gran importancia en esta área debido a que el comerciante tiene derecho a la reserva sobre las operaciones que realiza y a su vez, tiene el deber de guardar reserva de éstas. Cualquier revelación podría comprometer a quien con él ha contratado, así como su propia economía, pues esta información en manos de sus competidores puede perjudicar sus intereses.

López Rodríguez y Bado Cardozo han señalado al respecto: *“Es terminantemente claro, entonces, que el derecho a la reserva de la documentación particular y, en especial de la comercial, es un principio de nuestro Derecho, que sólo y únicamente cede en los casos en que así se disponga por ley, establecida por razones de interés general. Las excepciones legales, en virtud de su naturaleza, son de interpretación estricta, por lo que no cabe su extensión por analogía.”*¹⁴

Asimismo, los artículos 95 y 101 del Código de Comercio establecen el deber de reserva de los agentes de comercio. La doctrina nacional ha distinguido dos posiciones respecto de las personas alcanzadas por este deber de guardar secreto.

La posición amplia, a la cual adhiere la doctrina penalista, sostiene que el secreto comercial se extiende a todos aquellos agentes de comercio que hayan accedido a información de sus clientes en razón de su actividad lícita y remunerada.

En el sentido contrario, la posición restringida entiende que únicamente los comisionistas en sentido estricto que son quienes intermedian entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, deben guardar el referido secreto.

El artículo 4 de la Ley número 17.835¹⁵ de fecha 23 de setiembre de 2004 establece una de las excepciones al secreto comercial en razón del interés general, la misma refiere al combate al lavado de activos provenientes de actividades ilícitas y la financiación del terrorismo.

13 Código de Comercio, Artículo 70: *“Ninguna autoridad, Juez o Tribunal, bajo pretexto alguno, puede hacer pesquisa de oficio, para inquirir si los comerciantes llevan, o no, libros arreglados.”*

71. *La exhibición general de los libros de los comerciantes, sólo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión, comunión o sociedad, administración o gestión mercantil por cuenta ajena, y en caso de quiebra.*

72. *Fuera de los casos especificados en el artículo anterior, sólo podrá proveerse a instancia de parte o de oficio, la exhibición de los libros de los comerciantes contra la voluntad de éstos, en cuanto tenga relación con el punto o cuestión de que se trata.*

En tal caso, el reconocimiento de los libros exhibidos, se verificará a presencia del dueño de éstos, o de la persona que lo represente, y se contraerá exclusivamente a los artículos que tengan relación con la cuestión de que se trata.

En tal caso, el reconocimiento de los libros exhibidos, se verificará a presencia del dueño de éstos, o de la persona que lo represente, y se contraerá exclusivamente a los artículos que tengan relación de la cuestión que se ventila.

74. *Cuando un comerciante haya llevado libros auxiliares (artículo 54) puede ser compelido a su exhibición en la misma forma, y en los casos prescritos en los tres artículos precedentes.*

101. *Guardarán secreto riguroso de todo lo que concierna a las negociaciones que se les encargan, bajo la más estrecha responsabilidad de los perjuicios que se siguieren por no hacerlo así.*

14 Disponible en <http://www.derechocomercial.edu.uy/Exhibdecont.htm>

15 Ley número 17.835, Artículo 4º. *“El cumplimiento de buena fe de la obligación de informar prevista en los artículos 1º, 2º, 5º y 17, en tanto se ajuste a los procedimientos que al respecto establezca el Banco Central del Uruguay o el Poder Ejecutivo en su caso, por constituir obediencia a una norma legal dictada en función del interés general (artículo 7º de la Constitución) no configurará violación de secreto o reserva profesional ni mercantil. En consecuencia, no generará responsabilidad civil, comercial, laboral, penal, administrativa ni de ninguna otra especie”.*

Cabe señalar que este secreto también le rige a los entes estatales en la explotación de sus giros respectivos, dado que en este ámbito se someten a las reglas del Derecho Privado. En consecuencia, éstos pueden incurrir en responsabilidades por su actuación, en lo concerniente a la violación del secreto comercial.

b) El secreto bancario reconocido en el artículo 25 del Decreto Ley número 15.322¹⁶ de fecha 17 de setiembre de 1982 se fundamenta tal como lo manifiesta Rodríguez Villalba en que: *“Como las instituciones bancarias son depositarias de la confianza de sus clientes y la actividad que desarrolla se funda en la necesaria reserva que éstos exigen, la revelación sin justa causa de la información en su poder, quebranta el deber de sigilo derivado de la gestión profesional. Es obvio que esta actividad permite a quien la desempeña, penetrar en los secretos de su clientela, conocer la dimensión exacta de sus actividades económicas y su situación patrimonial por lo que, quienes acuden a estas entidades requieren la más completa discreción al confiarles los pormenores de sus asuntos. (...) En principio, el secreto bancario no tiene distinta naturaleza a la de los restantes secretos profesionales y lo anteriormente expuesto es plenamente válido a su respecto; más aun si se considera que es una típica actividad económica en nada diferente a las demás gravadas.”*¹⁷

Una vez más, como puede observarse lo que se protege con este secreto es el derecho a la intimidad de las personas, específicamente su actividad financiera, así como la plaza financiera. De este modo obtiene confianza fomentando la inversión y colocación de capitales.

No obstante a lo largo del tiempo se han dictado diversas leyes que permiten al Fisco por razones de interés general obtener el levantamiento del secreto bancario, entre ellas se encuentran la Ley número 18.083 del 27 de diciembre de 2006, artículos 53 y 54 en la redacción dada por la Ley número 18.718 de fecha 30 de noviembre de 2011.¹⁸

16 Decreto Ley número 15.322, Artículo 25 – *“Las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud.*

No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley.

Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

17 RODRIGUEZ VILLALBA, Gustavo *Las facultades de la Administración en los procedimientos de determinación tributaria, Revista Tributaria*, Montevideo, Tomo XXIV, Número 141, Nov.-Dic. 1997, pp.777.

18 Ley número 18.083, Artículo 53. *“Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.*

La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

Artículo 54. *“(Levantamiento del secreto bancario).- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada en el amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa.*

c) El secreto profesional se encuentra regulado en el artículo 302 del Código Penal, el cual tipifica el delito de revelación de este secreto.¹⁹

Este secreto refiere a la información que se obtiene en razón de su profesión, empleo o comisión, cuya divulgación vertida en confianza ponga en peligro las relaciones profesionales. Su fundamento es el derecho a la intimidad de las personas.

Siguiendo a Rodríguez Villalba en virtud de la calidad, abundancia, exactitud o relación directa con determinada situación subjetiva, el valor jurídico individual derivado del derecho a la seguridad e intimidad de la persona debe compatibilizarse con el interés público.²⁰

Por las razones expuestas es que se reprime penalmente al que divulgare sin justa causa información amparada por el secreto profesional.

Cervini entiende que la relación es de carácter estatutaria en mérito a que sostiene que los profesionales no son meros receptores pasivos de la confidencialidad necesaria de sus clientes. Y expresa que: *“por ello, también somos sujetos obligados a salir en defensa de la confianza que nos ha depositado el cliente. Ello se vincula a la esencia de nuestra actividad, al contenido bifronte de nuestro compromiso profesional, que lo es con el cliente, y también en igual grado con el Sistema de Derecho. Por ello, muchas veces, el cliente está dispuesto a soportar ciertas claudicaciones frente a la presión del Estado y el abogado debe ilustrarlo meticulosamente respecto de todos sus derechos ciudadanos frente al Fisco”*.²¹

d) A su vez existen otros secretos que al igual a los anteriormente enunciados buscan

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.

También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva y respecto de obligaciones tributarias no prescriptas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas. Para dichas actuaciones será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información, entendiéndose a tales efectos, el domicilio constituido ante la administración tributaria o, en su defecto, el domicilio real. El Juez solo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Lo dispuesto en este inciso será de aplicación para informaciones relativas a operaciones posteriores al 1° de enero de 2011.

(...)

Quando se tramiten solicitudes de levantamiento de secreto bancario el proceso judicial deberá mantenerse reservado para terceros distintos del solicitante y del titular de la información”.

19 Código Penal, Artículo 302. *“(Revelación de secreto profesional)*

El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientos unidades reajustables)”.

20 RODRÍGUEZ VILLALBA, Gustavo, *ídem*.

21 CERVINI, Raúl *El Secreto Profesional en el ámbito tributario*, *Revista Tributaria*, Montevideo, IUET, Tomo XXXV, núm. 202, Ene-Feb 2008, pág. 6

proteger la intimidad de las personas ya sea referente a su correspondencia y papeles particulares, datos estadísticos, e información obtenida en razón de su labor.

Estos son:

- el secreto de la correspondencia y papeles de los particulares previsto por el artículo 28 de la Constitución y 296 y siguientes del Código Penal²²
- el secreto estadístico previsto por el artículo 17 de la ley número 16.616 del 20 de octubre de 1994.²³
- el secreto de los funcionarios Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, establecido en el artículo 264 ley número 16.736 del 5 de enero de 1996.²⁴

Todos estos secretos son protegidos por la ley penal y la respectiva revelación encuadra en la citada figura delictiva prevista en el artículo 302 del Código Penal.

e) El secreto tributario amparado por el artículo 47 del Código Tributario, el cual será objeto de un exhaustivo análisis en los capítulos subsiguientes.

22 Constitución, Artículo 28 “Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”

Código Penal, Artículo 296 “(Violación de correspondencia escrita) Comete el delito de violación de correspondencia el que, con la intención de informarse de su contenido, abre un pliego epistolar, telefónico o teleográfico, cerrado, que no le estuviera destinado. Este delito se castiga con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.

Los que abran, intercepten, destruyan u oculten correspondencia, encomiendas y demás objetos postales con la intención de apropiarse de su contenido o interrumpir el curso normal de los mismos, sufrirán la pena de un año de prisión a cuatro de penitenciaría.

Constituye circunstancia agravante de este delitos, en sus dos formas, el que fuera cometido por funcionario público perteneciente a los servicios de que en cada caso se tratare

Artículo 297: “(Interceptación de noticia, telegráfica o telefónica) El que, valiéndose de artificios, intercepta una comunicación telegráfica o telefónica, la impide o la interrumpe, será castigado con multa de 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables).

Artículo 298. (Revelación del secreto de la correspondencia y de la comunicación epistolar, telegráfica o telefónica)

Comete el delito de revelación de correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica, siempre que causare perjuicio :

El que, sin justa causa, comunica a los demás lo que ha llegado a su conocimiento, por alguno de los medios especificados en los artículos anteriores.

El que, sin justa causa, publica el contenido de un correspondencia, epistolar, telegráfica o telefónica que le estuviere dirigida y que, por su propia naturaleza debiera permanecer secreta.

Este delito será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 200 U.R. (doscientas unidades reajustables).

23 Ley número 16.616 Artículo 17.- Están amparados por el secreto estadístico los datos individuales proporcionados a los organismos del Sistema Estadístico Nacional por las fuentes de información. La obligación de guardar el secreto estadístico alcanza tanto a los organismos como a sus funcionarios, así como a terceras personas que tomen conocimiento de los datos relevados al amparo del secreto estadístico.

No están amparados por el secreto estadístico los datos relativos a nombre o denominación, domicilio, rama de actividad e indicadores de tamaño por tramos que proporcionan los contribuyentes, empresas o establecimientos que desarrollan actividad económica con o sin fines de lucro.

No obstante, los datos no amparados por el secreto estadístico no podrán determinarse o requerirse de modo tal que de ello pueda inducirse la información cuyo secreto debe preservarse por mandato legal.

24 Ley número 16.736 Artículo 264.- Los funcionarios del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, que en razón del ejercicio de sus funciones de contralor, obtuvieran informaciones, están obligados a guardar secreto acerca de las mismas. Asimismo, deberán mantener reserva de las actuaciones administrativas o judiciales de las que tengan conocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, y cuando así se solicite, dichas informaciones deberán ser comunicadas a las autoridades jurisdiccionales, al Poder Legislativo y otros organismos de acuerdo con la normativa vigente.

La presente disposición no afectará la difusión de datos globales o estadísticos sin mención expresa a ningún administrado

5. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL SECRETO TRIBUTARIO

El primer antecedente normativo del artículo 47 del Código Tributario surge del artículo 49 de la Ley número 10.597 del 28 de diciembre de 1944, consagrado únicamente para el impuesto extraordinario a las ganancias elevadas y eventuales (hoy derogado).²⁵

Posteriormente, el secreto tributario fue reconocido en el artículo 67 de la Ley número 12.804 del 30 de noviembre de 1960 referente al Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, extendido a todos los impuestos que recaudara la Dirección General Impositiva por disposición del artículo 31 de la Ley número 13.319 del 28 de diciembre de 1964.²⁶

Asimismo, el artículo 131 del Modelo de Código Tributario para América Latina también reconoce el principio general de reserva.

A partir de la sanción del Código Tributario Uruguayo que rige desde el 1 de enero de 1975, el secreto tributario fue reformulado en el artículo 47.

No obstante, éste principio de reserva ha sido flexibilizado por diversas normas legales dictadas por razones de interés general, que dada su importancia serán objeto de análisis en capítulo aparte.

6. AUTONOMÍA DEL SECRETO TRIBUTARIO

La dogmática tributarista nacional ha planteado dos posiciones respecto de la autonomía del secreto tributario.

Por un lado Noboa entiende que *“El artículo 47 del Código Tributario, establece para la Administración Tributaria la obligación de guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas y judiciales, sólo ampara aquellas informaciones referentes a hechos y situaciones respecto de las cuales el administrado o el contribuyente, o un tercero, es titular de un derecho subjetivo al secreto: secreto bancario, secreto comercial, secreto profesional, etc.”*.²⁷

Por otro lado, Bordolli sostiene que *“(…) El secreto tributario es autónomo y –en tanto tal– no está supeditado a ningún derecho específico a la reserva de la información que le antecede (…)*”.²⁸

En el mismo sentido Dentone refiriéndose al artículo 47 del Código Tributario expre-

25 Ley 10.597, Artículo 49.- *Salvo en cuanto se refiera a los derechos del Fisco, las actuaciones administrativas y judiciales que se sigan para la aplicación de esta ley, tienen carácter secreto. La violación del secreto apareja responsabilidad y será causa de destitución para los funcionarios infidentes.*

26 Ley número 12.804, Artículo 67. (*Secreto de las actuaciones*). *Salvo en cuanto se refiere a los derechos del Fisco, las actuaciones administrativas y judiciales que se hagan para la aplicación de esta ley tienen carácter secreto. La violación del secreto, aparejará responsabilidad y será causa de destitución para los funcionarios infidentes, sin perjuicio de la sanción penal que corresponda.*

Artículo 31. *Las normas contenidas en los artículos 52 a 55, 59, 61 y 63 a 67 del Capítulo VI, Título I de la ley N° 12.804, de 30 de noviembre de 1960 y sus modificativas, se aplicarán a todos los tributos recaudados por la Dirección General Impositiva.*

27 NOBOA, Rafael, *Notas sobre la naturaleza y el alcance del secreto de las actuaciones establecido por el Código Tributario*, **Revista Tributaria** IUET. Montevideo T. IV, Número 19., Julio – Agosto 1977, pp. 706 y 707.

28 BORDOLLI, José Carlos, *Protección de la información en materia fiscal*, **Revista Tributaria**, IUET. Montevideo T. XVIII, Número 104. Set- Oct. 1991, p. 381.

sa que “(...) por él se está reconociendo la existencia de un derecho autónomo a la reserva cuyos titulares son los administrados que se relacionen con el sector tributario de la Administración (...)”.²⁹

A su vez Mazz manifiesta: “La Dirección General Impositiva interpreta que el artículo 47 consagra un derecho autónomo por el cual se protegen los datos referente a los particulares, al margen de que otras disposiciones del ordenamiento jurídico le confieran la condición de secreto”.³⁰

Esta discusión ha perdido relevancia dado que actualmente no es objeto de debate la autonomía del secreto tributario por la doctrina y jurisprudencia, entendiéndose que el secreto tributario es autónomo, y por tanto no existen dudas de que no requiere el amparo de otro secreto preexistente para regir.

7. DEFINICIÓN LEGAL

La razón de ser de esta norma es que la Administración Tributaria en virtud de sus amplios poderes de investigación y fiscalización (artículo 68 del Código Tributario³¹), así como del correlativo deber de colaboración de los particulares (artículo 70 del Código Tributario³²), accede a información perteneciente a la esfera íntima del particular, que como se vio anteriormente, implica un derecho de rango constitucional, que únicamente puede verse disminuido por una ley dictada por razones de interés general.

29 DENTONE, Carlos, *El secreto de las actuaciones de la Administración Tributaria*, *Revista Tributaria IUET*, Montevideo T. V, Número 2, set-oct. 1978, p. 411.

30 MAZZ, Addy. *Curso de derecho financiero y finanzas*. Montevideo, T. 1, Vol. 2, FCU. P. 345.

31 Código Tributario, Artículo 68. (Facultades de la Administración).- La Administración dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización y especialmente podrá:

A) Exigir a los contribuyentes y responsables la exhibición de los libros, documentos y correspondencia comerciales, propios y ajenos, y requerir su comparecencia ante la autoridad administrativa para proporcionar informaciones. B) Intervenir los documentos inspeccionados y tomar medidas de seguridad para su conservación. C) Incautarse de dichos libros y documentos cuando la gravedad del caso lo requieran y hasta por un lapso de treinta días hábiles; la medida será debidamente documentada y sólo podrá prorrogarse por los órganos jurisdiccionales competentes, cuando sea imprescindible para salvaguardar los intereses de la Administración. D) Practicar inspecciones en bienes muebles o inmuebles detentados u ocupados, a cualquier título, por los contribuyentes y responsables. Sólo podrán inspeccionarse domicilios particulares con previa orden judicial de allanamiento. E) Requerir informaciones a terceros, pudiendo intimarles su comparecencia ante la autoridad administrativa cuando ésta lo considere conveniente o cuando aquéllas no sean presentadas en tiempo y forma. F) Solicitar la constitución de garantía suficiente respecto de los créditos determinados cuyo adeudo esté pendiente. G) Intervenir o incautarse de los bienes muebles cuando éstos carezcan de los elementos externos de contralor o de las estampillas, sellos o cuños de valor que acrediten el correcto pago del tributo. Cuando sea necesario para el cumplimiento de las diligencias precedentes, la Administración requerirá orden judicial de allanamiento.

32 Código Tributario, artículo 70. (Obligaciones de los particulares).- Los contribuyentes y responsables están obligados a colaborar en las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración; y en especial deberán:

A) Llevar los libros y registros especiales y documentar las operaciones gravadas en la forma establecida por la ley, el reglamento o las resoluciones de los organismos recaudadores.

B) Inscribirse en los registros pertinentes, a los que aportarán los datos necesarios y comunicarán oportunamente sus modificaciones.

C) Conservar en forma ordenada los libros y demás documentos y registros durante el término de prescripción del tributo, según lo dispuesto por las normas pertinentes.

D) Facilitar a los funcionarios fiscales autorizados, las inspecciones o verificaciones en cualquier lugar, domicilios, establecimientos industriales o comerciales, oficinas, depósitos y medios de transporte.

E) Presentar o exhibir en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados las declaraciones, informes, comprobantes de legítima procedencia de mercaderías, y toda documentación relacionada con hechos generadores de obligaciones tributarias, y formular las ampliaciones o aclaraciones que les fueren solicitadas.

F) Comunicar cualquier cambio en su situación que pueda dar lugar a la alteración de su responsabilidad tributaria.

G) Concurrir a las oficinas fiscales cuando su presencia sea requerida.

Al respecto Dentone ha manifestado que “(...) el retaceo del derecho a la intimidad consagrado por los artículos 7, 11, 28 y 72 de la carta, sólo puede justificarse por razones de interés general, previa ley que así lo disponga (art. 7 cit.), y cuando la ley tributaria conculca ese derecho lo hace pura y exclusivamente para facilitar la determinación y la percepción de los tributos, como consecuencia de lo cual en principio, cualquier información que se obtenga por los órganos competentes solo puede ser utilizada para lograr los fines que inspiren el ordenamiento tributario, no pudiendo ser aprovechada por particulares u organismos públicos con objetivos diversos salvo que la ley lo permita. (...) Surge de todo lo antedicho que como señala GARCIA MULLIN (citado supra) existe un derecho a la reserva como bien jurídico del administrado que debe ser protegido, por el ordenamiento normativo”.³³

A raíz de ello se torna necesario proteger la información sensible del contribuyente, ya que la divulgación de la misma podría causarle graves perjuicios económicos y sociales en el desarrollo de su actividad comercial.

8. ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA NORMA

El artículo 47 del Código Tributario bajo el nomen iuris “Secreto de las Actuaciones” consagra el secreto tributario y establece “La Administración Tributaria y los funcionarios de que ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales.

Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, menores o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuere imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada.

La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”.

En este capítulo se analizarán los conceptos vertidos por la norma a los efectos de su mejor comprensión.

8.1. La Administración Tributaria

En primer lugar el artículo menciona a la Administración Tributaria como el sujeto obligado a guardar secreto.

En cuanto al concepto de Administración Tributaria, la doctrina nacional ha entendido que: “(...) el concepto debe ser amplio; Administración Tributaria es todo organismo estatal que sea sujeto activo de un tributo, no existiendo motivo válido para sostener que el código sólo pudo referirse a la Administración Tributaria a la que se aplican otras normas del Código, según lo dispuesto por el artículo 1º”.³⁴

En el mismo sentido, Bordolli señala que el referido secreto “(...) alcanza a todas las administraciones tributarias nacionales, excepto las que administran tributos aduaneros porque

33 DENTONE, Carlos. Op.cit. p. 410.

34 NOBOA, Rafael, Op. Cit. p. 706

*estos están excluidos del ámbito de aplicación del Código y también a aquellas administraciones departamentales (municipios) que lo hayan incorporado como legislación tributaria en su jurisdicción. Dicho en otras palabras: el secreto tributario del Código no rige para los tributos aduaneros ni para los departamentales, salvo que la ley del municipio lo haya adoptado como ley interna”.*³⁵

A nivel jurisprudencial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 696 de fecha 22 de noviembre de 2004, adhiriendo a la posición de Noboa respecto al concepto de Administración Tributaria dispuso “*Siendo de destacar que de vieja data, la doctrina ha sostenido que dicho art. 47 ‘...es una norma instrumental tendiente a hacer efectivos derechos subjetivos preexistentes que la Constitución y la ley garantizan al individuo...’, y que ‘...en cuanto a qué debe entenderse por Administración Tributaria creemos que el propio fundamento que expresamos impone que el concepto debe ser amplio, Administración Tributaria es todo organismo estatal que sea sujeto activo de un tributo...’ (conf. Noboa, Rafael – Rev. Tributaria, Tomo IV, número 19, Jul/Agos 77, págs. 699 y ss.)*.”

Por lo cual no puede dudarse que el Banco de Previsión Social, en tanto que integra la administración tributaria, también se encuentra alcanzada por dicha norma”.

Así, el concepto de Administración Tributaria debe ser interpretado en sentido amplio, comprensivo tanto de la Dirección General Impositiva así como de otras entidades recaudadoras de tributos, por ejemplo el Banco de Previsión Social.

La Dirección General Impositiva es una unidad ejecutora (inciso 005) perteneciente al Ministerio de Economía y Finanzas que integra el Poder Ejecutivo, en consecuencia cuando el órgano jerarca (Poder Ejecutivo) accede a actuaciones administrativas cuya información está amparada por el secreto tributario, también está obligado a guardar secreto de éstas.

Entendemos que a efectos de delimitar el concepto de Administración Tributaria debe recordarse que este instituto se encuentra consagrado dentro del Código Tributario, cuyo ámbito de aplicación está dado por el artículo 1º de dicho cuerpo normativo que excluye de su aplicación a los tributos aduaneros y los departamentales, salvo las normas de competencia legal en materia punitiva y jurisdiccional.³⁶

De esta manera en principio no corresponde la aplicación de esta norma a los gobiernos departamentales, salvo que éstos lo establezcan como norma interna mediante la aprobación de decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, haciendo aplicable al departamento las normas del Código Tributario ya sea en todo o en parte.³⁷

35 BORDOLLI, José Carlos. Ob. cit. p. 380

36 Código Tributario, Artículo 1º. (Ámbito de aplicación).- *Las disposiciones de este Código son aplicables a todos los tributos, con excepción de los aduaneros y los departamentales. También se aplicarán, salvo disposición expresa en contrario, a las prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de personas de derecho público no estatales. Son tributos aduaneros aquellos cuyo hecho generador es una operación de importación, exportación o tránsito ante las aduanas nacionales. Son tributos departamentales aquellos cuyo sujeto activo es una administración departamental, cualquiera fuere el órgano competente para su creación, modificación o derogación. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, se aplicarán a estos tributos las normas de competencia legal en materia punitiva y jurisdiccional.*

37 VALDES COSTA, Ramón. *Código Tributario-Comentado y Concordado*, Montevideo, FCU 5ª Edición pp.127 a 130.

Existen dos posiciones doctrinarias acerca de la aplicabilidad del artículo 47 del Código Tributario a los gobiernos departamentales.

En una posición amplia Rodríguez Villalba entiende que si por decreto de la junta departamental se incorporó como norma interna el Código Tributario les rige el secreto tributario, expresando al respecto que “(...) salvo a los gobiernos departamentales que han dispuesto la incorporación del Código Tributario a su territorio, no les son aplicables las disposiciones sobre el deber de secreto de las actuaciones (art. 47). No obstante nada impide que así lo dispongan las Juntas Departamentales”.³⁸

Por su parte Adriasola en una posición restrictiva entiende que “Correspondería entonces analizar por un lado si la adopción del artículo 47 CT por imperio del propio gobierno local hace que el acceso a la información fiscal solo pueda lograrse por la vías y con los requisitos que la norma nacional contiene. O aún, para aquellos casos en que el ente local no se plegó por acto regla departamental a la normativa contenida en el CT, cabe preguntarse si igualmente podría invocarla para proteger la información fiscal que maneja. La respuesta es negativa, pues la adopción por norma departamental tiene efectos parciales. El primero de ellos es que la información fiscal debe considerarse como información reservada y de ello no tenemos duda alguna. Esa reserva cesa cuando lo autoriza el titular o cuando es necesario sea utilizada como defensa, por ejemplo, al iniciarse acciones judiciales de cobro. En esto, el comportamiento resulta similar a lo que acontece con el secreto bancario. Seguidamente, y en segundo lugar, como por Decreto Departamental no se pueden establecer normas limitando la competencia jurisdiccional sería por lo menos dudoso que el municipio ante por ejemplo un pedido judicial proveniente de un tribunal que no fuera penal o aduanero o de menores, pudiera ampararse en el artículo 47 CT al haberlo adoptado por Decreto Departamental”.³⁹

En este mismo sentido, más recientemente Gutiérrez entiende que los Gobiernos Departamentales no tienen competencia departamental para declarar que determinadas actuaciones administrativas sean secretas.

El citado autor considera que ante el pedido concreto por autoridades judiciales o administrativas de determinada información éstos deberán evaluar en virtud del derecho de intimidad y de lo dispuesto en la Ley número 18.381 de fecha 17 de octubre de 2008 si corresponde otorgarla o negarla dado que el principio que les rige es el de publicidad.⁴⁰

Por nuestra parte, si bien por Administración Tributaria podría entenderse incluidos los Gobiernos Departamentales y la Dirección Nacional de Aduanas, en cuanto a los Gobiernos Departamentales consideramos que carecen de potestad constitucional para declarar que cierta información sea secreta. Tampoco existe una ley nacional que establezca como secretas las actuaciones de los gobiernos departamentales. Tal es así, que el propio artículo 1 del Código Tributario excluye a los Gobiernos Departamentales de su ámbito de aplicación. De esta manera, y conforme al principio de publicidad que los

38 RODRIGUEZ VILLALBA, Gustavo, *La potestad tributaria de los gobiernos departamentales*, Montevideo, FCU, p. 178

39 ADRIASOLA, Gabriel, *El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición*, *La Justicia Uruguaya*, Montevideo, T. 126. Doctrina. p. 84

40 GUTIERREZ, Fulvio. *Naturaleza, objeto y alcance del secreto tributario de los gobiernos departamentales*, *Revista de Derecho Público*, Montevideo Julio 2010, Vol. 19, N° 37, p. 85 y 86.

rige, corresponderá que éstos otorguen o nieguen la información que se les solicite de acuerdo a la clasificación que realice en cumplimiento de la ley número 18.381.

En cuanto a la Dirección Nacional de Aduanas no es de aplicación el Código Tributario a los tributos aduaneros (artículo 1), por lo que en principio tampoco resulta aplicable el artículo 47; no existiendo actualmente una ley nacional que así lo establezca.

No obstante, teniendo presente que el artículo 32 del Decreto Ley número 14.629 de fecha 5 de enero de 1977, establece para el Impuesto Aduanero Único a la Importación y la Tasa de Movilización de Bultos, que los funcionarios aduaneros tienen las facultades del artículo 68 del Código Tributario, y los inspeccionados los deberes establecidos en el artículo 70 del mismo cuerpo normativo, por lo que resulta más que razonable que guarden secreto de las actuaciones. Si incumplen con ese deber de reserva no se les podrá aplicar la sanción prevista en el referido artículo 47 en virtud del principio de tipicidad de las penas, sino que serán pasibles de ser sancionados conforme a la normativa general aplicable a los funcionarios públicos, como ser el delito de revelación de secreto (artículo 163 del Código Penal).

Sería conveniente la creación de una ley nacional que reproduzca el artículo 47 para los tributos aduaneros, ya que por Decreto-Ley número 14.629 se dispuso expresamente la aplicabilidad a estos tributos de los artículos 68 y 70 del Código Tributario. En consecuencia para salvaguardar el derecho a la intimidad y la información que obtenga el organismo en ejercicio de sus amplias facultades, es necesaria la regulación legal referida.

En otro orden, resulta interesante analizar ciertos casos como ser el del Ministerio de Turismo y Deporte, quien conforme al artículo 63 de la Ley número 17.555 de fecha 18 de setiembre de 2002⁴¹, reglamentado por los artículos 12 y 13 del Decreto número 377/002 de fecha 28 de setiembre de 2002⁴², es el encargado de administrar el Fondo de

41 Ley número 17.555 Artículo 63: “Grávase con un impuesto de hasta el 5,5% (cinco con cincuenta puntos porcentuales) el costo de los pasajes fluviales, el que será de cargo del adquirente del pasaje, siendo agentes de recaudación las empresas transportistas.

Su alícuota será fijada por el Poder Ejecutivo, el que establecerá las normas de recaudación pertinentes.

El producido del tributo será depositado directamente en cuenta especial, para acreditar, en moneda extranjera, en el Banco de la República Oriental del Uruguay.

Créase con los fondos recaudados el “Fondo de Promoción de Turismo de Uruguay en el Exterior”, el que será administrado y dispuesto por el Ministerio de Turismo, el que lo destinará en forma exclusiva a la promoción turística del Uruguay en el exterior. En ningún caso los fondos podrán ser utilizados en remuneraciones personales de clase alguna.

42 Decreto número 377/002: Artículo 12.-El Fondo de Promoción de Turismo de Uruguay en el Exterior será administrado por el Ministerio de Turismo, con destino exclusivo a la promoción turística del Uruguay en el exterior, y se nutrirá con los aportes realizados por los agentes privados y con la prestación del 5,5% (cinco con cinco por ciento) sobre el precio de los pasajes fluviales vendidos en el país y de los que se contraten en el exterior para iniciar viaje desde la República.

Lo recaudado con destino al Fondo no será considerado fondo público, rigiéndose en lo pertinente por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.556 de 18 de setiembre de 2002.

Decreto número 377/002 artículo 13: La prestación a que refiere el artículo anterior será recaudada por las empresas transportistas fluviales en el momento de emisión del pasaje, y su producido será depositado por éstas dentro de los diez días siguientes al fin del mes que incluya dicha emisión, en una cuenta especial en el Banco de la República Oriental del Uruguay denominada “Fondo de Promoción de Turismo de Uruguay en el Exterior-Ministerio de Turismo.

Las empresas transportistas fluviales deberán remitir mensualmente un informe de lo recaudado al Ministerio de Turismo y a la Dirección General Impositiva con copia del depósito realizado en el Banco de la República Oriental del Uruguay.

La Dirección Nacional de Migración elaborará un informe mensual que indique el número de pasajeros residentes uruguayos que utilizaron el servicio de transporte fluvial, el cual deberá ser remitido al Ministerio de Turismo a los treinta días de vencido el trimestre.

Promoción de Turismo de Uruguay en el Exterior, cuyos activos provienen del dinero recaudado por el impuesto que grava hasta el cinco con cincuenta puntos porcentuales el costo de los pasajes fluviales, el que será de cargo del adquirente del pasaje, siendo agentes de recaudación las empresas transportistas.

En lo que refiere a las prestaciones legales pecuniarias establecidas a favor de personas de derecho público no estatales respecto de las cuales es aplicación el Código Tributario (artículo 1º), también les rige lo dispuesto por el multicitado artículo 47.

Dado que sus funcionarios no revisten la calidad de funcionario público se torna dificultosa la aplicación de la sanción prevista para el caso de incumplimiento de la obligación de guardar secreto.

Concluyendo, Administración Tributaria es todo organismo estatal que sea sujeto activo de un tributo, y en consecuencia debe guardar secreto de las actuaciones; sin perjuicio de lo cual quedan excluidos por las razones expuestas precedentemente los gobiernos departamentales y los tributos aduaneros.

8.2. Y los funcionarios que de ella dependen.

Seguidamente, la norma establece que están obligados también a guardar secreto “los funcionarios que de ella dependen” por lo que la doctrina nacional se ha cuestionado qué alcance tiene dicho término, y qué sujetos se encuentran comprendidos en la misma.

Como consideración previa corresponde destacar que todo funcionario público tiene el deber de guardar reserva de la información que tome conocimiento en ejercicio de sus funciones, siendo esta obligación inherente a la función pública sin necesidad de texto que así lo establezca.

En este sentido Sayagués expresó que *“Los funcionarios deben mantener una prudente reserva sobre todo lo relacionado con las funciones que ejercen y que llega a su conocimiento precisamente por su calidad de tales. Este deber de guardar reserva es inherente a los funcionarios públicos y no necesita texto que lo imponga.”*⁴³

Debe entenderse incluido dentro del alcance subjetivo del artículo 47 no sólo a las personas que revistan la calidad de funcionario público dentro de la Administración, sino también a todas las personas físicas que presten servicios en la misma, contrato de función pública, de una beca o de una pasantía.

En caso de que la Administración Tributaria celebre contratos de arrendamiento de servicios con terceros, como por ejemplo de soporte informático u otros servicios como tareas de mantenimiento o limpieza, no incluidos en el alcance subjetivo de la norma, resulta conveniente que en los mencionados contratos se pacte una cláusula de confidencialidad, a los efectos de salvaguardar el derecho a la intimidad de los particulares cuya información posee la Administración.

43 SAYAGUES LASO, Sayagués Laso, Enrique *“Tratado de Derecho Administrativo”*, T. 1, FCU, Montevideo, 8ª Edición, 2002, p. 314.

Recuérdese que la Dirección General Impositiva integra el Poder Ejecutivo, por lo que los jerarcas y funcionarios de este último que accedan a información amparada por el artículo 47, también se encuentran obligados a guardar secreto.

Adriasola siguiendo a Muzguera Sevillano entiende que el alcance de la reserva tributaria es amplio pues incluye no sólo a los funcionarios de la Administración Tributaria sino también "(...) a los jueces y fiscales, a los peritos a los que se ha recurrido oficialmente, y a cualquier otro funcionario público o privado que de algún modo conociere las circunstancias del sujeto de deberes tributarios."⁴⁴

Varela y Gutiérrez han ampliado dicho término incluyendo dentro de la obligación de guardar secreto tributario a todos los demás funcionarios públicos, comprendiendo aún a aquellos que no dependen de la Administración Tributaria, como son los funcionarios judiciales y los ex funcionarios del Fisco.⁴⁵ Basan su fundamento en el artículo 163 del Código Penal que consagra el delito de revelación de secreto para todos los funcionarios públicos.⁴⁶

En consecuencia, los citados autores expresan "*Están sujetos al secreto tributario no solo las actuaciones de la Administración Tributaria sino también los procesos judiciales que se deriven de las mismas. El secreto tributario, entonces, se mantiene durante las actuaciones judiciales.*

(...) Todos los funcionarios públicos –pertenezcan o no a la Administración Tributaria – están obligados a no revelar la información de carácter tributario que llegue a su poder en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia los funcionarios judiciales no pueden revelar la información que llegue a su poder en virtud de actuaciones judiciales de la administración fiscal. De lo contrario, el funcionario comete el delito de revelación de secretos consagrado en el artículo 163 del Código Penal".⁴⁷

Los citados autores incluyen a los funcionarios judiciales dentro del deber de guardar secreto tributario consagrado en el artículo 47. Pese a ello, éstos expresan que el incumplimiento de dicho deber implica cometer el delito de revelación de secreto previsto en el citado artículo 163 del Código Penal, y en consecuencia la aplicación de la sanción allí prevista.

En nuestra opinión, no corresponde incluir a los funcionarios judiciales dentro del término "*funcionarios que de ella dependen*" establecido en el multicitado artículo 47. Claramente éstos no dependen de la Administración Tributaria ni de sus jerarcas, por lo que mal podría aplicárseles dicho artículo. No obstante, entendemos que a éstos sí les rige el deber general de reserva de todos los funcionarios públicos, cuyo incumplimiento podría implicar la comisión del delito de revelación de secreto previsto en el mencionado artículo 163.

44 ADRIASOLA, Gabriel, Op Cit. p. 85.

45 GUTIERREZ Gianni y VARELA Alberto. *El contribuyente frente a la inspección fiscal*. Tercera Edición, Amalio Fernández., Mayo 2008, pp. 116 y 117.

46 Código Penal, artículo 163. (*Revelación de secretos*).- *El funcionario público que, con abuso de sus funciones, revelare hechos, publicare o difundiere documentos, por él conocidos o poseídos en razón de su empleo actual o anterior, que deben permanecer secretos, o facilitare su conocimiento, será castigado con suspensión de seis meses a dos años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)".*

47 GUTIERREZ Gianni y VARELA Alberto, op.cit. p.119.

De esta manera, corresponde distinguir al secreto tributario reconocido en el artículo 47, del delito de revelación de secreto previsto en el artículo 163 del Código Penal, el cual consagra un delito penal que requiere el cumplimiento de otros requisitos, diferente del secreto tributario establecido en el artículo 47.

Por tanto los funcionarios judiciales no están incluidos dentro del término “funcionarios” del artículo 47, sin perjuicio del deber de guardar reserva de todo funcionario público.

Respecto a los ex funcionarios del Fisco, dado que ya cesó su vínculo funcional con la administración no correspondería la aplicación del artículo 47. Sin embargo, en caso de revelar información amparada en el secreto tributario podrían incurrir en el delito de revelación de secreto del multicitado artículo 163, en virtud de lo dispuesto por artículo 176 del Código Penal. Este último establece que si un ex funcionario comete un delito que lo tiene como sujeto activo y lo hace con relación a su cargo anterior, la circunstancia de que actualmente no ocupe el cargo o desempeñe la sanción no inhibe su responsabilidad.

A partir de la Ley número 17.060 de fecha 8 de enero de 1999, que en su artículo 8 adicionó la pena de multa de 10 a 3000 UR a la ya existente pena de suspensión del cargo prevista en el artículo 163, es posible castigar al ex funcionario infidente con esta pena pecuniaria.

Finalmente, ratificando los conceptos antes vertidos respecto a que únicamente están obligados a guardar secreto tributario (conforme artículo 47 Código Tributario) la Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 669 de fecha 10 de noviembre de 2004 admitió que la actora agregara documentación relativa a otro contribuyente, entendiendo que la obligación de guardar secreto no rige respecto de los administrados. En este sentido el Tribunal expresó: “(...) El artículo 47 del Código Tributario es una norma que rige la conducta de la Administración y sus funcionarios, no siendo aplicable la misma a dicha parte, quien habiendo accedido a los citados informes, puede agregarlos al proceso.”

8.3. Informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales

La discusión clásica que se ha planteado en la doctrina es qué información se encuentra amparada por el secreto.

Por un lado, en una posición amplia Bordolli expresa que “(...) absolutamente toda la información que obtenga la Administración Tributaria relativa a las personas, quede bajo el manto de esa reserva, independientemente de su contenido y de las vías por las cuales se llegó.”⁴⁸

Por otra parte en una posición más restrictiva Noboa manifestó que el secreto alcanza “(...) sólo a aquellas informaciones a las cuales la Administración pudo tener acceso en mérito a las facultades excepcionales que la ley le acuerda, y que, a su vez, por alguna razón ajena al derecho tributario, deben mantenerse en reserva. La voluntad del legislador debe ser interpretada en concordancia con el régimen legal vigente en cuanto a la protección del secreto en el ámbito de otras ramas del derecho como el civil, comercial, administrativo, penal, etc.

48 BORDOLLI, José Carlos. Op. Cit. p. 381

No debe a nuestro juicio interpretarse que la norma consagra la obligatoriedad de guardar secreto sobre informaciones de cualquier naturaleza que la Administración obtenga, como consecuencia directa o indirecta de actuaciones administrativas o judiciales sin ninguna limitación.”⁴⁹

En el mismo sentido que Noboa, Goldstein entiende que “(...) esa confidencialidad debe circunscribirse exclusiva y excluyentemente a aquellas averiguaciones que pudo alcanzar en virtud de las facultades excepcionales que la ley tributaria le acuerda amén de la reserva que por razones ajenas al derecho tributario está obligado igualmente a cumplir”.⁵⁰

Por su parte Adriasola, adhiriendo a la posición de Bordolli, expresa que “(...) en el caso uruguayo el amplio giro de la norma contenida en el artículo 47 del Código Tributario permite afirmar que estamos ante un sistema amplio, por lo cual ingresan dentro de la información amparada por el secreto no solo los datos identificatorios de los contribuyentes, sino también cualquier información vinculada, tales como el monto de los impuestos, contenido de las declaraciones juradas, todo aquello que permita reconstruir el patrimonio o ingresos del contribuyente, etc.

En definitiva, el secreto tributario o fiscal, puede definírsele como aquella institución que protege los datos, informes, y todos los demás elementos relacionados con la situación económica de los contribuyentes.”⁵¹

Por nuestra parte, consideramos que la norma es amplia por cuanto no limita la información que queda comprendida, entendiéndose incluida en la norma toda aquella información a la que la Administración accede en virtud de sus actuaciones administrativas o judiciales. La información que se obtiene sólo debe ser utilizada para el fin primario perseguido, esto es, permitir a la Administración investigar, fiscalizar y recaudar, entre otros, no pudiendo ser utilizada para fines ajenos a la Administración.

8.4. Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, menores o aduanera.

Las excepciones consagradas en el artículo son establecidas por razones de interés general; éstas priman sobre el interés de mantener el secreto pudiendo ser proporcionados a ciertos sujetos.

Éstas son:

a) Otras Administraciones Tributarias

Como ya fuera expresado anteriormente, por “Administración Tributaria” se entiende todo organismo estatal que sea sujeto activo de un tributo. Así, se encuentran incluidas dentro de este concepto la Dirección General Impositiva, el Banco de Previsión Social, la Administración Nacional de Aduanas, los Gobiernos Departamentales, entre otros.

No se debe confundir el alcance subjetivo del secreto tributario con los sujetos a los

49 NOBOA, Op. Cit. p. 700

50 GOLDSTEIN, Eduardo, *Responsabilidad del empresario principal por aportes previsionales en las leyes de tercerizaciones y secreto tributario*, Tribunal del Abogado, Montevideo, agosto – setiembre 2009 N° 164, p. 32

51 ADRIASOLA, Gabriel, Op. Cit. p. 85

cuales se les puede brindar información al amparo del multicitado artículo. En este mismo sentido Bordolli expresó: “(...) la exclusión de los tributos aduaneros y de los departamentales del alcance del secreto no arrastra a las administraciones respectivas en tanto solicitantes de la información de sus funciones tributarias”.⁵²

Estos órganos que integran el concepto de “Administración Tributaria” en caso de que requieran información, en principio, no se les puede negar.

La Dirección General Impositiva integra el sistema orgánico Poder Ejecutivo. Este último, conforme la doctrina administrativista mayoritaria, fundándose en el artículo 149 de la Constitución nacional, es ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros.

Así, si el Ministerio de Economía y Finanzas o el Presidente de la República actuando con el ministro respectivo o en consejo de ministros (Poder Ejecutivo), solicitan información amparada por el secreto, en cumplimiento de sus funciones, la Administración – sometida a su jerarquía – deberá brindarla, estando éstos obligados a mantener el secreto tributario.

La posición mayoritaria entiende que el sistema orgánico Poder Ejecutivo se distingue del sistema orgánico Presidencia.

De esta manera, dado que el órgano presidencia no constituye el jerarca del Poder Ejecutivo, no puede avocarse en asuntos de la Dirección General Impositiva. Por tanto si éste último solicita información amparada por el secreto, en principio tampoco podría brindarse.

En otro orden si el Ministerio de Turismo y Deporte solicita información a la Dirección General Impositiva respecto a cuestiones vinculadas al impuesto que recauda, la Administración ha entendido que puede otorgarla considerándolo incluido a estos únicos efectos dentro del concepto “Administración Tributaria” del artículo 47. En consecuencia, los funcionarios del ministerio requirente deberán también guardar la correspondiente reserva de la información que se les brinde.

b) Tribunales de justicia en materia penal, de aduana y de menores.

Esta excepción referida a los tribunales en materia penal, aduana y menores, se fundamenta en la naturaleza particular de éstos, los cuales se encuentran revestidos de un interés público superior dada la materia sobre la cual entienden.

En este mismo orden de ideas Noboa, manifestó “El fundamento de tales excepciones se encuentra en la voluntad del legislador de permitir una amplia colaboración de la Administración Tributaria con los Tribunales de Justicia cuando actúan en materia que por su naturaleza se consideran revestidas de un especial interés público.

En efecto, la función judicial en materia penal o de menores compromete intereses superiores que justifica que en su defensa se restrinja el derecho de los particulares a mantener el secreto sobre

⁵² BORDOLLI, José Carlos. Op. Cit. p. 384

*hechos en los que se encuentran involucrados”.*⁵³

Esto resulta refrendado por varias sentencias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual sistemáticamente reitera que únicamente se puede brindar información a los tribunales en materia penal, menores y aduana, no siendo éste uno de los órganos legitimado para relevar el secreto.

Así en Sentencia número 38 de fecha 14 de febrero de 2005, el mencionado Tribunal expresó que: “(...) de la simple lectura del artículo resulta claro que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se encuentra legitimado para relevar del secreto tributario a la Dirección General Impositiva, a efectos de que aporte la resolución mencionada, lo que no quita que una de las partes puede aportarla por sí misma, siempre que no encuentre oposición de la contraparte”.

En el mismo sentido se pronunció el mencionado Tribunal en Sentencias números 193 del 25 de abril de 2005, 346 del 27 de junio de 2005, 158 del 6 de marzo de 2006.

Por tanto, cuando un Tribunal de Justicia actúa en materia de menores, penal o aduana y solicita a la Administración información amparada por el secreto, ésta en principio, debería brindarla.

Adviértase que la norma se refiere a las materias penal, menores o aduana, y no a la clasificación de los juzgados según su materia realizada por el Poder Judicial, teniendo incluso presente que en interior del país un mismo juzgado puede entender en diversas materias, por lo que en cada caso deberá aclararse la naturaleza del asunto en el que se entiende, sin perjuicio del denominación del juzgado solicitante.

Por ejemplo, ante el requerimiento a la Administración Tributaria de un juzgado civil o de familia, respecto de información de un contribuyente, en ocasión de la tramitación de una solicitud de pensión alimenticia relativa a menores, la Administración en cuestión -tratándose de materia de menores- deberá otorgarla conforme lo dispuesto en el multicitado artículo 47.

Como se expresó anteriormente, cuando se les brinda información a los órganos habilitados por la norma, éstos deben mantener en reserva la información que les fuera proporcionada, teniendo presente que les rige el deber general de reserva de todos los funcionarios públicos, cuyo incumplimiento podría implicar la comisión del delito de revelación de secreto previsto en el citado artículo 163.

Así, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencias números 314 de fecha 23 de junio de 2003, 587 de fecha 29 de octubre de 2003, 307 de fecha 2 de junio de 2004, 446 de fecha 21 de noviembre de 2005, 514 de fecha 21 de diciembre de 2005 y 898 de fecha 3 de noviembre de 2011, se expidió en definitiva negando la solicitud de agregación de información amparada por el secreto tributario, por tratarse de contribuyentes ajenos al juicio, y además porque el mencionado tribunal no se encuentra dentro del elenco de órganos que por su materia se les puede brindar la información.

⁵³ NOBOA, Rafael. Op. Cit. p. 705

A su vez, el mencionado tribunal en Sentencias números 96 de fecha 7 de abril de 2003 y 515 de fecha 21 de diciembre de 2002, en casos de solicitudes de información general no relativa a un contribuyente en particular, entendió que correspondía otorgar la misma, sin perjuicio de salvaguardar el derecho a la intimidad del titular de la información testando los datos identificatorios.

También en algunas sentencias, sin perjuicio de negar la solicitud de información a la parte por no cumplir los requisitos normativos, el Tribunal se reservó la facultad de ordenar su diligenciamiento para mejor proveer.

Entendemos que mas allá de las facultades del Tribunal, éste no se encuentra habilitado por la ley a que se le brinde información amparada por el secreto, por lo que tampoco correspondería otorgarle al mismo la información solicitada, aún cuando lo dispusiere como medida para mejor proveer.

8.5. Cuando esos órganos entendieran que fuere imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada

Asimismo el artículo establece los requisitos que deben cumplirse para brindar la información amparada por el secreto.

La norma exige que el órgano requirente entienda que la información solicitada es imprescindible para el cumplimiento de sus funciones, y lo haga por resolución fundada.

Al respecto la doctrina ha planteado dos posiciones. Por una parte, Bordolli entiende que “(...) los órganos que efectúen el requerimiento al amparo de cualquiera de las excepciones legales, lo deben hacer por resolución fundada, de lo cual fluye claro que el requerido puede y debe analizar la pertinencia del pedido, a la luz de lo dispuesto por la propia ley. Y ello, porque ésta determina que solo es pertinente el levantamiento del secreto cuando ello sea imprescindible para el cumplimiento de las funciones del reclamante. Entonces, será plenamente legítimo que se niegue la información toda vez que el requerido entienda que ella no es imprescindible para la hipótesis que determina la solicitud, lo cual-si se insistiere en la misma- daría lugar a un típico conflicto interadministrativo cuya resolución está encomendada por la Constitución al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (artículo 313)”.⁵⁴

Por otra parte Noboa expresó al respecto que: “Se establece por disposición comentada que los organismos exceptuados deberán solicitar la información por resolución fundada.

*Este requisito, meramente formal, carece de relevancia y en principio bastará con que el organismo exceptuado manifieste, al solicitar la información, que la requiere por ser imprescindible para cumplir su función específica. Será muy difícil que al hacerlo explicita las razones que motivan su solicitud ya que no será de competencia del órgano a quien se solicita la información resolver si existen o no fundamentos suficientes: quien debe juzgar la existencia y validez de los fundamentos es el órgano impetrante”.*⁵⁵

54 BORDOLLI, José Carlos. Op. Cit. p. 384

55 NOBOA, Rafael. Op. Cit, p. 706

Por nuestra parte consideramos que el órgano requirente debe explicitar en la resolución que dicte a tales efectos los motivos por los cuales solicita la misma.

Si bien la norma no exige expresamente que la solicitud deba realizarse por escrito, conforme al artículo 44 del Código Tributario⁵⁶, que recoge el principio general de que todo procedimiento administrativo debe ser escrito; la solicitud sin lugar a dudas debe realizarse por escrito exponiendo los motivos de la misma.

A su vez, debe surgir de la solicitud que obtener dicha información resulta imprescindible para el cumplimiento de su función, siendo el órgano requirente -en nuestro juicio- el que debe juzgar la observación de dicho requisito.

En consecuencia, si se cumplen los requisitos mencionados, en principio la Administración no podría negarse a proporcionar la información requerida.

8.6. La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente

El multicitado artículo 47 prevé la responsabilidad administrativa del funcionario infidente. Para el caso de incumplimiento, esto es, si el funcionario revela información amparada por el secreto sin estar habilitado por algunas de las excepciones establecidas en el propio artículo o en otras normas como se verá a continuación, incurrirá en responsabilidad y será pasible de sanción.

La norma establece que el incumplimiento del referido deber será causa de destitución del funcionario infidente, lo que significa la posibilidad de aplicar la máxima sanción disciplinaria, atendiendo a la gravedad de su conducta y las características de la infidencia.

La sanción máxima consiste en el cese en la función por decisión unilateral de la Administración -previa venia de la Cámara de Senadores (artículo 168 numeral 10 de la Constitución)- en razón de la falta cometida, que puede ir acompañada según el caso, de medidas accesorias.

Comprobada la falta administrativa, esto es, la revelación de información amparada por el secreto tributario, corresponde el inicio de una investigación administrativa para determinar o comprobar la existencia de los actos o hechos que implicaron la violación del secreto y/o determinar sus responsables. Posteriormente corresponderá el inicio de sumario administrativo respecto del funcionario imputado a los efectos de determinar su responsabilidad en la comisión del ilícito, teniendo además presente lo dispuesto por el artículo 76 de la Ley número 19.121 de fecha 20 de agosto de 2013.⁵⁷

⁵⁶ Código Tributario, Artículo 44 "(Procedimiento escrito). El procedimiento será escrito. Esta norma será aplicable tanto a las exposiciones de los interesados como a los informes o dictámenes de los funcionarios y a las demás actuaciones administrativas".

⁵⁷ Ley número 19.121, Artículo 76. (Apreciación).- La responsabilidad disciplinaria será apreciada y sancionada independientemente de la responsabilidad civil o penal, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso final (delito) del artículo 82 de la presente ley.

La responsabilidad disciplinaria aumenta en función de la jerarquía del funcionario, el grado de afectación del servicio y la gravedad de los daños causados.

De esta manera, si se demuestra que por un error involuntario se divulgó cierta información amparada por el secreto, sin resultar perjudicado el titular de la información, seguramente no se le aplicará sanción alguna o, según el caso una sanción menor.

Al respecto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 473 de fecha 1° de setiembre de 2009 confirmó el acto administrativo por el cual se destituyó a una funcionaria de la Dirección General Impositiva por violar el artículo 47 del Código Tributario. Surge de la sentencia, que la funcionaria entregó información privilegiada a un tercero que no acreditó su interés ni legitimación para solicitarla. Su conducta fue catalogada por el Tribunal como “... *indebida e injustificada difusión de datos reservados conocidos en razón de su cargo, le acarreó seria responsabilidad administrativa que justifica su destitución*”.

Además de la responsabilidad administrativa del funcionario público incumplidor, la violación a lo dispuesto en el artículo 47 también puede acarrear responsabilidad civil y penal.

En cuanto a la responsabilidad civil, deberá tenerse presente lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Constitución⁵⁸ que establecen la responsabilidad civil del Estado por los perjuicios causados a terceros, así como la responsabilidad del funcionario causante del daño ocasionado.

La responsabilidad civil del Estado consiste en la obligación en nuestro caso de la Administración, de responder patrimonialmente por los daños que su propia actividad o la de sus funcionarios causen a terceros.

Resulta interesante analizar la evolución constitucional de la responsabilidad civil del Estado establecida en la Constitución.

En las Constituciones de los años 1830 y 1917 no existía previsión expresa acerca de la responsabilidad del Estado por acto u hecho administrativo, consecuencia de la tendencia claramente civilista de aquellos tiempos.

Es recién con la Constitución del año 1934 que comenzó a desarrollarse el proceso de constitucionalización del derecho administrativo.

El artículo 24 consagrado en la Constitución del año 1934, estableció la responsabilidad civil directa del funcionario por los perjuicios causados a terceros en el ejercicio de la función pública, y la responsabilidad subsidiaria del Estado.

El mencionado texto disponía: “*Será civilmente responsable cualquier funcionario que, en ejercicio de la función pública que le estuviere confiada, y con incumplimiento de los deberes que el cargo le impone, cause perjuicio a tercero. Responderán subsidiariamente el Estado, los Muni-*

⁵⁸ Constitución, Artículo 24. *El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.*

Artículo 25. *Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.*

cipios, los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o el órgano público de que dependa el funcionario, quienes serán parte necesaria en los juicios que se promuevan al efecto, y tendrán el derecho de repetir contra aquél lo que hubieren pagado en caso de condenación.”

Con la Constitución del año 1952 los artículos 24 y 25 adquieren la redacción actual, invirtiendo el orden de responsabilidad. Es decir, responsabilidad civil directa del Estado por los daños causados a terceros en la ejecución de los servicios públicos (artículo 24), y la posibilidad del Estado de repetir lo pagado contra los funcionarios causantes del daño, que hubieren actuado con culpa grave o dolo, en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio (artículo 25).

El tema de responsabilidad del Estado fue largamente discutido durante la elaboración del proyecto de reforma constitucional plebiscitado en el año 1951. Como surge de la “Comisión de los Veinticinco”, uno de los fundamentos de la reforma en cuestión fue que bajo la redacción anterior, se podía dar el caso de que los particulares amenazaran a los funcionarios de un accionamiento directo contra su persona. Así, podían coaccionarlos e inhibir su actuar libre en el ejercicio de la función, lo cual sin duda, redundaba en un perjuicio para el Estado.

No obstante, la reforma constitucional en cuestión ha merecido la crítica de varios autores.

Sayagués Laso, ha entendido que si bien la solución establecida en la Constitución del año 1934 podría conducir a la paralización de los servicios otorgados por la Constitución por el temor de sus funcionarios, la solución recogida en la Constitución del año 1952 otorga a su criterio, una tranquilidad desmedida a sus funcionarios.⁵⁹

Por su parte Rotondo sostuvo que el condicionamiento a la configuración de la responsabilidad del funcionario en caso de culpa grave o dolo, y el carácter facultativo de la acción de repetición establecidos en la reforma constitucional mencionada, dificultan a su criterio la aplicación en la práctica, y conducen en consecuencia a la irresponsabilidad patrimonial de los funcionarios.⁶⁰

En otro orden, respecto a si el tercero damnificado puede accionar directamente contra el funcionario público causante de la lesión, la dogmática administrativista ha planteado dos posiciones.

La posición mayoritaria sostenida entre otros por Sayagués Laso, Martins, Rotondo, Ettlín y Deus⁶¹ entiende que a partir de la lectura conjunta de los artículos 24 y 25 de la Constitución corresponde interpretar que quien se encuentra legitimado pasivamente

59 SAYAGUES LASO, Enrique. *Responsabilidad por acto o hecho administrativo*, **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración**. T. 48, N° 23, p. 59.

60 ROTONDO TORNARIA, Felipe, *Responsabilidad del funcionario*, **Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real**, p. 472.

61 SAYAGUES LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo 1, 8va Edición, 2002, p. 624 y ss y 643; MARTINS, Daniel Hugo, *La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya*, **Revista de Derecho Público y Privado**, T. XXX, p. 196; ROTONDO TORNARIA, Felipe. Op. Cit, p. 470; ETTLÍN, Edgardo, *De la responsabilidad civil de los funcionarios públicos (o de legitimación pasiva de los funcionarios públicos en demandas de responsabilidad civil, por daños causados en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección)*, **La Justicia Uruguaya**, T. CXXXIII; DEUS, Sergio *Responsabilidad civil del Estado (Art. 24 de la Constitución)*, **La Justicia Uruguaya**, T. XCIV. P. 31 y ss.

frente al tercero damnificado, esto es, quien puede ser demandado civilmente y responder por los daños causados en el ejercicio de la función administrativa, es el Estado. Esta posición sostiene que los terceros no pueden accionar directamente contra los funcionarios públicos, y en caso de hacerlo resultaría oponible la excepción de legitimación pasiva; todo esto sin perjuicio de la ulterior acción de repetición del Estado contra el funcionario.

Según esta posición, el tercero damnificado podría accionar directamente contra el funcionario únicamente en los casos de “actos personalísimos”.

Al respecto Rotondo expresó que: *“El accionamiento directo contra el funcionario solo podrá darse en razón de sus ‘actos personalísimos’, claramente separables de la función, para los que no rigen los citados arts. 24 y 25. No resulta tan clara la exclusión de estas disposiciones en el caso de actos personalísimos ejecutados en ocasión del servicio, o como señala DEUS, cuando habiendo sido cometido fuera del servicio, los medios utilizados le hayan sido confiados a su autor por la entidad estatal. Sayagués entiende que son personalísimos ‘porque no constituyen actos o hechos de ejecución del servicio: el funcionario habría actuado como particular’.*

Se estima que el daño provocado en el ‘ejercicio de las funciones’ así como el producido en ocasión del ejercicio de las mismas (art. 25), se inscriben en conductas que corresponden a la ‘ejecución de los servicios’ del Estado en el art. 24.”⁶²

En una posición minoritaria, Risso⁶³ entendió que el intérprete debe atenerse al tenor literal del texto vigente, y a su entender, de la redacción dada a los artículos 24 y 25 de la Constitución no se desprende que la prevista en el artículo 24 sea la única vía por la cual los terceros damnificados pueden lograr la reparación del daño sufrido ni que éstos estén imposibilitados de demandar directamente al funcionario, ya sea en forma directa y exclusiva, o en forma conjunta con el Estado.

En este sentido, el citado autor expresó que *“Sostener que tiene una suerte de inmunidad y que su responsabilidad civil (por los daños causados en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de dichos servicios), sólo puede hacerse valer por la vía indirecta del artículo 25, parece que no podría admitirse ya que dicha hipótesis no tiene base constitucional.*

Parece que lo razonable sería sostener que la eventual responsabilidad directa de los funcionarios es una cuestión no regulada por la Constitución. Lo que es muy distinto a sostener que existe un vacío constitucional, que en la especie no se configura. La Carta no regula la materia y la misma queda librada a la ley.

Cabe agregar que ante el silencio del organismo jurídico, la solución es claramente la responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas establecida en forma elocuente, entre otras normas, en el artículo 319 del Código Civil.”⁶⁴

En nuestra opinión, corresponde la interpretación dada por la doctrina mayoritaria

62 ROTONDO, Felipe. Op. Cit., p. 470.

63 RISSO FERRAND, Martín, *Responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, Segundo Coloquio: Contenciosos de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, p. 11- 30.

64 RISSO FERRAND, Martín. Op. Cit, p. 18

antes citada, esto es que, el tercero damnificado puede accionar directamente contra el Estado conforme a lo dispuesto por los citados artículo 24 y 25 de la Constitución y no contra el funcionario, sin perjuicio del derecho de repetición del Estado contra el funcionario incumplidor, teniendo presente que la reforma constitucional introducida en el año 1952 expresamente pretendió cambiar el régimen anterior en el cual el tercero debía accionar directamente contra el funcionario, y en forma subsidiaria contra el Estado.

Otro argumento que refuerza esta posición es el establecido en el artículo 25 del cual surge que la responsabilidad civil del funcionario sólo puede hacerse valer a través de la acción de repetición ejercida por el Estado y no directamente por los terceros.

Además entendemos que el Derecho Público cuenta con un régimen de responsabilidad civil autónoma, excluyente de nuestro Código Civil, siendo los artículos 24 y 25 normas de superior jerarquía, y en virtud de su especialidad, deben prevalecer sobre el régimen de responsabilidad previsto en las normas de derecho privado.

En otro orden de ideas, se han planteado dos grandes posiciones referentes a cuándo existe responsabilidad por parte del Estado.

La tesis subjetivista seguida por Sayagués y Martins entre otros, entiende que a efectos de determinar la existencia de responsabilidad del Estado, deben considerarse elementos de carácter subjetivo, como ser, acto ilícito, falta de servicio, dolo o culpa del agente, esta posición es la que ha sido recogida en forma mayoritaria por la jurisprudencia.

La tesis objetivista seguida por Jiménez de Aréchaga y Deus entre otros, entiende que el artículo 24 establece un sistema de responsabilidad objetivo independiente de toda cuestión relacionada con la culpa del agente o la ilicitud de la actividad estatal, bastando para ello, que se compruebe la existencia del perjuicio y una relación causal cierta que lo vincule con la actuación de un servicio público para que exista la responsabilidad del Estado.⁶⁵

Por nuestra parte adherimos a la posición subjetivista que tiene en cuenta los elementos subjetivos señalados por la misma - acto ilícito, falta de servicio, dolo o culpa del agente-, a los efectos de responsabilizar al Estado civilmente.

En cuanto a la responsabilidad del funcionario público prevista en el artículo 25 de la Constitución, no caben dudas que la norma prevé un criterio subjetivo y limita el ejercicio de la acción de repetición para el caso en que el funcionario hubiere obrado con culpa grave o dolo, excluyendo consecuentemente la culpa leve, y los daños provocados por negligencia o error excusable.

De esta manera, el funcionario que revele información amparada por el secreto tributario, podrá ser sancionado administrativamente y según el caso hasta con la destitución del cargo, y podrá ser responsabilizado civilmente en caso de que el tercero damnificado reclame contra el Estado el perjuicio que le generó su divulgación, y éste repita contra el funcionario infidente lo que hubiere pagado en virtud del reclamo civil en cuestión.

⁶⁵ DEUS, Sergio. Op. Cit. p.

En cuanto a la ejecución de sentencias contra el Estado, el artículo 400 del Código General del Proceso en la redacción dada por la Ley número 19.090 de fecha 14 de junio de 2013, establece el proceso de ejecución de las sentencias de condena contra los incisos 02 a 27 y 29 del Presupuesto Nacional, así como de los laudos arbitrales y transacciones homologadas judicialmente que obliguen al pago de una cantidad líquida y exigible.

El 400.7⁶⁶ dispone que luego que el inciso condenado es notificado de la fecha de pago, se iniciará un procedimiento administrativo a efectos de determinar si corresponde o no iniciar una acción de repetición contra el funcionario o funcionarios responsables por el daño causado, remitiéndose un informe con su opinión y copia de los antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas.

En caso de corresponder, previa vista al funcionario o funcionarios implicados, se dictará un acto administrativo que ordene la promoción de la acción de repetición; el cual será impugnable mediante los recursos administrativos correspondientes (artículo 317 de la Constitución de la República) y procesable ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo a esta solución, la iniciación de este procedimiento es preceptiva.

A su vez, el incumplimiento de la mencionada norma puede implicar la responsabilidad penal del funcionario conforme lo dispuesto en los artículos 163 del Código Penal.

Como ya fuera reseñado en capítulos anteriores el artículo 163 tipifica el delito de Revelación de Secretos, estableciendo que: *“El funcionario público, que con abuso de sus funciones, revelar hechos, publicare o difundiere documentos, por él conocidos o poseídos en razón de su empleo actual o anterior, que deben permanecer secretos, o que facilitare su conocimiento, será castigado con suspensión de seis meses a dos años y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3000 UR (tres mil unidades reajustables)”*.

Según Cairoli el bien jurídico protegido es *“el interés referente al normal funcionamiento de la Administración en sentido amplio, en lo que particularmente atañe a la observancia del secreto administrativo que existe entre el funcionario y la Administración”*.⁶⁷

El sujeto activo es el funcionario público, sin importar si ha cesado o no su vínculo con la Administración.

El concepto de funcionario público en el ámbito penal debe ser interpretado con un criterio amplio. El mismo está vinculado a dos extremos: el ejercicio de un cargo en un puesto comprendido en los cuadros de la administración pública, y el desempeño de una función que supone toda actividad que sirva para cumplir los fines del Estado.

66 Código General del Proceso, Art. 400.7 *“El inciso condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República, remitiendo su opinión y copia autenticada de los antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas. El Poder Ejecutivo, previa vista al funcionario o funcionarios responsables, ordenará la promoción de la acción de repetición, si fuera pertinente mediante el acto administrativo correspondiente”*

67 CAIROLI MARTINEZ, Milton Hugo. Curso de Derecho Penal Uruguayo. Parte Especial. Tomo IV, FCU, Montevideo, Año 1989, p. 224.

Como enseña Cairoli, “(...) cada vez que debemos decidir si estamos frente a un funcionario público solo tenemos que ver si participa de las actividades del Estado en cumplimiento de sus fines, es decir, si desempeña una función pública.

El que cumple una función pública tiene algo así como la investidura oficial del Estado, que es quien la ha confiado aquella”.⁶⁸

Los verbos nucleares del tipo penal son cuatro: “revelar”, que implica dar a conocer los hechos por él conocidos; “publicar”, que significa dar a conocer al público; “difundir”, que es propalar algo al público y en forma oral (estos dos últimos refieren únicamente a documentos); y “facilitar” el conocimiento, que significa dar la posibilidad de que alguien los conozca (puede tratarse tanto de hechos como de documentos).

Tal como explica Cairoli, “En las tres primeras modalidades el delito se consuma con la manifestación, o sea, cuando se da a conocer el secreto, mientras que en la forma de facilitación, se consuma cuando se comete el acto que va a facilitar el conocimiento del secreto”.⁶⁹

Este delito se castiga con una pena de suspensión que implica inhabilitarlo para el ejercicio del cargo durante el tiempo que dure la condena (artículo 78 del Código Penal).

9. TITULAR DE LA INFORMACIÓN

En otro orden, cuando la información es solicitada por el titular de la información, sin perjuicio de que el artículo no refiere a dicha hipótesis, sin lugar a dudas que éste puede acceder a la misma en virtud de que se trata de información perteneciente a su esfera íntima.

Siendo el titular de la información el que solicita la misma, de principio debe otorgársela en tanto ésta pueden resultar relevantes para ejercitar su derecho de defensa.

Asimismo, si el titular autoriza expresamente a la Administración a brindar cierta información -ya sea para sí o para un tercero-, ésta debe brindarla, cesando el deber de guardar secreto en ese caso específico.

No debemos olvidar que lo que se pretende resguardar con el secreto tributario son los datos íntimos sensibles del sujeto a los que accede la Administración en ejercicio de sus amplias facultades, pero si este lo releva, como sucede con otros secretos, la Administración Tributaria debe brindarla.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 345 de fecha 16 de junio de 2004 al expresar: “Que, en relación a la mención que realiza la demandada sobre el art. 47 del Código Tributario, tampoco comparte el Tribunal la posición de aquella, y ello porque entiende –como lo hace la actora- que el secreto tributario que allí se consagra, no le puede ser oponible al interesado, a diferencia de lo que sucede cuando la información cubierta por el secreto es de un tercero ajeno al proceso”.

68 CAIROLI MARTINEZ, Milton Hugo. Op. Cit, p. 202

69 CAIROLI MARTINEZ, Milton Hugo. Op. Cit, p 227

Por su parte, en Sentencia número 420 de fecha 6 de agosto de 2013 el Tribunal señaló que: “... no puede sostenerse que parte de las actuaciones administrativas, cuya agregación reclama, le sean ajenas, en el entendido de que en ellas se documenta la situación constatada que diera pie al dictado del acto en curso; relacionada con la presunta actividad laboral desarrollada por la promotora en la institución inspeccionada, así como las remuneraciones percibidas que darán base a los descuentos correspondientes por percepción indebida de haber jubilatorio. En su mérito, dichas actuaciones no pueden considerarse en su totalidad alcanzadas por el secreto tributario al que refiere el art. 47 del CT.

Por otra parte, en tanto en las solicitadas resultancias administrativas se halla la prueba de la existencia de relación subordinada en determinado período, configurante de la situación de incompatibilidad imputada; resulta medular el acceso a la que obre en el expediente administrativo, así como también acceder a aquellas actuaciones que permitan controlar la licitud de los procedimientos por los cuales aquella prueba fue obtenida.

Lo antedicho se inscribe en el derecho de defensa que le asiste a la actora, de indiscutido rango constitucional (arts. 12, 18, 66, 72). Al respecto, es dable recordar que la no exhibición resulta una excepción a la regla según la cual los interesados tienen Derecho a acceder a todas las actuaciones administrativas, que resulten relevantes para ejercitar su derecho de defensa...

Es menester precisar, que la Administración deberá adoptar las medidas pertinentes para garantizar el secreto de aquella información ajena al objeto de este proceso, a fin de poner a resguardo el derecho a la intimidad que le asista a otros contribuyentes.”

Por lo tanto resulta indiscutible que el titular de la información puede solicitarla -para sí o para un tercero- y la Administración en principio deberá brindarla, no siendo el secreto tributario oponible al mismo.

10. EXCEPCIONES ESTABLECIDAS EN OTRAS NORMAS

Existen diversas normas de rango legal que en virtud del interés general que protegen, como ser la intención de inhibir las maniobras defraudatorias, inhibir la morosidad, constituir medidas ejemplarizantes, facultan al Estado a hacer pública cierta información amparada por el secreto; lo cual denota un debilitamiento de nuestro secreto tributario.

10.1. Artículo 48 del Decreto-Ley número 14.948 del 7 de noviembre de 1979

El artículo 125 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996, recoge lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto Ley número 14.948 el cual dispone: “*Facúltase al Poder Ejecutivo para que por resolución fundada, adoptada a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, dé a publicidad los casos de defraudación de impuestos en los que la entidad del fraude y las características de la maniobra determine la presencia de ilícitos que comprometen el normal desarrollo de las actividades vitales del país*”.

En primer lugar la norma exige que para que el Poder Ejecutivo pueda publicar casos de defraudación de impuestos, debe realizarlo mediante resolución fundada, y además, a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas. Parecería que no resulta sencillo

- prima facie - la publicación de la referida información en virtud del requisito formal exigido por la norma.

En segundo lugar, no cualquier maniobra defraudatoria es pasible de ser publicada, dado que la norma exige una defraudación calificada, esto es, que el fraude sea de entidad, y que las características de la maniobra determine la presencia de ilícitos que comprometan el normal desarrollo de las actividades vitales del país.

El concepto de “actividades vitales del país” es un concepto jurídico indeterminado, lo cual dificulta su interpretación y aplicación. No obstante, podría entenderse que refiere a aquellas actividades que están ligadas con la existencia misma de la sociedad.

Si bien la norma se refiere a “ilícitos”, por lo que quedarían incluidos tanto la infracción de defraudación tributaria (artículo 96 del Código Tributario) como el delito de defraudación tributaria (artículo 110 del Código Tributario), en virtud de las características de la maniobra que exige la norma a tales efectos, sólo podrían publicarse las maniobras que constituyan un delito de defraudación tributaria. Sin perjuicio de ello, la norma no excluye a la infracción tributaria y en teoría también podrían ser objeto de publicación.

Teniendo presente la vaguedad de la norma que da lugar a la subjetividad de su apreciación por el Poder Ejecutivo, podría tornarse peligrosa su aplicación, dado que cualquier maniobra que a su criterio resulte de gravedad bastaría para que se haga pública la misma.

En consecuencia, dada la entidad del perjuicio a la imagen que puede irrogar la publicación de quien habría cometido la maniobra en cuestión, resulta prudente aguardar para su publicación a que, en el caso de delito de defraudación, exista una sentencia de condena firme, y en caso de infracción de defraudación, que la resolución administrativa que le imputa la misma sea consentida, o habiéndose interpuesto los correspondientes recursos administrativos y acción de nulidad, exista una sentencia confirmatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. De esta manera se evita el perjuicio tanto económico como social del imputado y la correspondiente demanda por daños y perjuicios contra el Estado, en caso de que se dicte una sentencia absolutoria en el ámbito del Poder Judicial, o se acoja alguno de los recursos interpuestos, o se anule el acto en vía jurisdiccional.

10.2. Artículos 460 y 461 de la Ley número 17.930 de fecha 19 de diciembre de 2005

Por su parte la Ley número 17.930 en sus artículos 460 y 461 también prevé la posibilidad de publicación de maniobras defraudatorias exigiendo el cumplimiento de otros requisitos.

“Artículo 460.- Facúltase a la Dirección General Impositiva (DGI), con aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, a dar a publicidad los casos de defraudación tributaria cuando el monto de los impuestos defraudados más las sanciones previstas en el artículo 93 y siguientes del Código Tributario excedan un monto de UI 1.700.000 (un millón setecientos mil unidades indexadas) o cuando, sin alcanzar dicho monto, la naturaleza de los actos incluidos en la hipótesis

de defraudación, afecten el interés general, de conformidad con lo determinado en la respectiva resolución fundada de la Dirección General Impositiva (DGI). No regirá a estos efectos para la administración, la obligación establecida en el artículo 47 del Código Tributario.

Artículo 461.- Extiéndese la facultad dispuesta por el artículo anterior de la presente ley, al Banco de Previsión Social en lo que correspondiere”.

Las normas transcritas a diferencia de la norma anteriormente comentada, no refieren al Poder Ejecutivo, sino a la Dirección General Impositiva la que está facultada a publicar con aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, así como al Banco de Previsión Social.

Las mencionadas normas establecen dos hipótesis que habilitan la publicación, éstas son: los casos de defraudación tributaria cuando el monto de los impuestos defraudados más las sanciones previstas en el artículo 93 y siguientes del Código Tributario excedan un monto de UI 1.700.000 (un millón setecientas mil unidades indexadas) o cuando, sin alcanzar dicho monto, la naturaleza de los actos incluidos en la hipótesis de defraudación, afecten el interés general.

Al igual que la norma anterior, exige el dictado de una resolución fundada que la disponga.

La primera hipótesis prevista por la norma implica un criterio más objetivo, a diferencia de la segunda hipótesis y de la excepción prevista en la Ley del año 1979 anteriormente comentada. No obstante, caben las mismas apreciaciones ya formuladas, esto es, que resulta prudente esperar a que exista una resolución firme del Poder Judicial o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo según el caso para realizar la publicación, a los efectos de no perjudicar la imagen del supuesto infractor, el cual aún en caso de ser resarcido económicamente por el Estado, podría seguir sufriendo un perjuicio social generado por la publicación.

10.3. Artículo 48 del Decreto Ley número 15.646 de fecha 11 de octubre de 1979

Esta norma recogida en el artículo 18 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996, también prevé la publicación como sanción pero para el caso de agentes de retención y percepción que no viertan los tributos retenidos o percibidos.

El mencionado artículo establece: *“Facúltase a la Dirección General Impositiva a dejar sin efecto la designación como agente de retención o de percepción, de quienes no hubiesen efectuado la versión de tributos retenidos o percibidos, haciéndose pública en este caso la decisión respectiva”.*

De la lectura del artículo surge que es facultativa la potestad de la Dirección General Impositiva de dejar sin efecto la designación de estos agentes, pero una vez así resuelto, resulta preceptiva su publicación.

El artículo 119 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996⁷⁰ establece para los agentes

⁷⁰ Título 1 del Texto Ordenado de 1996, Artículo 119°.- *La multa por mora (artículo 94° del Código Tributario) para los agentes de retención y de percepción de impuestos recaudados por la Dirección General Impositiva, será del 100% (cien por ciento) del tributo retenido o percibido y no vertido, sin perjuicio de las demás responsabilidades tributarias y penales”.*

de retención y percepción - que retengan o perciban y no viertan - una multa por mora agravada (cien por ciento), y el artículo 127⁷¹ del referido cuerpo normativo establece la configuración del delito de apropiación indebida para este caso.

Entendemos que el incumplimiento referido ya se encuentra sancionado suficientemente por las mencionadas normas, por lo que resulta innecesaria la publicación de la decisión que deja sin efecto su designación, pudiendo incluso dicha decisión hasta beneficiar al incumplidor, el cual vería aliviada su carga tributaria, pues se lo libera de su calidad de agente de retención o percepción según el caso.

10.4. Artículo 173 de la ley número 16.736 del 5 de enero de 1996

En otro orden, el artículo 121 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996 recoge lo dispuesto en el artículo 173 de la ley número 16.737 que dispone: *“Facúltase a la Dirección General Impositiva y al Banco de Previsión Social a publicar el nombre y demás datos identificatorios de los contribuyentes que se encuentren morosos en el pago u omisos en la presentación de las declaraciones juradas, de los tributos que recauden dichos Organismos”*.

Esta norma faculta a la Dirección General Impositiva - sin aprobación de su jerarca - y al Banco de Previsión Social, a publicar los datos identificatorios de los contribuyentes morosos en el pago u omisos en la presentación de declaraciones juradas.

Si bien se comprende la voluntad del legislador de publicar el listado de morosos y omisos en la presentación de declaraciones juradas con el fin de inhibir los mencionados incumplimientos, dada la amplitud de los supuestos habilitantes, se podría tornar arbitraria su aplicación. En este sentido, ante el no pago en plazo de un monto irrisorio de un impuesto, o la omisión de la presentación de una única declaración jurada, la Administración ya estaría habilitada a efectuar la publicación, lo cual no resulta razonable.

Sin perjuicio de que hasta el momento la Administración no ha hecho uso de esta facultad, la norma debería reservar esta sanción para casos de adeudos de montos importantes y omisión de presentación de varias declaraciones juradas, teniendo presente el perjuicio que puede generar la publicación de los datos.

10.5. Artículo 23 de la Ley número 15.799 de fecha 30 de diciembre de 1985

Esta norma fue recogida en el artículo 54 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996 el cual establece: *“A los efectos de la aplicación de los artículos 16° a 19° y 63° del Decreto-Ley N° 14.219, de 4 de julio de 1974, y del artículo 7° de la Ley N° 15.799, de 30 de diciembre de 1985, no regirán en vía judicial las limitaciones probatorias establecidas en los artículos 25° del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y 47° del Código Tributario”*.

La acción de rebaja de alquileres regulada en los artículos 16 a 19 del Decreto Ley número 14.219 establece los requisitos necesarios para entablar la misma. Entre ellos refiere a los ingresos mensuales líquidos del núcleo habitacional. De esta manera, siendo un

⁷¹ Título 1 del Texto Ordenado de 1996, Artículo 127°.- *Los agentes de retención y percepción de los tributos recaudados por la Dirección General Impositiva que no viertan el impuesto retenido o percibido dentro del término previsto por las normas vigentes, incurrirán en el delito de apropiación indebida*

requisito necesario para que prospere la acción en cuestión determinar el monto de los ingresos líquidos del núcleo habitacional, resulta imprescindible que se habilite a la Administración a brindar dicha información al proceso, a petición del interesado, habiendo establecido expresamente la norma que no rige el artículo 47 del Código Tributario en este caso.

10.6. Artículo 62 de la Ley número 16.074 de fecha 10 de octubre de 1989

El artículo 56 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996 establece: *“La Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social pondrán a disposición del Banco de Seguros del Estado, la información de sus registros de contribuyentes para un completo relevamiento de las actividades comerciales e industriales”*.

La norma establece una excepción al citado artículo 47 dado que el Banco de Seguros del Estado no se encuentra incluido dentro de los sujetos a los cuales se les puede brindar la información amparada por el secreto.

La razón de ser de esta norma es que resulta imprescindible para el Banco de Seguros del Estado acceder a la información que posee la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, a efectos de verificar que la actividad del contribuyente sea la declarada ante el mismo, y de que todos sus empleados estén asegurados.

10.7. Artículo 4 de la Ley número 16.869 de fecha 25 de setiembre de 1997

La mencionada norma establece que: *“El Banco de Previsión Social, el Banco de Seguros del Estado y la Dirección General Impositiva, intercambiarán la información de sus registros de empresas y de los montos imposables de las remuneraciones de los trabajadores declarados por las mismas, en la forma y periodicidad que determine la reglamentación”*.

Dado que el Banco de Previsión Social y la Dirección General Impositiva son Administraciones Tributarias, como tales, ambas ya estaban habilitadas para solicitarse información entre sí en el marco del artículo 47 del Código Tributario; no así el Banco de Seguros del Estado. Éste si bien no estaba incluido en el citado artículo, ya había sido habilitado por la norma legal antes comentada para el caso de accidentes de trabajo.

Con esta norma se puede dar el intercambio sin limitarlo a las hipótesis de accidentes de trabajo.

En tanto la norma comentada aún no fue objeto de reglamentación resulta imposible su aplicación, sin perjuicio de lo antedicho.

10.8. Artículo 103 de la Ley número 18.083 de fecha 19 de diciembre de 2006

La referida norma establece: *“Facúltase al Poder Ejecutivo a dar publicidad de los montos de las exoneraciones y demás beneficios tributarios otorgados a los contribuyentes en aplicación de regímenes promocionales, tales como los establecidos en la Ley N° 16.906, de 7 de enero de 1998, y en la Ley N° 15.939, de 28 de diciembre de 1987. Tal publicidad podrá realizarse en relación a los beneficiarios en forma individual o sectorial. Los beneficiarios estarán obligados a suministrar*

toda la información necesaria para el cumplimiento de los fines aludidos en el inciso precedente”.

La finalidad de esta norma es brindar mayor transparencia al accionar de la Administración puesto que al otorgar exoneraciones y beneficios tributarios en el marco de las Leyes números 16.906 y 15.939 es prudente y razonable que se faculte al Poder Ejecutivo a dar publicidad a dichas exoneraciones y beneficios.

10.9. Artículo 66 de la Ley número 18.083 de fecha 19 de diciembre de 2006

El mentado artículo establece: *“Facúltase a la Dirección General Impositiva a publicar el estado del certificado único a que hace referencia el artículo 80 del Título 1 del Texto Ordenado 1996, y alguno o todos los datos que constan en el mismo.”*

El artículo 80⁷² al que refiere la norma exige la solicitud del certificado único para

72 Título 1 del Texto Ordenado de 1996, Artículo 80°.- *“Establécese un régimen de certificado único para la Dirección General Impositiva con arreglo a lo que se regula en los siguientes incisos:*

A) No se podrá enajenar ni gravar bienes inmuebles, enajenar vehículos automotores, distribuir utilidades a título definitivo o provisorio, importar o exportar, percibir de los Entes Públicos sumas superiores al 50% (cincuenta por ciento) del mínimo no imponible individual del Impuesto al Patrimonio de las personas físicas y solicitar la expedición o renovación de pasaportes, sin la previa obtención de un certificado único y de vigencia anual que expedirá la Dirección General Impositiva. Dicho certificado

acreditará que sus titulares han satisfecho el pago de los tributos que administra el citado organismo, de que no se hallan alcanzados por los mismos, o de que disponen de plazo acordado para hacerlo.

Quienes inicien o realicen actividad comercial o industrial no podrán sin su previa presentación, realizar gestiones referentes a dicha actividad ante las oficinas públicas.

Sin perjuicio de ello deberá obtenerse un certificado especial en los casos de reformas de estatutos o contratos de enajenación, liquidación o disolución total o parcial de los establecimientos comerciales o industriales, o de inscripción de contratos de arrendamientos rurales, con igual constancia de la Dirección General Impositiva referidas hasta la fecha del acto que motiva la solicitud.

Se prescindirá de la obtención del certificado para enajenar o gravar bienes inmuebles cuando la escritura respectiva se otorgue de mandato judicial. En tales casos y en los de la escritura otorgada de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 88° de este Título, el Juzgado interviniente deberá remitir a la Dirección General Impositiva, la información relativa al acto, en la forma y condiciones que establezca la reglamentación.

Las escrituras que se hubieren otorgado de mandato judicial con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley N° 14.664, de 14 de junio de 1977, sin la obtención previa del certificado exigido por el inciso primero, serán inscriptas por el Registro respectivo, haciendo abstracción de dicha omisión. En tales casos, el Registro interviniente suministrará la información a que se refiere el inciso anterior.

B) Las distribuciones de utilidades o dividendos que realicen sin la previa obtención del certificado a que se refiere el inciso anterior, serán sancionadas con una multa equivalente al 50% (cincuenta por ciento) del tributo impago. Las reincidencias serán sancionadas con una multa igual al tributo impago.

La omisión de la solicitud de certificado en los casos de enajenación total o parcial de establecimientos comerciales o industriales importa, de pleno derecho, la solidaridad del adquirente respecto de la deuda impositiva del enajenante a la fecha de la operación la que se extenderá a los socios a cualquier título, directores y administradores del contribuyente.

Los Registros de Traslaciones de Dominio e Hipoteca y de Vehículos Automotores no podrán recibir ni inscribir documentos relativos a actos de enajenación o de afectación de bienes inmuebles, si no se ha obtenido el respectivo certificado.

En caso de incumplimiento de las disposiciones precedentes serán solidariamente responsables del impuesto adeudado y obligaciones accesorias el comprador y en su caso el prestamista.

C) Los certificados a que se refiere este artículo, sustituyen a partir de la fecha de su entrada en vigencia a los que expiden las dependencias de la Dirección General Impositiva.

D) Facúltase al Poder Ejecutivo a establecer la obligación de exhibir el certificado de encontrarse al día con la Dirección General Impositiva para la realización de actos vinculados a la actividad comercial o industrial de las empresas en las situaciones que considere conveniente.

Facúltase a la Dirección General Impositiva a suspender la vigencia de los certificados anuales que hubiera expedido, cuando el contribuyente se atrasare en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Asimismo se la faculta a suspender la vigencia de los certificados anuales que hubiera expedido a partir de pasados 90 (noventa) días corridos de decretadas medidas cautelares por el Poder Judicial, previstas en el artículo 87 del Código Tributario.

Asimismo, se la faculta a suspender la vigencia de los certificados anuales que hubiera expedido, cuando el contribuyente omitiera

realizar ciertas operaciones o actos a efectos de acreditar que la empresa contribuyente se encuentra al día en el pago de sus impuestos.

Dicho certificado puede estar vigente o suspendido por existir un atraso en el pago de sus cargas tributarias o porque la contribuyente es objeto de medidas cautelares (conforme artículo 87 del Código Tributario).

Esta excepción resulta razonable en tanto la norma exige la obtención del certificado único – no suspendido - a efectos de realizar las operaciones que allí se detallan, teniendo presente que el texto legal comentado habilita a publicar el estado del certificado y alguno o todos los datos que constan en el mismo.

No obstante, esta resulta ser una norma “en blanco”, en tanto habilita a la Administración a publicar los datos que surgen del certificado único, no existiendo una norma específica que establezca el contenido necesario del certificado en cuestión, quedando al arbitrio de la Administración qué datos surgen del mismo, y que en definitiva puedan ser publicados.

10.10. Artículo 67 de la Ley número 18.083 de fecha 19 de diciembre de 2006

El artículo 67 dispone que: *“Facúltase a la Dirección General Impositiva a publicar la nómina de las personas físicas, personas jurídicas u otras entidades inscriptas en el Registro Único de Contribuyentes. En dicha nómina podrán incluirse el número de inscripción y demás datos para la identificación del contribuyente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 del Título 1 del Texto Ordenado 1996.”*

Esta norma habilita a la Dirección General Impositiva a publicar el número de inscripción y demás datos identificatorios de las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Único Tributario.

Varela y Gutiérrez comentando esta norma han expresado que: *“La DGI está facultada para publicar la nómina de personas físicas y jurídicas inscriptas en el RUC, incluyendo sus datos identificatorios: Cédula de Identidad, impuestos que tributa, domicilio fiscal y constituido, detalle de todos los locales en donde desarrolla el giro empresarial (art. 72, Título 1, Texto Ordenado 1996)”*⁷³

La norma resulta a nuestro criterio demasiado amplia y vaga en cuanto a qué información podría publicarse, ya que refiere a “demás datos identificatorios”, lo cual podría implicar diferentes interpretaciones respecto a su alcance.

10.11. Artículo 3 de la ley número 18.083 de fecha 19 de diciembre de 2006

La mencionada norma recogida en el Artículo 45° del Título 4 del Texto Ordenado de 1996 dispone que: *“Secreto de las actuaciones.- La restricción establecida por el artículo 47 del Código Tributario, no será aplicable respecto de la información vinculada a terceros que resulte*

registrar sus estados contables ante el órgano estatal de control, de acuerdo a lo establecido en el artículo 97° bis de la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989. Esta norma será de aplicación para los ejercicios cerrados a partir de la vigencia de la presente ley.”

73 VARELA Alberto y GUTIERREZ Gianni. Op. cit, p. 135.

necesaria para la determinación de los precios referidos en los artículos anteriores, cuando la Administración deba oponerla como prueba en causas que tramiten en sede administrativa o judicial.

Resulta razonable la excepción establecida dado que para cuestionar los precios de transferencia entre empresas vinculadas, se basa en los precios fijados por otros contribuyentes de características similares.

11. SOLICITUD DE INFORME POR UN LEGISLADOR O UNA DE LAS CÁMARAS

En atención a lo dispuesto por los artículos 118 y 119 de la Constitución⁷⁴, que permiten a un legislador o una de las cámaras solicitar datos o informes a los Ministerios, entre ellos al Ministerio de Economía y Finanzas, resulta interesante analizar, dado que no están incluidos expresamente en el artículo 47 como órganos a los cuales se les debe brindar información amparada por el secreto, si corresponde o no brindar dicha información, y en su caso, si los mismos también se encuentran obligados a guardar secreto de las actuaciones.

Al respecto pueden ensayarse dos soluciones. En una posición negativa, el Ministerio de Economía y Finanzas no podría brindar la información amparada por el secreto en virtud de las actuaciones administrativas de su unidad ejecutora –Dirección General Impositiva–, dado que el legislador o las cámaras no se encuentran expresamente previstos en el artículo 47 como órganos a los que excepcionalmente se les puede brindar información.

Según Bordolli, en este caso las solicitudes de datos e informes amparadas por el secreto no pueden ser atendidos por la Administración, al expresar que “(...) *esta consideración alcanza aún al parlamento, que según la Constitución (artículos 118, 119 y 120), puede pedir información a cualquier organismo del Estado, en la medida en que tal precepto no ha sido todavía reglamentado por la ley ordinaria que exceptúe tales requerimientos del deber de reserva consagrado por normas de rango legal.*”

Esta opinión es implícitamente compartida por los autores de un proyecto en la materia presentado en la pasada legislatura y no sancionado, en la cual se establecía a texto expreso que cesaba todo derecho a la reserva en casos de pedidos de informes al parlamento (...).⁷⁵

74 Constitución, Artículo 118. “*Todo Legislador puede pedir a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de lo Contencioso - Administrativo y al Tribunal de Cuentas, los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido. El pedido se hará por escrito y por intermedio del Presidente de la Cámara respectiva, el que lo transmitirá de inmediato al órgano que corresponda. Si éste no facilitare los informes dentro del plazo que fijará la ley, el Legislador podrá solicitarlos por intermedio de la Cámara a que pertenezca, estándose a lo que ésta resuelva.*”

No podrá ser objeto de dicho pedido lo relacionado con la materia y competencia jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

Artículo 119. “*Cada una de las Cámaras tiene facultad, por resolución de un tercio de votos del total de sus componentes, de hacer venir a Sala a los Ministros de Estado para pedirles y recibir los informes que estime convenientes, ya sea con fines legislativos, de inspección o de fiscalización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección VIII.*”

Quando los informes se refieran a Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, los Ministros podrán requerir la asistencia conjunta de un representante del respectivo Consejo o Directorio.”

75 BORDOLLI, José Carlos. Op. Cit. p. 384

En una posición positiva, podría entenderse que sí se puede brindar la referida información dado que es la Constitución —norma de rango de mayor jerarquía que la ley, la que habilita expresamente al legislador o a una de las cámaras a solicitar datos o informes al Ministerio de Economía y Finanzas, siendo la norma constitucional autoejecutable, no requiriendo de reglamentación para su implementación.

Actualmente, la Dirección General Impositiva entiende que al ser el propio Poder Legislativo el que reguló el instituto del secreto tributario en el artículo 47 del Código Tributario, y al no haberse incluido entre los sujetos a los cuales se les puede brindar información amparada por el secreto, ante una solicitud de informe en el marco de los artículos 118 y 119 de la Constitución, no corresponde proporcionarle la misma.

Por nuestra parte entendemos, que si bien el legislador o la cámara no están habilitados a texto expreso por el artículo 47 a que se les brinde información, dado que la Constitución otorgó la facultad a éstos de solicitar datos o informes a los ministros, entre ellos al Ministro de Economía y Finanzas, resulta al menos discutible si este último puede o no brindarla, en tanto esta facultad está consagrada en una norma de mayor jerarquía como lo es la Constitución. No obstante, en caso de que se brinde la información amparada por el secreto, sin lugar a dudas, los que acceden a la misma deberán guardar la reserva del caso.

12. ¿LA REFORMA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO CONSAGRA UNA NUEVA EXCEPCIÓN AL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO?

El numeral 7 del artículo 379 del Código General del Proceso en la redacción dada por la Ley número 19.090 de fecha 14 de junio de 2013 establece: *“Averiguación de bienes. El tribunal podrá dirigirse a los organismos y registros públicos pertinentes a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos patrimoniales del ejecutado de los que se tuviere constancia. Ello, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo de la persona física o nombre y clase de persona jurídica, conjuntamente con un número identificador oficial.*

El tribunal de la ejecución podrá solicitar informe de los saldos de cuentas y depósitos que pueda tener el ejecutado en las entidades del sistema de intermediación financiera.”

Este artículo se encuentra en sede de vía de apremio, su razón de ser es brindar una herramienta eficaz al acreedor ganancioso para que éste pueda ejecutar su crédito, dada la dificultad con que se encontraba el acreedor antes de la reforma mencionada, quien a pesar de contar con una sentencia de condena favorable, se veía imposibilitado de ejecutarla por desconocer la situación patrimonial de su deudor.

De la lectura del artículo 379.⁷⁶ del referido cuerpo normativo surge que previamente

⁷⁶ Código General del Proceso, Art. 379.6: *“Declaración de bienes y derechos. Al promover la ejecución prevista en los numerales 1), 4), 5) y 6) del artículo 377 el ejecutante podrá solicitar, siempre que los bienes conocidos del ejecutado no fueran suficientes para cubrir la suma debida y sus ilíquidos, la intimación al ejecutado, con plazo de cinco días, para que presente una declaración de bienes y derechos de los que sea titular y resulten suficientes para hacer frente a la ejecución.*

El incumplimiento de ese deber, así como en caso de declaración de bienes que resulten insuficientes o en caso de ocultamiento de gra-

a iniciar el trámite de la Averiguación de Bienes del Deudor, el acreedor debe intimarlo a efectos de que este denuncie bienes o derechos suficientes para cubrir con ellos su adeudo.

Si el ejecutado pese a la intimación incumple con la misma o aun declarando sus bienes, éstos resultan insuficientes, conforme lo dispuesto por el artículo 379.7 antes transcrito puede acudir al referido procedimiento de Averiguación de Bienes.

Valentín⁷⁷ señala que esta solución normativa se encuentra inspirada en la LEC Española del año 2000 específicamente en sus artículos 590⁷⁸ y 591⁷⁹.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 379.6 in fine referido, ante el incumplimiento del deber del ejecutado de declarar bienes suficientes, se “habilitará al ejecutante a impulsar ante el Tribunal la averiguación de bienes prevista en el ordinal siguiente.” De esta manera, surge que el referido procedimiento opera a petición de parte en virtud del principio dispositivo que rige en nuestro Derecho.

El ordinal 7 expresa que: “El tribunal podrá dirigirse a los organismos y registros públicos (...)”. La doctrina se ha cuestionado a qué se refiere la norma por “organismos y registros públicos” y ha ensayado dos interpretaciones.

Una primera interpretación es que por “organismos públicos” refiere a aquellos que pertenecen al Estado, y por “registros públicos”, a aquellos que tiene a cargo el Estado.

Una segunda interpretación es que por “registros públicos” se refiere a aquellos registros de acceso público, esto es a los que cualquier persona pueda acceder.

vámenes o afectaciones de los bienes o derechos, habilitará al ejecutante a impulsar ante el tribunal la averiguación de bienes prevista en el ordinal siguiente.”

77 Disponible en <http://gabrielvalentin-derechoprocesal.blogspot.com/2013/06/la-reforma-al-cgp-modificaciones-sobre.html>

78 LEC Art. 590. *Investigación judicial del patrimonio del ejecutado.— A instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el Secretario judicial acordará, por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Cuando lo solicite el ejecutante y a su costa, su procurador podrá intervenir en el diligenciamiento de los oficios que hubieran sido librados a tal efecto y recibir la cumplimentación de los mismos, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 1 del artículo siguiente.*

El Secretario judicial no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante” (artículo redactado conforme a la ley 13/2009, de 3 de noviembre de 2009, antes citada).

79 LEC Art. 591. *Deber de colaboración.—1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar su colaboración en las actuaciones de ejecución y a entregar al Secretario judicial encargado de la ejecución o al procurador del ejecutante, cuando así lo solicite su representado y a su costa, cuantos documentos y datos tengan en su poder, y cuya entrega haya sido acordada por el Secretario judicial, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes. Cuando dichas personas o entidades alegaran razones legales o de respeto a los derechos fundamentales para no realizar la entrega dejando sin atender la colaboración que les hubiera sido requerida, el Secretario judicial dará cuenta al Tribunal para que éste acuerde lo procedente.*

2. El Tribunal, previa audiencia de los interesados, podrá, en pieza separada, acordar la imposición de multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el Tribunal les haya requerido con arreglo al apartado anterior. En la aplicación de estos apremios, el Tribunal tendrá en cuenta los criterios previstos en el apartado 3 del artículo 589.

3. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial”

Al respecto se pronunció Pereira Campos manifestando que: “En base a las leyes nos. 18.331 y 18.381 citadas, consideramos que no se podrá acceder a información de registros que no sean de libre acceso al público o a aquellos que contengan información definida como secreta o clasificada como reservada o confidencial. Por ello, no todo registro llevado por un organismo público es, necesariamente de carácter público. En cada caso, habrá que determinar si la información contenida en dicho registro es de acceso abierto al público o no”.⁸⁰

En similar sentido Valentín expresó que “(...) cuando la nueva ley procesal alude a organismos y registros públicos refiere a registros de acceso público en los que se inscriben todos los actos por los cuales se transfiere la propiedad, o se constituyen, modifican o extinguen otros derechos sobre los mismos, afectaciones, gravámenes, etc.

Registros de acceso público quiere decir que sean accesibles a cualquier interesado que quiera conocer la situación del bien: quién es su titular, si está afectado por un gravamen (hipoteca, prenda), etc. En esa categoría no sólo ingresan los registros públicos que brindan información a cualquier interesado sobre la situación de un bien (por ejemplo, el Registro de la Propiedad Inmueble), sino también algunos registros privados sobre ciertos bienes que también proporcionan información a toda persona que lo solicite (por ejemplo, el registro de semovientes de pedigrí que lleva la Asociación Rural del Uruguay).

En cambio, no quedarían comprendidos otros registros llevados por órganos públicos pero que no son de acceso público. Por ejemplo, no es de acceso público el registro de acciones al portador que lleva el BCU (al que sólo pueden acceder ciertos organismos y cumpliendo ciertos requisitos: ley 18.930, de 17 de julio de 2012, art. 5°).

Tampoco quedarían comprendidos los registros que no inscriben todos los actos por los cuales se transfiere la propiedad, o se constituyen, modifican o extinguen otros derechos sobre los mismos, afectaciones, gravámenes, etc., sino que sólo inscriben cierta información con fines específicos. Por ejemplo, el registro que lleva DICOSE, que aunque es un órgano público y de acceso público no registra todos los actos (hipotecas, prendas, embargos, por ejemplo) sobre semovientes, sino que sólo registra y controla la propiedad y existencias de semovientes y frutos del país, en establecimientos y en tránsito, y las marcas y señales, para conformar el Sistema Nacional de Información Ganadera, con fines estadísticos y de fiscalización.”⁸¹

En nuestra opinión, los registros que llevan las Administraciones Tributarias - léase Dirección General Impositiva y Banco de Previsión Social- claramente no son de acceso al público, por lo que no revisten la calidad de registros públicos.

Las leyes números 18.331 y 18.381, que reconocen el derecho de acceso a la información pública, excepcionan expresamente a la información amparada por un secreto de rango legal, como ser el secreto tributario.

Por tanto, y teniendo presente que el propio artículo 379.7 no constituye una excepción expresa al artículo 47 del Código Tributario, no corresponde que la Admi-

80 PEREIRA CAMPOS Santiago, *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090 comparadas y comentadas*, Universidad de Montevideo, 1° Edición, Montevideo, 2013, p. 438.

81 VALENTIN Gabriel, Op cit. pag web

nistración Tributaria brindé información amparada por el secreto, incluso en caso de formularse una solicitud de averiguación de bienes en virtud de lo dispuesto por el artículo 379.7 comentado.

En efecto, aún en el caso que el Juez de la ejecución expresamente releve de la obligación de guardar secreto tributario a la Administración Fiscal, dado que el mismo no está habilitado por el artículo 47 del Código Tributario, ni por otra norma legal, ésta no podría brindarla so pena de incurrir en las responsabilidades antes comentadas.

13. CONVENIOS INTERNACIONALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACION TRIBUTARIA

La globalización actual de la economía ha hecho necesario la suscripción de convenios internacionales a efectos de que las Administraciones Tributarias puedan controlar a los agentes económicos que operan transnacionalmente, y así evitar la doble imposición internacional, la elusión y evasión fiscal, intercambiando información fiscalmente relevante.

En este sentido, Ferreri y Nieves manifiestan que: *“El actual fenómeno de la globalización se distingue del anterior por la movilidad mucho mayor del capital y del trabajo (en la época anterior, antes de las restricciones a la migración, el trabajo fue al menos tan móvil como el capital). Este aumento de la movilidad es el resultado de los cambios tecnológicos (la capacidad de transferir fondos electrónicamente) y la relajación de controles de cambio.”*⁸²

Más adelante los citados autores señalan: *“Los Estados reconocen la necesidad de promover la celebración de acuerdos internacionales que les permitan acceder a informaciones que no podrían obtener utilizando los medios y fuentes de que disponen internamente. Además, ‘(...) la vía del convenio permite establecer un conjunto de disposiciones que garanticen que la información intercambiada con arreglo al mismo no va a ser difundida ni usada para fines distintos de los que motivaron la transmisión de la información. Esta cuestión por intrascendente que parezca, posee una importancia de primer orden para todos aquellos países que tienen arraigada tradición de protección del denominado secreto tributario’”*.⁸³

Adicionalmente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publica reportes sobre el progreso que los países han tenido con la implementación de los estándares acordados internacionalmente en materia de intercambio de información a efectos impositivos.

Dado que la OCDE ubicó a Uruguay en la lista de países que *“no se han comprometido en la implementación de los estándares impositivos acordados internacionalmente”*, esto determinó que Uruguay asumiera ciertos compromisos en materia de intercambio de información que provocaron su eliminación de la lista antedicha y su inclusión en la lista de países que *“se han comprometido a implementarlos pero no los han implementado sustancialmente”*.

82 FERRERI, Pablo y NIEVES, Guillermo, *El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional*, *Revista Tributaria*, Montevideo, IUET, T. XXXVIII. N° 225. Nov-Dic 2011. p. 939

83 FERRERI, Pablo y NIEVES, Guillermo. Op. Cit. p. 954

De esta manera Uruguay se vio en la necesidad de adoptar formalmente los estándares de transparencia y suscribir convenios de intercambio de información fiscal conforme lo establece el artículo 26 de la versión 2005 del Modelo de Convenio de Impuestos de la OCDE, incorporando dicha cláusula en los tratados que se suscriban.

En lo que respecta al tema objeto de esta tesis, corresponde destacar que la suscripción de convenios internacionales en materia de intercambio de información podría transgredir lo dispuesto por el artículo 47 del Código Tributario al obligar a dar información de contribuyentes a administraciones tributarias extranjeras.

La doctrina nacional ha ensayado diversas argumentaciones en cuanto a la posibilidad de brindar información amparada por el secreto tributario a administraciones fiscales extranjeras en el marco de la suscripción de convenios internacionales de intercambio de información.

Mazz refiriendo a estos convenios internacionales expresó que: *“Estos tratados, al ser aprobados por los parlamentos de los países signatarios se transforman en ley nacional, y obligan a revelar tales informaciones.”*⁸⁴

Por su parte, Bordolli expresa que *“En cuanto juega la legislación interna, la Administración Tributaria tiene absolutamente vedado el suministrar cualquier tipo de información relativa al contribuyente a los fiscos extranjeros, sin excepción alguna y bajo las mismas consecuencias en materia de responsabilidad ya tratadas.*

*En materia de convenciones, dado el rango de ley las aprobadas por el Uruguay, desde luego que es factible que establezcan reglas diversas a las del Código Tributario que permitan la comunicación de información a otros fiscos.”*⁸⁵

Varela y Gutiérrez comparten la posición de Bordolli, agregando que: *“Toda la información que los contribuyentes están obligados a suministrar al Fisco, supone de por sí un sacrificio del derecho constitucional a la intimidad del contribuyente. El derecho a la intimidad se sacrifica a fin de que el Estado uruguayo obtenga los recursos suficientes para el cumplimiento de sus fines. En un sistema tributario basado en el principio de la fuente como el uruguayo, no se justifica limitar el derecho constitucional de intimidad de los contribuyentes para dar información a un fisco extranjero. En efecto, el trasiego de información hacia fiscos extranjeros se hace a condición de reciprocidad. En un sistema tributario de fuente territorial, Uruguay no tiene ningún interés en recibir información sobre bienes, activos o rentas en el exterior ya que el país ha decidido no gravarlas.*

Uruguay, entonces, no podría obligarse con países extranjeros a intercambiar información fiscal sobre sus contribuyentes.

En tanto Uruguay continúe aplicando el principio de la fuente, no podrá celebrar convenios internacionales en los que se obligue a sacrificar el derecho a la intimidad de los contribuyentes, ya que no es posible invocar un interés general en juego. En efecto, no estaríamos ante un “intercam-

84 MAZZ, Addy. Op. Cit p. 346

85 BORDOLLI, José Carlos. Op. Cit. p. 391

bio" de información, sino que únicamente nuestro país enviaría información fiscalmente relevante al exterior sobre los negocios o bienes de extranjeros en Uruguay. Por el contrario, la información sobre bienes o negocios de uruguayos en el exterior es irrelevante para el fisco uruguayo, ya que nuestro país respeta el principio de la fuente en materia de renta o el de territorialidad cuando de gravar activos o patrimonios se trata".⁸⁶

Además de los motivos anteriormente expuestos (globalización y salida de la controversial lista formulada por la OCDE), nuestro país ha ampliado parcialmente el criterio de la fuente.

Así, por Ley número 18.718 de fecha 24 de diciembre de 2010 se grava en sede de Impuesto a la Renta de las Personas Físicas los rendimientos de capital mobiliario originados en depósitos, préstamos y en general en toda colocación de capital o de crédito de cualquier naturaleza, en tanto tales rendimientos provengan de entidades no residentes.

Otro ejemplo de la extensión del principio de la fuente es en la hipótesis en que se brindan servicios técnicos desde el exterior a contribuyentes del Impuesto a las Rentas Empresariales (artículo 3 del Título 7 del Texto Ordenado de 1996).

De esta manera, no caben dudas que Uruguay desde un tiempo a esta parte tiene interés en intercambiar información con otras administraciones tributarias extranjeras, y ello motivado por la necesidad de adecuarse a los estándares impositivos de intercambio de información así como de adoptar prácticas fiscales de transparencia internacional admitidas. Ello supone que existen razones fundadas en el interés general que permiten limitar el derecho a la intimidad de los contribuyentes consagrado constitucionalmente.

En el mismo sentido y respecto a la constitucionalidad de las leyes que incorporan los convenios de intercambio de información Albacete y Ermoglio manifestaron que: "La limitación de cualquier derecho individual debe realizarse a través de una ley fundada en razones de interés general. En este caso el derecho a la intimidad, que en definitiva es el derecho que preservan el secreto profesional, el bancario y el tributario, sería limitado por la ley que aprueba el tratado que contiene el artículo 26 del modelo OCDE."⁸⁷

De la lectura de la mencionada cláusula 26⁸⁸ surge que la información a intercambiarse es la previsiblemente pertinente.

Los convenios internacionales de intercambio de información ratificados por Uruguay tienen al menos rango legal, por lo que la obligación de brindar información sujeta al secreto implica una excepción al artículo 47 del Código Tributario.

⁸⁶ VARELA, Alberto y GUTIERREZ, Gianni. Op. Cit p. 136 - 137

⁸⁷ ALBACETE, Juan Manuel y ERMOGLIO Enrique, *Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información*, **Revista Tributaria**, Montevideo, IUET, N° 219. Nov- Dic. 2010, p. 956-957

⁸⁸ Modelo OCDE, Cláusula 26 apartado 1 "Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, su subdivisiones o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2".

No obstante ello, debe señalarse que la información brindada a la Administración Tributaria extranjera requirente, queda salvaguardada por la consagración de la cláusula del "Secreto Tributario Internacional"⁸⁹. Ésta implica que el Estado requirente debe mantener en reserva la información recibida del Estado requerido, según las condiciones impuestas por su normativa interna, y a su vez, debe ser utilizada únicamente para cumplir con los fines del convenio.

Aún en casos de que en la legislación interna del país requirente exista una norma que consagre el acceso a la información pública - como sucede en nuestro país con la Ley número 18.331-, la información obtenida debe ser mantenida en reserva.

No obstante, atento al tipo de cláusulas estipuladas por Uruguay al suscribir convenios de intercambio de información, frente a un pedido concreto de información por un fisco extranjero, corresponde realizar un doble análisis.

En primer lugar, se debe analizar si dentro de la información requerida se encuentra algún dato amparado por el secreto comercial, gerencial, industrial o profesional conforme al apartado 3 del artículo 26 referido⁹⁰. Éste establece claramente que no se debe suministrar información si la misma revela secretos comerciales, industriales, profesionales o informaciones cuya comunicación contraría el orden público.

Y en segundo lugar, se debe examinar que la misma sea presumiblemente relevante: para aplicar el convenio en materia tributaria; para la Administración; para la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de toda naturaleza establecidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio.

Así, en caso de tratarse de información amparada por alguno de los secretos referidos o si la misma no es presumiblemente relevante, el Estado uruguayo (requerido) podrá negarse a brindar la misma.

En cuanto al procedimiento para efectuar el intercambio de información en el marco de los convenios internacionales suscriptos por Uruguay, éste se encuentra regulado por el Decreto número 313/011 de fecha 2 de setiembre de 2011, modificado por el Decreto número 378/013 de fecha 26 de noviembre de 2013.

El artículo 10 del Decreto número 313/011⁹¹ establecía el otorgamiento de vista al

89 Modelo OCDE, comentarios al apartado 2 del art. 26 "La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado uno será mantenida secreta de la misma forma que la obtención obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos, o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades solo utilizarán esta información para estos fines (...)"

90 Modelo OCDE, Apartado 3 artículo 26 "En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a: a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante; b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante; c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público".

91 Decreto número 313/011, Artículo 10º- "Vista Previa.- No se dictará resolución disponiendo el envío de información a una

titular de la información previo al dictado de la resolución que dispone el envío de información a la autoridad requirente.

El artículo 2 del Decreto número 378/013⁹² modificó la norma antes citada, disponiendo el otorgamiento de vista previa a la “*persona o entidad examinada o investigada en el Estado requirente*”, siempre que tengan domicilio constituido ante la Dirección General Impositiva.

Como surge de las normas transcritas, actualmente la vista es conferida a la persona o entidad examinada o investigada en el Estado requirente, y no al titular de la información solicitada.

La solución reglamentaria constituye una incongruencia, dado que es el titular de la información el que podría verse perjudicado por su divulgación, por lo que es a éste al que debería otorgarse vista previa.

En efecto, el suministro de dicha información son aspectos que atañen directamente al titular de la información y que puede ocasionarle perjuicios.

Adicionalmente, el artículo exige para el conferimiento de vista que el investigado o examinado tenga domicilio constituido ante la Dirección General Impositiva, lo que torna difícil su aplicación, ya que generalmente estas personas o entidades extranjeras no poseen un domicilio constituido ante el Registro Único Tributario de la Dirección General Impositiva, por lo que la mayoría de las veces no se otorgaría vista previa de las actuaciones pudiendo irrogarle un perjuicio al titular de la información.

No obstante, al consagrarse la cláusula del secreto tributario internacional en los convenios de intercambio de información, se asegura el mantenimiento de la reserva de la información amparada por el secreto tributario. Siendo una norma de rango legal, puesto que el convenio es ratificado por una ley, y fundada por razones de interés general, entendemos que no se vulnera lo dispuesto en el artículo 47 del Código Tributario, que a través de estos mecanismos ve ampliado el elenco de excepciones establecido en el mismo.

14. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA

En la Sala de Abogados de la Dirección General Impositiva de fecha 30 de julio de 1975 se resolvió: “... *La Dirección General Impositiva y sus oficinas dependientes pueden proporcionar la información de tipo registral que les sea solicitada. El otorgar esos datos, no viola la obligación del secreto impuesta por el artículo 47 del Código Tributario.*”

autoridad competente requirente, sin otorgarse vista de las actuaciones administrativas al titular de la información por el término de cinco días hábiles”.

92 Decreto número 378/2013, Artículo 2: *Sustituyese el artículo 10° del Decreto N° 313/011, de 2 de setiembre de 2011, por el siguiente:*

Artículo 10°.- Vista previa. Con anterioridad al envío de la información recabada, la autoridad competente o su representante autorizado, deberán permitir el acceso a la misma de las personas o entidades examinadas o investigadas en el Estado requirente, por el término de cinco días hábiles, siempre que las mismas tengan domicilio constituido ante la Dirección General Impositiva.”

Para mayor claridad en la especie, se deja constancia que se consideran datos registrales que por su índole tienen carácter de públicos, los nombres y apellidos completos, el o los domicilios y el giro comercial, industrial o profesión u oficio del contribuyente, así como la fecha de iniciación y cese de actividades. En caso de sociedades, también podrá proporcionarse la integración del Directorio de las mismas."

Posteriormente, la Sala de Abogados de fecha 6 de octubre de 1995, que no fue aprobada, sugirió un criterio restrictivo, aconsejando proporcionar en caso de solicitud de información sólo el número de Registro Único del Contribuyente.

La Sala de Profesionales de la Dirección General Impositiva de fecha 16 de marzo de 2004, distingue dos tipos de contribuyentes: según se encuentren al día, o se encuentren morosos en el pago u omisos en la presentación de declaraciones juradas.

Si se encuentran al día, puede proporcionarse la información de los datos incluidos en las facturas que de acuerdo a la Resolución número 688/992 de fecha 16 de diciembre de 1992 son nombre o razón social, nombre comercial cuando exista, domicilio fiscal y número de Registro Único del Contribuyente; entendiéndose que los datos incluidos en la factura se encuentran disponibles al público en general y no vulneran el secreto de las actuaciones.

Si se hallan morosos en el pago u omisos en la presentación de declaraciones juradas, la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social, en virtud de lo dispuesto por el artículo 173 de la Ley número 16.736 de fecha 5 de enero de 1996 en la redacción dada por el artículo 3 de la Ley número 16.866 de fecha 12 de setiembre de 1997, se encuentran facultados a publicar el nombre y demás datos identificatorios de éstos.

En este caso, la mencionada Sala interpretó que si por razones de oportunidad y conveniencia el Director General ordena la publicación de los datos de los contribuyentes incluidos en el referido artículo, una vez publicados los mismos, si un tercero solicita información podría otorgársele. En caso de no haber realizado la publicación, no podrá proporcionársele.

La citada Sala refirió a las excepciones previstas en el artículo 47 del Código Tributario, y distinguió según quién sea el solicitante de la información.

Cuando la solicitud proviene de una Administración Tributaria, en tanto que la administración y recaudación de los tributos nacionales pertenece por expresa disposición constitucional al Poder Ejecutivo (artículo 168 numeral 18), la comunicación entre los distintos organismos de este poder es interna, y en consecuencia no regulada por el principio del secreto de las actuaciones, por cuanto la Administración Tributaria es una sola. Tampoco existe el deber de reserva respecto de otros organismos que ejercen función de administración tributaria (ejemplo Banco de Previsión Social y los gobiernos departamentales). La situación es distinta para el caso de personas de derecho público no estatal (ejemplo Caja de Profesionales Universitarios), ya que no constituyen "Administración Tributaria" a los efectos del artículo 47.

Cuando la información es solicitada por los tribunales de justicia en materia penal, menores o aduana, siempre que se formule por resolución fundada, y que sea imprescindible para el cumplimiento de su función, debe brindarse.

Respecto al Banco de Seguros del Estado, la Sala se refiere a lo dispuesto en el artículo 56 del Título 1 del Texto Ordenado de 1996 (artículo 62 de la Ley número 16.074), donde se establece que se pondrá a su disposición la información de los registros de la Dirección General Impositiva y del Banco de Previsión Social.

En cuanto a los organismos públicos que no integran la Administración Tributaria, la Sala se refiere al caso de las Usinas Termoeléctricas del Estado (UTE), el cual entre otros organismos públicos, debe controlar si sus proveedores se encuentran al día en sus obligaciones fiscales, para lo cual se discute si la Administración puede brindar dicha información amparada por el secreto.

La posición mayoritaria de la Sala entiende que no se debe proporcionar la mencionada información, teniendo presente que el proveedor titular de la información, podrá solicitarla y entregarla al organismo público en cuestión.

No obstante, en una posición minoritaria se entendió que no rige el secreto tributario respecto a la información de si los proveedores de los organismos públicos se encuentran al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Entiende esta posición que de acuerdo a los principios de buena fe y verdad material, la circunstancia de estar al día con la Dirección General Impositiva, no es de carácter secreto en lo atinente a los proveedores, por lo que se debe brindar al organismo público requirente la información solicitada.

Esta posición fue compartida por el Director General de ese momento, el cual ante la solicitud de información concreta de un certificado único de una empresa proveedora realizado por un organismo del Estado, por resolución de fecha 24 de mayo de 2004, sostuvo: *“El suscrito, Director General de Rentas, considero oportuno resolver el asunto con carácter general, en el sentido que es posible entregar dicha información cuando es solicitada por empresas públicas obligadas a exigir los certificados de estar al día con la Dirección General Impositiva con carácter previo a efectuar pagos, sin que por ello se viole el secreto tributario establecido en el artículo 47 del Código Tributario”*.

Cuando la solicitud proviene del exterior, la Sala amplió el criterio sostenido hasta ese momento sobre la información a otorgar a autoridades extranjeras. En dicho caso, la información podrá brindarse siempre que la situación encuadre dentro del marco de los convenios de asistencia celebrados, con los requisitos del artículo 47.

La Sala también refiere a la solicitud de información realizada por comisiones investigadoras en virtud de lo dispuesto por el artículo 168 numeral 18 de la Constitución, en cuyo caso el Ministerio de Economía y Finanzas decidirá en cuanto a la conveniencia y oportunidad de brindar la información requerida.

Por último, cuando la información es solicitada por el propio titular, surge de la mul-

ticitada sala que la Administración queda relevada del secreto.

Posteriormente, la Sala de Profesionales de fecha 17 y 22 de diciembre de 2004, referida a las facultades de investigación y recaudación de los funcionarios de la Administración en mérito de lo dispuesto por el artículo 68 del Código Tributario, se pronunció someramente respecto del secreto tributario consagrado en el artículo 47 expresando que no se deberá develar la información obtenida por los funcionarios de la Administración en el marco de una actuación inspectiva.

15. PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN DE INTERÉS TRIBUTARIO A TRAVÉS DE LA PRENSA

Existen distintas hipótesis que resultan de interés analizar.

En primer lugar, se observará si es posible que la Administración Tributaria publique o dé a conocer sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Al respecto cabe destacar que tanto en la base de datos del Poder Judicial así como en la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se encuentran publicadas las sentencias dictadas, en las cuales surgen todos los datos que consignan las mismas sin excepción alguna.

En consecuencia, la Administración puede publicar las sentencias en las que actuó, que adquirieron la calidad de firme, resguardando la identidad del o los administrados.

En segundo lugar, corresponde analizar lo que sucede con la información que hace pública el propio administrado, por ejemplo, realizando declaraciones respecto de la actuación inspectiva o judicial en la prensa.

En esta hipótesis surge la disyuntiva de determinar si la Administración Tributaria en cuestión puede realizar declaraciones al respecto, y con qué alcance.

En nuestra opinión, en ese caso la Administración podría brindar declaraciones a la prensa, únicamente respecto de los aspectos que el administrado ya hizo públicos, en tanto no existe posibilidad de vulnerar su derecho a la intimidad con su divulgación. En efecto, si la noticia del hecho se vuelve notoria, el secreto cesa y por consiguiente la Administración no incurre en una conducta penalmente relevante ni en responsabilidad alguna.

De esta manera la Administración deberá ser muy cuidadosa respecto de la información que brinda a la prensa a los efectos de no vulnerar lo dispuesto por el artículo 47 del Código Tributario.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia número 613 de fecha 2 de octubre de 2002, confirmó una resolución por la que un funcionario del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca fue sancionado con suspensión y pérdida de la totalidad de los haberes por el término de cuatro meses debido a las manifestaciones que efectuó a la prensa por las que puso en conocimiento de la población denuncias vinculadas con

la presencia de salmonella en una planta de faena oportunamente inspeccionada. Se entendió por el referido Tribunal que esas manifestaciones violan el deber de guardar secreto de las informaciones que obtuvieran los funcionarios en ejercicio de sus funciones de contralor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 264 de la Ley número 16.736. Entendió asimismo que la sanción es adecuada en tanto fue tipificada como una falta de “mediana gravedad”.

16. DERECHO COMPARADO

A continuación se analizará el tratamiento del secreto tributario en ciertos países que resultan de particular interés.

16.1 Argentina.

El instituto del secreto fiscal argentino está regulado por el artículo 101 de la Ley número 11.683.⁹³

El fundamento normativo es -al igual que en nuestro país- el derecho a la intimidad, el que tiene raigambre constitucional, que protege y garantiza a los particulares que sus declaraciones o informaciones serán usadas únicamente con una finalidad fiscal, quedando prohibida su divulgación; así como un interés público como lo es el interés recaudatorio del Estado.

En cuanto al relacionamiento entre el secreto fiscal y las actuaciones administrativas, resulta evidente que quien es parte del expediente tiene garantizado el derecho de acceso a éste, sea en forma personal o a través de sus apoderados o letrados patrocinantes, basado en el principio de debido proceso.

Al respecto, entiende Melzi que: *“El legislador no consagró así el secreto fiscal como una forma de facilitar al Organismo Recaudador la recolección de datos con trascendencia tributaria. Muy por el contrario, los datos que resultan amparados por el secreto fiscal son aquellos que las personas tienen derecho a “conocer” y “preservar” dentro de la esfera de lo privado, plasmando así en forma concreta la preservación de la intimidad y la privacidad en el ámbito del derecho tributario, y evidenciando que los datos de contenido económico con trascendencia tributaria, aportados por el sujeto pasivo a la Administración Fiscal, o recolectados por ésta, como ya dijimos, se encuentran resguardados por el derecho a la privacidad, al igual que todo otro dato cuyo conocimiento y divulgación por parte de terceros pueda significar un peligro concreto o potencial*

93 Ley 11.683, artículo 101.- *Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos.*

Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.

Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros.

Los terceros que divulguen o reproduzcan dichas informaciones incurrirán en la pena prevista por el artículo 157 del Código Penal, para quienes divulguen actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos.

a la intimidad de las personas. La única limitación razonable impuesta por el régimen jurídico al derecho a la preservación a la intimidad, es aquella que permite conocer a la Administración Tributaria (y solo a ésta) éstos datos sensibles de contenido patrimonial relativos al origen, destino, administración y/o disposición de los recursos económicos, para con ellos fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias".⁹⁴

En cuanto al tipo de información que se encuentra amparada por el secreto, la doctrina se ha cuestionado si únicamente se encuentra resguardada las declaraciones juradas, manifestaciones e informes del contribuyente, responsables y terceros tal como lo prevé el artículo 101, o si también abarca la totalidad de las actuaciones administrativas vinculadas con la situación patrimonial, los negocios y demás aspectos sensibles de tales sujetos, independientemente de la fuente a través de la cual tal información sensible se hubiere originado.

Sobre este punto la Suprema Corte de Justicia consideró que las informaciones no resultan secretas por ser tales, sino en cuanto revelen secretos de terceros, ya que la reserva se encuentra establecida en beneficio de ellos.⁹⁵

Posteriormente, la jurisprudencia extendió el alcance del referido secreto a datos que no guardan relación con la situación patrimonial o negocios del contribuyente, como ser, si el mismo está o no inscripto.⁹⁶

También la ley argentina reconoce ciertas limitaciones al secreto fiscal, como ser el propio párrafo 5 del artículo 101 que establece que no están alcanzados por el secreto fiscal los datos referidos a la falta de presentación de declaraciones juradas, la falta de pago de obligaciones exigibles, los montos resultantes de determinaciones de oficio firmes, las sanciones firmes por infracciones formales o materiales, el nombre del contribuyente o responsable, y el delito que se le impute en la denuncias penales.

Asimismo, el artículo 102 de la citada ley⁹⁷ prevé la publicación de la nómina de responsables. Este artículo fue reglamentado por el Decreto número 445 de fecha 20 de marzo de 1991 del cual surge que en las nóminas que debe confeccionar el órgano de fiscalización se debe incluir los datos informativos de las operaciones gravadas o de las rentas o activos imponibles según sea la naturaleza del impuesto de que se trate, el importe del impuesto determinado y el monto de la renta neta y de los activos computables que resulten en cada caso. En cuanto a los aportes y contribuciones, debe informarse el monto ingresado. En lo referente al Impuesto de Valor Agregado debe contener además los datos identificatorios del responsable del débito fiscal declarado y el monto de las

94 MELZI, Flavia *La estructura jurídica como sostén de un sistema tributario aplicable. Secreto fiscal, profesional y otros. Obligaciones informativas*, XXXV Jornadas Tributarias del C.G.C.E.C.A.B.A., Buenos Aires, 2005.

95 Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 53, p. 34

96 Revista La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 103, p. 408

97 Ley número 11.683, artículo 102.- *El PODER EJECUTIVO NACIONAL podrá disponer con alcance general y bajo las formas y requisitos que establezca la reglamentación, que los Organismos recaudadores de los impuestos a las ganancias, sobre los activos, sobre los bienes personales no incorporados al proceso económico y al valor agregado, así como de los aportes y contribuciones al sistema nacional de seguridad social, publiquen periódicamente la nómina de los responsables de los mismos, indicando en cada caso los conceptos e ingresos que hubieran satisfecho respecto de las obligaciones vencidas con posterioridad al 1° de enero de 1991.*

A los fines de dicha publicación, no será de aplicación el secreto fiscal previsto en el artículo 101.

operaciones gravadas. Asimismo, el mencionado decreto habilita al órgano a ampliar la información, así como publicar nóminas parciales de contribuyentes. Estos informes deben publicarse en el boletín oficial de la República Argentina.

La dogmática argentina cuestiona la validez constitucional de las referidas limitaciones al secreto fiscal, en tanto la información brindada se encuentra dentro de la esfera de la información sensible de la persona física o jurídica.

También el artículo 101 en apartado 3 limita el principio de reserva, habilitando su relevamiento en determinadas situaciones puntuales, como ser, cuestiones de familia o en procesos criminales por delitos comunes, o cuando lo solicita el interesado en los juicios que sea parte contraria el fisco, siempre que esta información no revele datos referentes a terceros.

Resulta interesante destacar la previsión del segundo párrafo del artículo 101 que establece la obligación de guardar secreto a los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la AFIP cuando llegue información a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aún a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.

El párrafo cuarto del artículo 101 establece la aplicación de la pena de prisión e inhabilitación prevista en el artículo 157 del Código Penal a los terceros que divulguen o reproduzcan informaciones secretas.

En resumen, aquí se reprimen penalmente aquellas conductas típicas que impliquen una violación de la protección de la reserva personal (artículo 157 del Código Penal Argentino). Se establece además la responsabilidad civil en caso de perjuicio al titular de la información develada.

16.2 España

El artículo 95 de la Ley General Tributaria del año 2003 consagra el carácter reservado de la información que posea la Administración, como ser datos, informes o antecedentes obtenidos por ésta en el desempeño de sus funciones, los que sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos, cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros.

No obstante esta regla general, se establecen limitaciones en razón del deber de colaboración con órganos jurisdiccionales, otras administraciones tributarias, inspección de trabajo y seguridad social, la comisiones parlamentarias de investigación, la protección del derecho de menores e incapaces, el tribunal de cuentas, comisiones especiales.

También en caso de revelación de información confidencial, se prevé la responsabilidad civil y penal del funcionario infidente así como su responsabilidad administrativa.⁹⁸

⁹⁸ *Ley General Tributaria, Artículo 95. Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria.*

¹ *Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la*

16.3 México

El artículo 69 del Código Fiscal de la Federación establece el deber de guardar absoluta reserva de datos de contribuyentes, brindados por ellos o por un tercero, u obtenidos en ejercicio de sus facultades de comprobación.

Asimismo establece que no existe el denominado secreto fiscal entre las instituciones

imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

a) La colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

b) La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.

c) La colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la cotización y recaudación de las cuotas del sistema de Seguridad Social y contra el fraude en la obtención y disfrute de las prestaciones a cargo del sistema; así como para la determinación del nivel de aportación de cada usuario en las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

d) La colaboración con las Administraciones públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea.

e) La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Fiscal.

g) La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

h) La colaboración con los jueces y tribunales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa en la que, previa ponderación de los intereses públicos y privados afectados en el asunto de que se trate y por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración tributaria.

i) La colaboración con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y con la Secretaría de ambas comisiones, en el ejercicio de sus funciones respectivas.

j) La colaboración con órganos o entidades de derecho público encargados de la recaudación de recursos públicos no tributarios para la correcta identificación de los obligados al pago y con la Dirección General de Tráfico para la práctica de las notificaciones a los mismos, dirigidas al cobro de tales recursos.

k) La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.

l) La colaboración con la Intervención General de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones de control de la gestión económico-financiera, el seguimiento del déficit público, el control de subvenciones y ayudas públicas y la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de las entidades del Sector Público.

2. En los casos de cesión previstos en el apartado anterior, la información de carácter tributario deberá ser suministrada preferentemente mediante la utilización de medios informáticos o telemáticos. Cuando las Administraciones públicas puedan disponer de la información por dichos medios, no podrán exigir a los interesados la aportación de certificados de la Administración tributaria en relación con dicha información.

3. La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado.

Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente.

4. Los retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta sólo podrán utilizar los datos, informes o antecedentes relativos a otros obligados tributarios para el correcto cumplimiento y efectiva aplicación de la obligación de realizar pagos a cuenta. Dichos datos deberán ser comunicados a la Administración tributaria en los casos previstos en la normativa propia de cada tributo.

Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, los referidos datos, informes o antecedentes tienen carácter reservado. Los retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta quedan sujetos al más estricto y completo sigilo respecto de ellos.

5. La cesión de información en el ámbito de la asistencia mutua se regirá por lo dispuesto en el artículo 177 ter de esta Ley.

mencionadas en este artículo y bajo las situaciones previstas en el mismo.

Entre ellas se encuentran las materias penales y los tribunales que conozcan en pensiones alimenticias.

También el artículo prevé la posibilidad que por acuerdo expreso del Secretario de Hacienda y Crédito Público se publiquen determinados datos por grupos de contribuyentes: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas.

Por último expresa la norma que se podrá suministrar información a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que se pacte que la misma sólo se utilizará para efectos fiscales y se guardará el secreto fiscal correspondiente por el país de que se trate.⁹⁹

16.4 Chile

El artículo 35 del Código Tributario Chileno consagra el deber de guardar secreto de la información que surge de las declaraciones del impuesto a la renta; de las que no se podrá divulgar su cuantía, fuente, pérdidas, gastos o cualquier dato relativo a la renta

⁹⁹ Código Fiscal de la Federación, Artículo 69 "El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los Tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este Código. Dicha reserva tampoco comprenderá la información relativa a los créditos fiscales firmes de los contribuyentes, que las autoridades fiscales proporcionen a las sociedades de información crediticia que obtengan autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad con la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, ni la que se proporcione para efectos de la notificación por terceros a que se refiere el último párrafo del artículo 134 de este Código, ni la que se proporcione a un contribuyente para verificar la información contenida en los comprobantes fiscales que pretendan deducir o acreditar, expedidos a su nombre en términos del artículo 29 de este ordenamiento.

La reserva a que se refiere el párrafo anterior no será aplicable tratándose de las investigaciones sobre conductas previstas en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, que realice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ni cuando, para los efectos del artículo 26 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, la autoridad requiera intercambiar información con la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de la Secretaría de Salud.

Tampoco será aplicable dicha reserva a la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos, órgano técnico del Consejo General del Instituto Federal Electoral, en los términos establecidos por los párrafos 3 y 4 del artículo 79 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, ni a las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los asuntos contenciosos directamente relacionados con la fiscalización de las finanzas de los partidos políticos. La información que deba suministrarse en los términos de este párrafo, sólo deberá utilizarse para los fines que dieron origen a la solicitud de información.

Cuando las autoridades fiscales ejerzan las facultades a que se refiere el artículo 215 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la información relativa a la identidad de los terceros independientes en operaciones comparables y la información de los comparables utilizados para motivar la resolución, sólo podrá ser revelada a los tribunales ante los que, en su caso, se impugne el acto de autoridad, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 46, fracción IV y 48, fracción VII de este Código.

Solo por acuerdo expreso del Secretario de Hacienda y Crédito Público se podrán publicar los siguientes datos por grupos de contribuyentes: nombre, domicilio, actividad, ingreso total, utilidad fiscal o valor de sus actos o actividades y contribuciones acreditables o pagadas.

Mediante acuerdo de intercambio recíproco de información, suscrito por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, se podrá suministrar la información a las autoridades fiscales de países extranjeros, siempre que se pacte que la misma sólo se utilizará para efectos fiscales y se guardará el secreto fiscal correspondiente por el país de que se trate.

También se podrá proporcionar a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, previa solicitud expresa, información respecto de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas contenida en la base de datos y sistemas institucionales del Servicio de Administración Tributaria, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el citado órgano desconcentrado.

que figure en las mismas.¹⁰⁰

La norma prevé que en los juicios sobre impuestos y alimentos los jueces podrán solicitar información respecto a declaraciones antes mencionadas. Asimismo, los fiscales del ministerio público cuando investiguen hechos constitutivos de delito también pueden solicitar dicha información. Finalmente, se habilita la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de los contribuyentes en particular.

Por último el artículo 101 del referido cuerpo normativo sanciona a los funcionarios del servicio de impuestos internos que infrinjan la obligación de guardar el secreto de las declaraciones en los términos señalados en dicho código con suspensión de su empleo hasta por dos meses.

Estas mismas sanciones serán aplicables a los funcionarios del Servicio de Tesorerías que divulguen los antecedentes relacionados con las declaraciones de los contribuyentes de que tomen conocimiento en virtud del artículo 168 del Código Tributario.

Igual responsabilidad afecta a los funcionarios de otras reparticiones y entidades a quienes la ley le otorgue acceso a dichas declaraciones bajo condición de guardar la reserva que las ampara.

El secreto de las declaraciones de impuesto a la renta constituye una característica común a la mayor parte de las legislaciones de los países que tienen establecida esta forma de tributación; pues la reserva de las declaraciones es condición esencial para asegurar una confesión más verídica y exacta de la renta. En efecto, dicho secreto garantiza al contribuyente, que desea cumplir fielmente su obligación tributaria, que los datos y antecedentes que suministre a la Administración con tal objeto quedarán sustraídos del conocimiento de aquellas personas que tengan con él intereses contrapuestos y que pudieran aprovecharlos en una posible competencia comercial, industrial, etc.

100 *Código Tributario Chileno, Artículo 35. "Junto con sus declaraciones, los contribuyentes sujetos a la obligación de llevar contabilidad presentarán los balances y copia de los inventarios con la firma de un contador.*

El contribuyente podrá cumplir dicha obligación acreditando que lleva un libro de inventario debidamente foliado y timbrado, u otro sistema autorizado por el Director Regional. El Servicio podrá exigir la presentación de otros documentos tales como libros de contabilidad, detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, documentos o exposición explicativas y demás que justifiquen el monto de la renta declarada y las partidas anotadas en la contabilidad.

El Director y demás funcionarios del Servicio no podrán divulgar, en forma alguna, la cuantía o fuente de las rentas, ni las pérdidas, gastos o cualesquiera datos relativos a ellas, que figuren en las declaraciones obligatorias, ni permitirán que éstas o sus copias o los libros o papeles que contengan extractos o datos tomados de ellas sean conocidos por persona alguna ajena al Servicio salvo en cuanto fueren necesarios para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Código u otras normas legales.

El precepto anterior no obsta al examen de las declaraciones por los jueces o al otorgamiento de la información que éstos soliciten sobre datos contenidos en ellas, cuando dicho examen o información sea necesario para la prosecución de los juicios sobre impuesto y sobre alimentos; ni al examen que practiquen o a la información que soliciten los fiscales del Ministerio Público cuando investiguen hechos constitutivos de delito, ni a la publicación de datos estadísticos en forma que no puedan identificarse los informes, declaraciones o partidas respecto de cada contribuyente en particular.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo y para el debido resguardo del eficaz cumplimiento de los procedimientos y recursos que contempla este Código, sólo el Servicio podrá revisar o examinar las declaraciones que presenten los contribuyentes, sin perjuicio de las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de los fiscales del Ministerio Público, en su caso.

La información tributaria, que conforme a la ley proporcione el Servicio, solamente podrá ser usada para los fines propios de la institución que la recepción."

Así, el secreto de las declaraciones actúa como un factor que promueve la eficiencia recaudatoria del tributo.

A diferencia del derecho chileno, nuestro derecho positivo consagra un secreto tributario más amplio, en tanto no lo limita a la información referida al impuesto a la renta ni a las declaraciones del mencionado impuesto, sino que incluye a la información que resulte de las actuaciones administrativas o judiciales a las que la Administración acceda.

CONCLUSIONES

Como surge a lo largo del presente trabajo, se logró cumplir con los objetivos inicialmente planteados y responder a la pregunta de investigación, relevando las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

De todo lo expuesto se concluye que en nuestro Derecho rigen respecto a las actuaciones dos principios opuestos: el de publicidad en el ámbito público y el de reserva en el ámbito privado.

Es en función del momento histórico, contexto social e intereses, que el legislador nacional determina la preponderancia de uno sobre otro. Así, el secreto tributario se ha ido flexibilizando con el dictado de diferentes normas que permiten dar a conocer información en principio amparada por éste.

Actualmente no se discute la autonomía del secreto tributario por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales, por tanto no requiere el amparo de otro secreto preexistente para regir.

Ahora bien, la razón de ser del artículo 47 del Código Tributario es que la Administración Tributaria en virtud de sus amplios poderes de investigación y fiscalización, así como del correlativo deber de colaboración de los particulares, accede a información privilegiada y sensible perteneciente a la esfera íntima del particular, que involucra un derecho de rango constitucional, el cual únicamente puede verse disminuido por una ley dictada por razones de interés general (en este caso, el fin recaudatorio).

El mencionado artículo 47 establece el deber de guardar secreto de la Administración Tributaria. Por ésta, debe entenderse a todo organismo estatal que sea sujeto activo de un tributo.

Si bien dentro de este concepto se podría entender incluidos a los Gobiernos Departamentales y a la Dirección Nacional de Aduanas; ambos se encuentran excluidos expresamente de la aplicación del Código Tributario, y por tanto fuera del ámbito subjetivo del artículo 47.

Entendemos que los Gobiernos Departamentales carecen de potestad constitucional para declarar que cierta información sea secreta, no existiendo una ley nacional que establezca como secretas las actuaciones de éstos, así como tampoco respecto a la Dirección Nacional de Aduanas.

En consecuencia para salvaguardar el derecho a la intimidad y la información que obtengan los Gobiernos Departamentales o la Dirección Nacional de Aduanas en ejercicio de sus amplias facultades, es necesaria una regulación legal específica para éstos.

A su vez, cuando la norma refiere a los funcionarios que de ella dependen, se incluye no sólo a las personas que revistan la calidad de funcionario público dentro de la Administración Tributaria, sino también a todas las personas físicas que presten servicios en la misma, ya sea en virtud de un contrato de función pública, de una beca o de una pasantía.

En el caso de que la Administración celebre contrato de arrendamiento de servicios con terceros, resulta conveniente que en éstos se pacte una cláusula de confidencialidad a los efectos de salvaguardar el derecho a la intimidad, dado que no les es de aplicación el mencionado artículo.

Tampoco corresponde incluir dentro de los sujetos obligados a guardar secreto a los funcionarios judiciales, sin perjuicio de que a éstos les rige el deber general de reserva de todo funcionario público, cuyo incumplimiento implica la comisión del delito de revelación de secreto del artículo 163 del Código Penal.

En cuanto a la información que se encuentra amparada por el secreto, entendemos que la norma es amplia, encontrándose incluida toda aquella información a la que la Administración accede en virtud de sus actuaciones administrativas o judiciales. La información que se obtiene sólo debe ser utilizada para el fin primario perseguido, esto es, permitir a la Administración investigar, fiscalizar y recaudar, entre otros, no pudiendo ser utilizada para fines ajenos a la Administración.

Posteriormente el artículo establece ciertas excepciones fundadas en razones de interés general, éstas priman sobre el derecho a la intimidad involucrado, pudiendo la información ser proporcionada a ciertos sujetos, esto es, otras Administraciones Tributarias, y los Tribunales de justicia en materia penal, aduana y menores.

La norma se refiere a la materia penal, menores o aduana, y no a la clasificación de los juzgados según su materia realizada por el Poder Judicial; por lo que en cada caso deberá aclararse la naturaleza del asunto en el que se entiende, sin perjuicio de la denominación del juzgado solicitante.

Cuando se les brinda información a los órganos habilitados por la norma, éstos también deben mantener en reserva la información que les fuera proporcionada.

La norma exige que el órgano requirente entienda que la información que se solicita es imprescindible para el cumplimiento de sus funciones, y que lo haga por resolución fundada.

Si bien la norma no exige expresamente que la solicitud deba realizarse por escrito, conforme al principio general de que todo procedimiento administrativo es escrito, así deberá realizarse.

El órgano requirente es el encargado de juzgar si la información resulta imprescindible para el cumplimiento de sus funciones.

El incumplimiento de la norma puede acarrear diferentes tipos de responsabilidad según el caso, ya sea, responsabilidad administrativa que puede implicar la sanción máxima de destitución del funcionario infidente; responsabilidad penal por el delito de revelación de secreto; y responsabilidad civil por la acción de repetición del Estado contra el funcionario por el pago que haya efectuado al tercero damnificado.

A su vez, se han dictado diversas normas de rango legal que han flexibilizado al secreto tributario, en virtud del interés que protegen, como ser la intención de inhibir las maniobras defraudatorias, inhibir la morosidad, y constituir medidas ejemplarizantes, facultando al Estado a hacer pública cierta información amparada por el secreto.

También, en virtud de la globalización actual de la economía se tornó imperioso para Uruguay la suscripción de convenios internacionales de intercambio de información, a efectos de que las Administraciones Tributarias puedan controlar a los agentes económicos que operan transnacionalmente, y así evitar la doble imposición internacional, la elusión y evasión fiscal. En aplicación de los convenios suscriptos, la Administración Tributaria brinda información amparada por el secreto a fiscos extranjeros, sin perjuicio de que ésta se encuentra salvaguardada en virtud de aplicación de la cláusula del secreto tributario internacional consagrada en los convenios suscriptos por nuestro país.

Finalmente, del derecho comparado analizado surge que sin perjuicio de las similitudes con nuestro secreto tributario, resultan en general de menor amplitud.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

CASANOVA, Pablo

El consentimiento informado en los menores de edad

FORMENTO, Luciana

NÚÑEZ, Victoria

Conflicto de interés y exequátur de laudos arbitrales extranjeros

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS MENORES DE EDAD

PABLO CASANOVA TORRADO

1. INTRODUCCIÓN

Julio César GALÁN CORTÉS define al consentimiento informado dentro del marco de la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. Sostiene que es el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario suficiente información, en términos comprensibles, que le capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto del diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.¹

El consentimiento informado es uno de los máximos aportes que el derecho ha volcado a la medicina. Es un derecho humano primario y a la vez un requisito no solo legal para el médico sino también ético. Configura un presupuesto y elemento integrante de la “lex artis”, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad. Tan es así que en numerosas ocasiones el hecho de no recabar el consentimiento informado o el hecho de no hacerlo en debida forma ha traído como consecuencia supuestos de Responsabilidad Objetiva.

Señala GAMARRA que *“cuando quien reciba la información opta por aceptar, la intervención que en el futuro se realice será lícita; la autorización justifica el ataque a la integridad corporal que, además tiene fines curativos (Artículo 28 del Código Penal). Si el consentimiento es válido para excluir la ilicitud, la ausencia de consentimiento califica dentro de los actos ilícitos el obrar del médico, no obstante la finalidad de mejorar la salud...”*. Precizando, seguidamente agrega que *“acorde con este carácter ilícito que se deduce del fundamento de la doctrina del consentimiento informado, el incumplimiento de la obligación que impone el deber de informar es una fuente autónoma de responsabilidad. Esto significa que basta con infringir la obligación de obtener el consentimiento para condenar al médico, aunque la intervención se haya desarrollado sin culpa alguna...”*²

Para el profesor LORENZETTI Se trata de una violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad; las lesiones consiguientes derivadas del tratamiento, bueno o malo, son motivo de otro análisis.³

Salvo situaciones excepcionales, el paciente es el titular de este personalísimo derecho. Su consentimiento debe prestarse antes del acto médico y es revocable sin formalidad alguna. Si bien en la mayoría de los casos el consentimiento se da en forma oral, en otros,

1 GALÁN CORTÉS JC. El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios. Madrid: Colex, 1997: 162

2 GAMARRA, “Responsabilidad Civil Médica I”, FCU, Montevideo, pág 163. Ver también sentencias 321/2004 y 11/2008 de la SCJ entre otras.

3 Cfr. LORENZETTI, Responsabilidad Civil de los Médicos, pág. 211

dada la magnitud del acto médico y las posibles consecuencias que puede aparejar, suele hacerse por escrito como medio probatorio, tanto para el médico como para el paciente.

En cuanto al tema del consentimiento informado en la infancia y adolescencia cabe destacar que es complejo y difícil. Como se sabe, los niños siempre se expresan independientemente de su edad, por lo que le compete al médico profundizar cuándo el consentimiento es legalmente válido, es una manifestación competente y legalmente aceptable.

Guido BERRO expone con respecto al consentimiento informado del menor sosteniendo que: “...será; el de la no existencia de una edad predeterminada para consentir, sino el de la existencia de una valoración de la capacidad natural de juicio, de la competencia”.⁴ El rol que le compete al niño en el tratamiento debe depender entonces, más de su grado de crecimiento y aptitud personal que de su edad. Así por ejemplo, aunque por lo general los niños menores de 10 años tienen menor capacidad para comprender conceptos abstractos que los adolescentes, algunos podrían pensar y actuar con mayor madurez. A medida que se hacen mayores, sus aptitudes aumentan y se les debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones sobre sus tratamientos.

2. MARCO NORMATIVO

El ámbito normativo del consentimiento informado en los menores de edad es extenso y disperso.

El art 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de conformarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” Esta disposición marca un cambio sustancial en la apreciación médico legal de las capacidades del niño, sus derechos y las correspondientes obligaciones y responsabilidades. Se ha pasado del niño objeto de protección, al niño sujeto de derechos.

La ley 17.823 (Código de la Niñez y de la Adolescencia – CNA) juega un rol preponderante en el tema que nos ocupa, siendo la misma una ley protectora de los derechos del niño y adolescente que protege siempre el interés del menor (Arts. 8, 11 etc).

La ley 18.335 sobre los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de la salud y el Decreto 274/2010 de 8 de Septiembre de 2010 que reglamenta el consentimiento informado, son normas que merecen especial atención en cuanto vinieron a regular el tema que nos ocupa con minuciosidad.

Por su parte el Código de Ética Médico, que hoy es ley en nuestro país⁵ consagra en su artículo 13 que todo médico tiene el deber de:

a) Dar una información completa, veraz y oportuna sobre las conductas diagnósticas o

4 BERRO G, El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales, Arch. Pediatr. Urug. Vol. 72 no1. Montevideo mar.2001

5 Ley 19.286 promulgada el 27/9/2014 y publicada en el Diario Oficial el 17/10/2014

terapéuticas que se le propongan al paciente, incluyendo las alternativas disponibles en el medio.

b) Comunicar los beneficios y los riesgos que ofrecen tales procedimientos, en un lenguaje comprensible, suficiente y adecuado para ese determinado paciente.

c) En los casos excepcionales en que esa información pudiese ocasionar efectos nocivos en la salud física o psíquica del paciente, podrá limitarla o retrasarla.

d) Respetar la libre decisión del paciente, incluido el rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto, en el marco de las normativas vigentes. En ese caso le informará sobre los riesgos o inconvenientes de su decisión.

El médico podrá solicitar al paciente o a sus responsables, luego de la total y completa información del procedimiento propuesto, firmar un documento escrito en el que conste ese rechazo y en caso que no se lograra, dejar constancia en la historia clínica.

e) Mantener informado al paciente de los cambios eventuales en el plan diagnóstico o terapéutico y en caso de su traslado a otro servicio o centro asistencial, informarle de los motivos del mismo.

El artículo 24 del decreto 274/2010 prevé que: “el consentimiento informado será otorgado personalmente por el paciente, salvo en los siguientes casos:

a) *Tratándose de niños, niñas y adolescentes no emancipados ni habilitados de edad, será otorgado por sus representantes legales.*

De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud, incluyendo los métodos de prevención de la salud sexual, se adopten en concurrencia con sus padres u otros adultos de su confianza, debiendo respetarse en todos los casos la autonomía progresiva de los adolescentes.

Sin perjuicio de lo previsto precedentemente, tratándose de adolescentes podrán efectuarse actos de atención a su salud con su consentimiento fundado y sin el consentimiento de los padres, tutores y otros responsables, si en función de su grado de madurez y evolución de sus facultades, el profesional de la salud actuante considera que el adolescente es suficientemente maduro para ejercer el derecho a consentir. En tal caso, se informará a los padres, tutores u otros responsables que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente.

Fuera de las situaciones previstas en el Artículo 22 del presente Decreto, de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y si no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 11 bis del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823 de 7 de setiembre de 2004), en la redacción dada por el Artículo 7 de la Ley N° 18.426 de 1° de diciembre de 2008.”

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, UN DERECHO Y UN DEBER

En el marco del Decreto 274/10 se establece la obligación de recabar el consentimiento informado al niño, niña o adolescente; teniendo éstos derecho a recibir toda la información necesaria para poder adoptar una decisión relativa a los procedimientos de atención a la salud. La información que se proporciona, establece la norma, debe hacerse en términos sencillos, adecuados a la edad del menor y a la evolución de sus facultades, debiendo el profesional evacuar las dudas que el menor se plantee. A su vez, se establece que el menor tiene derecho a ser oído y como contracara el profesional tiene la obligación de escuchar y tomar en cuenta sus opiniones conforme a su edad y discernimiento.

El profesional, conforme al artículo 18, debe valorar siempre el grado de madurez del menor, su competencia y capacidad de forma tal de definir cuál es la situación planteada, delimitar el problema, discernir las opciones para su solución y las consecuencias que pueden acarrear los distintos procedimientos.

EL CNA establece en su artículo 8 que *“todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la constitución de la república, los instrumentos internacionales, este código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.”*

A su vez, el artículo 11 Bis inciso 1 del CNA (en su texto dado por el artículo 7 de la Ley 18.246 sobre la Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva) dispone que *“todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda”*.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO PERSONALÍSIMO

La norma reglamentaria señala que el consentimiento informado debe ser recabado personalmente por el médico que indicó el procedimiento o por el que vaya a practicarlo, según lo determine el servicio de salud, priorizando el derecho del paciente a la mejor calidad de la información (Artículo 23).

El artículo 24 por otro lado, prescribe que el consentimiento informado debe ser otorgado personalmente por el paciente.

Existen casos excepcionales como cuando se trata de niños, adolescentes, personas declaradas incapaces, pacientes legalmente capaces pero en situación de manifiesta imposibilidad de otorgar consentimiento o que no se encuentren psíquicamente aptos para ello.

En el caso de niños, menores de 13 años, son los representantes legales (padres o

tutor según corresponda) quienes otorgan el consentimiento informado. Ahora bien la norma reglamentaria establece que se propenderá a que las decisiones sobre la atención de su salud se adopten en concurrencia con sus representantes legales u otros adultos de confianza.

El Artículo 11 de la norma reglamentaria dispone que los niños tienen derecho al acceso a los servicios de salud (incluyendo los referidos a la salud sexual y reproductiva) y que los profesionales de la salud actuantes deben respetar la confidencialidad de la consulta. Sin embargo en materia de consentimiento informado son los padres quienes pueden otorgarlo.

Cuando el menor es adolescente, mayor de 13 y menor de 18 años, la situación es radicalmente diferente. El decreto N° 274/2010 reglamentó lo antedicho de la siguiente forma.

En primer lugar, si contrajeron matrimonio (menores habilitados de edad) el consentimiento informado debe ser otorgado personalmente.

En segundo lugar se consagra respecto de los adolescentes su autonomía progresiva. En efecto, si a juicio del médico, el adolescente es maduro para ejercer el derecho a consentir, éstos están facultados para otorgar el consentimiento informado, sin contar con el previo consentimiento de sus padres, tutores y otros responsables, pero debiendo informar a estos últimos que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente. Ahora bien, en este último caso, la norma reglamentaria requiere un elemento adicional, y esto es que el consentimiento informado sea fundado por el adolescente (Artículo 24 literal a).

El decreto prevé que (fuera de los casos de urgencia, emergencia, fuerza mayor, patologías que implique un riesgo para la sociedad en su conjunto) de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y si no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables en cuanto al tratamiento a seguir, el médico puede solicitar el aval del juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes.

Entiendo que es correcta la disposición normativa aclarando este aspecto ya que en caso de tratarse de una situación de urgencia para salvar la vida del paciente, el médico debe obrar conforme a los postulados éticos de beneficencia del paciente y actuar contra la voluntad de los padres, cuando dicha voluntad sea peligrosa para el mismo. Si el paciente menor de edad no requiere una intervención urgente, pero sí debe someterse a un tratamiento o procedimiento para evitar perjuicios mayores y sus padres no quieren aceptarlo, se debe recurrir a los jueces para que sean ellos quienes en nombre del Estado tomen la decisión más favorable para el menor de edad protegido.

5. EL CONCEPTO DEL “MENOR MADURO”

La competencia para el consentimiento se basa en el ejercicio de la capacidad y en la voluntariedad del menor de edad.

La capacidad se sostiene en la madurez del adolescente, en la comprensión del tratamiento propuesto y en la aptitud para la toma de decisiones, es decir la comprensión de la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles a fin de tomar una decisión coherente. Se debe defender la presunción de capacidad para los menores entre 14 y 18 años. Al ser una presunción, la misma podría rechazarse en caso de probarse lo contrario mediante pruebas periciales. Por otro lado, existiría una presunción de incapacidad para los menores de 14 años en la medida que aún no han completado el desarrollo psíquico.

La voluntariedad se reconoce en el asentimiento del menor, que se exige cuando los padres firman el consentimiento. Los padres ejercen la patria potestad hasta la mayoría de edad, pero a las edades cercanas a la adultez es deseable que el adolescente se manifieste por sí mismo ejerciendo el uso de su libertad.

En casos de que los padres no consientan un procedimiento o tratamiento para un menor inmaduro, o que los padres estén en desacuerdo entre ellos, deberá prevalecer la protección clínica del menor, por lo tanto en situaciones de riesgo vital el médico le aplicará el tratamiento que los conocimientos médicos reconozcan como válidos. Si no se tratase de una urgencia vital es recomendable notificar la situación a la Justicia a fin de obtener la autorización del tratamiento. Si existe urgencia vital y el menor maduro no otorga el consentimiento, el médico tendrá que aplicar el tratamiento según los conocimientos médicos, aunque sea en contra de su voluntad.⁶

En el año 1995, la Corte Constitucional de Colombia mediante la sentencia T- 477 estableció tres criterios a ser considerados en relación con procedimientos o intervenciones en menores de edad. La razón de definir dichos criterios corresponde a la necesidad de establecer reglas que esclarezcan, las circunstancias en que los padres puedan dar el consentimiento informado en representación de sus hijos menores y cuando es el menor de edad el que debe otorgar su propio consentimiento. Dichos criterios son. a) La urgencia e importancia del tratamiento para el menor de edad, b) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor y c) la edad del menor.⁷

En cuanto a la Ley 18.473, la misma no les reconoce a los menores de edad capacidad para otorgar una declaración de voluntad anticipada. A pesar de ello su consentimiento no resulta irrelevante. Si bien la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad, el consentimiento del menor maduro deberá tenerse presente y dejarse constancia.

6. DOCUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Con la doctrina más moderna, corresponde afirmar que cuando más grave es la situación del paciente o las implicancias del acto médico se debe ser más formal en cuanto a la prueba del consentimiento informado, debiendo formalizarse por escrito.⁸ No es

6 Asistencia a menores y malos tratos, El Diario Médico, Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, Febrero 2003

7 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Alejandro Martínez Caballero, 1995, Sentencia T-477

8 PENNEAU, La responsabilité du médecin, Dalloz, Paris 2004, p. 79 y ss, cuando analiza la prueba de la información y del consentimiento en el Código de la Salud de Ley francesa de marzo de 2002

imprescindible para su obtención contar con formularios escritos siempre y cuando de la historia clínica surja la evolución del paciente y su conformidad. Pero de hacerse formularios se debe seguir lo pautado por el artículo 26 del decreto 274/2010, en cuanto establece que *“el documento de consentimiento informado (..) deberá contener, como mínimo, los siguientes datos:*

- a) Identificación del servicio de salud.*
- b) Identificación del procedimiento.*
- c) Identificación del paciente.*
- d) En caso de no ser otorgado por el paciente, identificación de quien presta el consentimiento en su representación y declaración jurada de su legitimación.*
- e) Identificación del profesional que informa.*
- f) Consentimiento del paciente o su representante.*
- g) Declaración del paciente o su representante de que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación.*
- h) Lugar y fecha.*
- i) Declaración del paciente o de su representante de haber podido efectuar libremente cualquier pregunta.*
- j) Constancia de que el paciente o el representante recibe una copia de dicho documento y de que comprendió adecuadamente la información.*

7. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA

A nivel nacional, el consentimiento informado en menores de edad no ha tenido gran trascendencia práctica. Sin embargo algunos tribunales de familia han acudido al concepto del consentimiento informado en menores de edad para extenderlo a otras áreas.

Tal es el caso dilucidado en la sentencia No. 309/011 del TAF 1° que sostuvo que *“a los efectos de determinar esa autonomía progresiva guardan relación con el protocolo aconsejado internacionalmente por los médicos para obtener el consentimiento informado de niños y/o adolescentes, en dicho protocolo se establece que hay autonomía de su voluntad cuando tienen:* 1.- *“La habilidad de comprender y comunicar informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes”;* 2.- *“La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo”;* 3.- *“La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las*

consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo"; 4.- "La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión." (Harrison, C. y otros, *Bio-ethics for clinicians: Involving children in medical decisions*, Asociación Médica - Canadiense, Ottawa, 1997, citado por Lansdow "La evolución de las facultades del niño", publicado por *Innocenti Insights, Save the Children, UNICEF*, pág. 79).⁹ Es curioso que se haya acudido a las prerrogativas del consentimiento informado para analizar un tema de visitas. Sin embargo es destacable la técnica jurídica utilizada por la citada magistrada en la medida que vislumbra la protección incondicional del interés superior del menor.

En España la STC 154/2002, de 18 de julio, trató un recurso de amparo contra una sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo en la que se condenaba a unos padres, Testigos de Jehová, como autores por comisión por omisión de la muerte de su hijo, al no haberle disuadido de que aceptase la transfusión de sangre que necesitaba. Aunque la transfusión había sido autorizada judicialmente, los médicos no se atrevieron a practicarla al advertir la reacción contraria del menor, de 13 años, por considerarlo entonces contraproducente. El Tribunal Constitucional estima el amparo por considerar que a los padres no les era exigible una conducta distinta a la que desarrollaron, pues de otro modo resultaría contrario a sus convicciones y contravendría su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE). Aunque no se aborde directamente por el Tribunal Constitucional, en el trasfondo de la cuestión late el reconocimiento al menor de la capacidad natural suficiente para ejercer el derecho a la libertad religiosa y que en uso de la misma resulte relevante su oposición a la práctica de un tratamiento médico, que podemos calificar de normal u ordinario, pero cuya ausencia podía acarrearle la muerte, como así ocurrió. De hecho los médicos tuvieron en cuenta la oposición del menor, aunque fuera no tanto por reconocer al menor la capacidad de decidir en ese momento, y respetar su voluntad, como por la virulencia con que mostró su oposición, que podía resultar contraproducente para el tratamiento médico.¹⁰

Surge del caso en estudio que estamos frente a un conflicto de derechos fundamentales a proteger; si la autonomía de los padres al no aceptar un determinado tratamiento o el principio de beneficencia que predica la necesidad de realizar lo más beneficioso para el paciente. Entiendo que se debe de proteger y asistir a los niños para buscar su desarrollo armónico. Si en razón a este derecho de los niños, la familia no lo hiciera, debe el Estado en ejercicio de la prevalencia de los menores, protegerlos aún contra la voluntad de estos.

8. CONCLUSIÓN

Todo niño tiene derecho a recibir información adecuada y adaptada a su edad. Debe tenerse presente la opinión del niño como un asentimiento, necesitándose el consentimiento de los padres.

Desde los 13 a los 18 años los adolescentes que se consideren maduros a juicio de los

⁹ Sentencia del TAF 1º 309/2011-1 del 12/10/2011 redactada por la Dra María del Carmen Diaz Sierra.

¹⁰ http://www.nidoapp.com/files/ci_aspectolegal.pdf Pag 21

médicos tratantes, tienen derecho a otorgar un consentimiento válido por sí mismos, siempre y cuando la enfermedad no sea grave, en cuyo caso deberá requerirse el consentimiento de los padres.

En el caso de riesgo vital en que el menor de edad no consienta un tratamiento o el médico se encuentre frente a la negativa de los padres, el médico debe actuar siempre en su mejor interés.

El médico se puede encontrar ante la difícil situación de decidir si atiende la voluntad del menor por considerarlo capaz o maduro, o si debe seguir la decisión de los padres y en caso de desacuerdo entre ellos con cuál. Si no se resuelve la situación, el médico como garante del menor, debe acudir a la Justicia.

CONFLICTO DE INTERÉS Y EXEQUÁTUR DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

LUCIANA FORMENTO
VICTORIA NÚÑEZ

I. - INTRODUCCIÓN

El arbitraje ha sido en las últimas décadas un instrumento de creciente atractivo para la solución de controversias mercantiles; tanto es así, que es hoy el medio natural de resolución de disputas en los negocios internacionales¹. La elección de un foro neutral, la celeridad, la confidencialidad, la elección de árbitros con conocimientos técnicos en la relación fundamental, la flexibilidad de los procedimientos, la mayor injerencia de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por sobre todo la posibilidad de ejecutar internacionalmente tanto las cláusulas como los laudos arbitrales, son algunas de las razones que motivan a los operadores del comercio internacional a escoger este mecanismo de solución de conflictos. Y es que lejos de la perfección, entendemos que el arbitraje internacional adolece de menos enfermedades que el sometimiento de las disputas internacionales comerciales a las cortes nacionales.

Ahora bien, no obstante el desarrollo exponencial del arbitraje a nivel mundial, que ha acompañado al fenómeno de la globalización y de la multiplicación de transacciones comerciales transfronterizas², Uruguay es uno de los pocos países en el mundo que carece de una legislación reguladora y codificadora del arbitraje comercial internacional³. Si bien en 2004 ingresó un proyecto de ley al parlamento proponiendo la adopción -casi textual- de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985, éste fue aprobado en la Cámara de Diputados, perdiendo luego estado parlamentario.

Sin embargo, esta es en verdad la única carencia actual del derecho uruguayo en materia de arbitraje internacional; de hecho, Uruguay tiene una larga trayectoria de respeto por la institución arbitral, siendo parte de las Convenciones más importantes en la materia⁴.

1 ARRIGHI, Paul. "Situación actual del arbitraje nacional e internacional en Uruguay", en Rev. Judicatura Nro. 56, Aspectos procesales y rol de los jueces en el arbitraje, Julio de 2014, p. 13.

2 ARRIGHI, ob. Cit, p. 13.

3 Sin embargo, compartimos con el Dr. Juan Manuel Rey que este déficit del sistema legal uruguayo no ha sido un obstáculo para que la jurisprudencia uruguaya resuelva de modo satisfactorio situaciones que requieren un profundo conocimiento en la materia. (REY JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Juan M., "Conflictos de interés en sede anulatória: correcto análisis judicial", en Rev. Judicatura Nro. 56, Aspectos procesales y rol de los jueces en el arbitraje, Julio de 2014, p. 53).

4 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889; Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales Extranjeras de 1958 (aprobada por ley Nro. 15.229 de 11/12/1981; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP-I, Panamá, 1975); Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo, 1976); Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (aprobado por ley Nro. 17.834 de 23/09/2004).

En lo que respecta al tema del presente trabajo, nuestro país cuenta con una regulación normativa de aquello que se ha calificado como el *control judicial secundario* de laudos arbitrales extranjeros; esto es, el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros o proceso de *exequátur*. En este sentido, Uruguay ratificó en 1983 la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros de Nueva York de 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”) y a su vez es parte de dos convenciones elaboradas en el marco de la CIDIP referentes a la materia: la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975 (en adelante, “Convención de Panamá”) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.

Pretendemos partir pues, de la siguiente premisa: la ejecutabilidad del laudo arbitral tiene tanta importancia como el proceso arbitral en sí mismo. “Cuando las partes vinculadas por una relación jurídica han pactado el sometimiento a arbitraje, esperan básicamente tres cosas: (i) que, surgida una controversia, el arbitraje pueda tener lugar y por lo tanto el conflicto no derive al Poder Judicial, (ii) que el procedimiento sea lo suficientemente flexible como para resultar eficiente; y (iii) **que el laudo pueda ser ejecutado contra el perdedor en caso de incumplimiento**”⁵. Y es que no tendría valor alguno obtener una sentencia arbitral de condena para nuestro cliente, por más satisfacción o felicidad que ello pudiera generarle, si la misma no pudiese finalmente ser ejecutada. **Es por ello que entendemos que el *exequátur* debe recibir una preparación y atención adecuada, aun incluso antes del proceso arbitral.**

Centraremos nuestra atención pues, en uno de los requisitos intrínsecos que debe tener el laudo arbitral para que sea procedente su reconocimiento y ejecución a la luz de las convenciones de las que Uruguay es parte: el respeto a las garantías del debido proceso y específicamente, en la potencial existencia de un conflicto de interés en la persona de uno de los árbitros a los que se les ha de encomendar la resolución de la controversia.

El árbitro tiene el deber de emitir un laudo válido y ejecutable; y ello implica precisamente (entre otras cosas) cumplir, a lo largo del proceso arbitral con los deberes inherentes a su calidad de tercero juzgador: ser imparcial e independiente a la hora de emitir su resolución e informar o revelar a las partes, desde el momento en que es designado, todas aquellas circunstancias que puedan poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia. Entendemos que dichos deberes son a su vez los pilares en los que descansa la confianza de las partes en el sistema arbitral, mucho más aún que en el proceso judicial. Por un lado, porque son las mismas partes quienes eligen a sus juzgadores; y por otro, porque los árbitros no tienen, como los jueces, vedada la posibilidad de ejercer la profesión de la abogacía en paralelo, lo que puede suscitar vínculos con potenciales partes en futuros procedimientos arbitrales. De ahí el rigor con el que debe ser evaluada su conducta para que éstos no dejen de ser árbitros y no se conviertan en una suerte de abogados de las partes o incluso de los abogados de éstas.

El desarrollo del comercio internacional al cual aludíamos y la manera en que este

5 CAIVANO, Roque, “Control judicial en el arbitraje”, 1ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 311. Citando a BALAN, Violeta I., “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States: the need for federal legislation”, *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, Fall 2003, p. 229 y ss.

se lleva a cabo han provocado que los problemas relativos a conflictos de intereses supongan un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. El presente trabajo tiene la finalidad de analizar las siguientes interrogantes: ¿Cuándo puede decirse que existe un conflicto de interés para aquel que es propuesto como árbitro? ¿Cuán grave o cuan insignificante debe ser una circunstancia para obligar o dispensar al árbitro de revelarla? ¿Debe analizarse la cuestión de igual forma en el proceso arbitral como en oportunidad de ejecución del laudo? ¿Qué instrumentos proporcionan las Convenciones ratificadas por Uruguay para plantear el tema en sede de *exequátur*?

II.- EL CONFLICTO DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

II. 1.-El estándar para la determinación de la existencia de un conflicto de interés

Cualquiera que sea la modalidad elegida de un arbitraje (ad hoc o institucional) o la materia a la que refiera el mismo (comercial o de inversiones), prácticamente todas las leyes y reglamentos arbitrales contienen normas que buscan garantizar la independencia e imparcialidad de los decisores⁶.

Su regulación es inevitable, ya que si se detecta y se instrumenta de forma correcta, puede cambiar radicalmente el curso de cualquier procedimiento. Por este motivo, no sólo es algo regulado específicamente por la amplia mayoría de reglamentos institucionales y legislaciones nacionales, sino que a su vez se han escrito bibliotecas enteras sobre el tema, con opiniones tan variables como las circunstancias que pueden vincular al árbitro con las partes en un procedimiento en sí.

El objetivo al tratar este tema, es identificar el “estándar” con el cual “medir” las diferentes vinculaciones personales de los árbitros con las partes, sus abogados y los co-árbitros a los efectos de determinar si cumple con las condiciones de imparcialidad e independencia apropiadas a cada arbitraje. Se busca tener una barrera clara de vinculaciones que “se toleran” en el procedimiento para lograr un gramo de objetividad en este punto que puede ser tan sujeto a interpretaciones⁷.

A los efectos de acercarnos a este objetivo, es inevitable traer a colación las *Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2004)*. Este no ha sido el único intento de objetivizar el tema en cuestión⁸, pero sin duda es el más aceptado a nivel internacional⁹. Para su elaboración, en el año 2002, se creó un Grupo

6 A modo de ejemplo, Ley Modelo CNUDMI art. 12.1, Reglamento CCI art. 11, Reglamento LCIA art. 5.2, Reglamento LCIA India art. 5.2, Reglamento ICDR art. 7.1, Reglamento HKIAC art. 11.6, Reglamento VIAC 2013 art. 20.1, Reglamento CIETAC art. 22.

7 CARON, D. & CAPLAN, L., "The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary", 2da edición, Oxford University Press, 2013

8 Otras instituciones también han intentado uniformizar esta cuestión: la LCIA (*London International Court of Arbitration*), PCA (*Permanent Court of Arbitration*), SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*), CIADI (*Centro Internacional de Arbitraje para Disputas de Inversiones*) son algunos ejemplos de instituciones arbitrales que han publicado jurisprudencia recopilando decisiones respecto de las distintas circunstancias que potencialmente pueden generar un conflicto de interés.

9 En el año 2006 se realizó una encuesta por parte del Grupo de Trabajo de las IBA que reveló cómo variaba la aplicación de las Directrices en 19 jurisdicciones distintas. Por un lado son aplicadas en Austria, Canadá, Francia, Alemania, Hong

de Trabajo compuesto por 19 especialistas en arbitraje comercial internacional, de 14 nacionalidades distintas (tanto de *common law* como de *civil law*)¹⁰, a los efectos de que realizaran un estudio pormenorizado de los derechos nacionales, la jurisprudencia, los reglamentos arbitrales y la realidad práctica sobre los conflictos de interés en el arbitraje. Estas Directrices reflejan lo que se ha entendido como “una valiosa herramienta de trabajo”¹¹, incluso programando actualizaciones anuales para mantenerlas en consonancia con las últimas tendencias. Si bien son específicas para este tema y han sido ampliamente aceptadas¹², las Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el derecho aplicable al arbitraje sino que son accesorias a la norma positiva.

Las Directrices dividen circunstancias concretas que pueden generar conflictos de intereses en 4 listados de acuerdo a su gravedad y al consecuente deber del árbitro de informar a las partes acerca de ellas. Dichos listados se pueden apreciar en el siguiente cuadro¹³:

	Numeración	Regulación	Posibilidad de recusación*	Posibilidad de renuncia**	Deber de revelación***
Rojo irrenunciable	1.1-1.4	Generan un conflicto de interés. Descalifican al árbitro de forma automática.	Alta	No. En caso de existir, se anula.	Si
Rojo renunciabile	2.1-2.3	Generan un conflicto de interés, descalifican a menos que las partes renuncien a objetar expresamente.	Alta-media	Si, solo de forma expresa. El silencio no se considera renuncia.	Si
Naranja	3.1-3.5	Atendiendo a las circunstancias del caso, pueden generar dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro.	Media	Sí. Se mantiene el árbitro si no se objeta	Si
Verde	4.1-4.5	Circunstancias no susceptibles de generar un conflicto de interés.	Baja	No	No

Kong, Italia, Holanda, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos. Por otro lado, no son usadas frecuentemente en Australia, China, India, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza, y Tailandia. También son aplicadas por instituciones arbitrales como la SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*), WIPO (*World Intellectual Property Organization*), LCIA (*London Court of International Arbitration*) y la *Camara de Comercio Internacional* (con excepciones).

10 WITT WINJEN, Otto/ VOSER, Nathalie/ RAO, Neomi, “Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *Business Law International*, 2004. p. 435.

11 *Adrian Mutu v. Chelsea Football Club Ltd*, 28 ASA Bull. 520, 528, Tribunal Federal Suizo. 2010.

12 HAUSMANN, Christian/ BARKER, Anna-leigh, “International approaches to the independence and impartiality of arbitrators”, 2011. Disponible en: http://larevue.squirepattonboggs.com/International-approaches-to-the-independence-and-impartiality-of-arbitrators_a1583.html. Consultada el día 12/10/14.

13 Este esquema ha sido elaborado por las autoras con base en la información que la provee la International Bar Association sobre los listados. International Bar Association, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 15-25 (22 de mayo, 2004). Disponibles en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

* Refiere a la mayor o menor probabilidad de que se resuelva a favor de la recusación del árbitro cuya imparcialidad e independencia se cuestiona.

** Refiere a la posibilidad de que las partes renuncien a su derecho a recusar cuando se configura la circunstancia que ingresa en dicho listado.

*** Refiere al deber de información del árbitro consistente en revelar aquellas circunstancias, que a los ojos de las partes, pueden dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Estas Directrices han sido diseñadas, como su propio nombre expone, para el arbitraje internacional, pero eso no ha impedido que Cortes nacionales en instancias de ejecución o anulación hayan hecho uso de ellas. Los tribunales uruguayos, en un reciente caso¹⁴, han demostrado esta posibilidad así como la practicidad de las Directrices para dilucidar este tipo de controversias. Por este motivo, y por su creciente utilización, nos referimos inevitablemente a ellas al ser pioneras en el tratamiento del conflicto de interés.

Como adelantábamos, el estándar con que debe evaluarse la conducta del árbitro puede hallarse en la ley de arbitraje de la sede, en la voluntad de las partes expresamente pactada, o en el reglamento arbitral. Se ha entendido¹⁵ que la Ley Modelo de la CNUDMI es precursora en fijar el estándar; el Art. 12.2 de la misma establece: “*Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia*”. A su vez, inspirados en ella, los diversos reglamentos arbitrales fijan estándares similares; a modo de ejemplo, el art. 12 del reglamento CCI¹⁶, el art 5.2 del reglamento de la LCIA¹⁷, y el art. 22 del reglamento CIETAC¹⁸. Asimismo, notamos que esta tendencia tiene el objetivo de lograr un estándar uniforme, o crear un “núcleo duro” del cual partir.

Como hemos expuesto, los cuerpos normativos suelen hacer referencias genéricas a circunstancias que generen “*dudas justificadas*” respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro. De aquí extraemos dos conclusiones:

a) *El estándar requiere “dudas justificadas”, no una efectiva prueba de parcialidad.* Por lo tanto, no es necesario que se pruebe efectivamente la parcialidad del árbitro, sino que es suficiente con que exista una apariencia de imparcialidad. Este fenómeno se conoce en la jurisprudencia norteamericana como el “*appearance of bias*”¹⁹, una prueba de que el árbitro

14 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno. Sentencia 74/2011, de 23/02/2011.

15 BORN, Gary, “International Commercial Arbitration”. Kluwer International, 2014. P. 1793

16 Reglamento CCI (Camara de Comercio Internacional), artículo 11. “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”

17 Reglamento LCIA (London Court of International Arbitration), artículo 5(2). “*Todos los árbitros que instruyan un arbitraje al amparo de este Reglamento serán y se mantendrán en todo momento imparciales e independientes de la partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas*”

18 Reglamento CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), artículo 22. “Circunstancias que probablemente levantarán dudas justificables cuanto a su independencia o imparcialidad”

19 BORN, op. cit. p. 1782; HUNTER, Martin, “Ethics of the International Arbitrator” 1987.; BERKER, Mark y GREENWOOD, Lucy, “Are Challenges Overused in International Arbitration?”, Journal of International Arbitration, Vol. 3 issue 2, 2013, p. 107.

pueda parecer dependiente o parcial por circunstancias lógicas y razonables²⁰. Vemos que el estándar es poco exigente, es decir, una mera sospecha puede ser configuradora de un conflicto de interés²¹. Entendemos que dada la importancia de que no exista un conflicto de interés en el proceso arbitral, resulta comprensible tomar el criterio de “apariencias” para establecer el estándar.

b) Nos referíamos a la “apariencia”; ahora bien, ¿apariencia a los ojos de quién? La Ley Modelo y muchos otros reglamentos dejan este tema sin resolver, pero la doctrina, la jurisprudencia, así como las Directrices IBA que mencionábamos, refieren a un estándar que busca objetivizar este punto. Aluden a la apariencia de imparcialidad a los ojos de un “tercero razonable e informado”²², lo que convierte a dicho estándar en uno objetivo respecto de las partes en el procedimiento. Por otro lado, es de hacer notar que el hecho de que las dudas deban ser “justificadas”, también da la pauta para entender que se requiere una aproximación objetiva.

Recapitulando, nos enfrentamos a un estándar de apariencias, que exige que la conducta del árbitro simplemente genere dudas, pero que ellas sean objetivas y justificadas. Y serán justificadas, *aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso.*

Deber de revelación - Analizando los diferentes reglamentos, detectamos que además de los exigencias de imparcialidad e independencia, virtualmente todos los reglamentos refieren al deber de información y revelación como esencial, obligatorio y tanto anterior como posterior a la aceptación del cargo²³.

También en cuanto a qué circunstancias deben o no ser reveladas por el árbitro se fija un estándar; la Ley Modelo CNUDMI, a modo de ejemplo, establece en su Art. 12.1 que el árbitro selecto “deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”. Es decir que el árbitro deberá revelar, de forma anterior a su nombramiento y también en forma posterior si lo amerita, todas las circunstancias que puedan llegar a generar dudas justificadas sobre un conflicto de interés en su persona.

Frente a este nuevo estándar, nos encontramos ante una duda similar al caso anterior: ¿dudas ante los ojos de quién? Ante la omisión de la Ley Modelo de regular este punto, acudimos nuevamente a las Directrices IBA. La respuesta a esta interrogante es asimétricamente contraria a la anterior. Este estándar no es objetivo, sino que es puramente subjetivo respecto de las partes. Tanto las Directrices IBA como varios reglamentos²⁴, hacen referencia a que el árbitro debe revelar las circunstancias que puedan generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia “a los ojos de las partes”. Se

20 REY JIMENEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit.

21 R v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy, Reino Unido, 1924; Re Medicaments v. Related Class of Goods, (No.2) 1 WLR 700, Reino Unido, 2001.

22 Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje, Norma general 2.c; CARON, CAPLAN, ob. cit.

23 Reglamento UNCITRAL art. 11, Reglamento ICDR art. 7(1), Reglamento HKIAC art. 5(3), Reglamento LCIA art. 7(1).

24 Por ejemplo, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 7(2).

entiende que este estándar es más amplio que el anterior, llevando a tener que revelar cualquier situación que pudiese generar una mínima duda en la mente de las partes sobre un posible conflicto de interés en la persona del árbitro, sea o no causal de recusación en sí misma.

Otro punto que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de forma intensa es la consecuencia del incumplimiento al deber de revelación. La solución de Las Directrices IBA es que la mera omisión en informar no descalifica al árbitro, sino que serán las circunstancias no reveladas las que determinen la recusación, no así el marco dentro del que fueron conocidas²⁵.

Nótese que la finalidad del deber de revelación es poner en conocimiento de las partes las distintas circunstancias que pueden vincular al árbitro con los demás sujetos del procedimiento a los efectos de que sean ellas quienes tomen la decisión de recusar o no.

II.2. - Circunstancias concretas que han llevado a controversias relativas a conflictos de interés

Como hemos expuesto, la generalidad de los reglamentos -así como la Ley Modelo- nos brindan estándares genéricos y no nos dan un contenido concreto. En ese sentido, no nos permiten determinar si estamos ante un conflicto de interés sin necesariamente hacer un análisis que nos permita adaptar el estándar que nos da la ley a las circunstancias del caso. Sin duda, las Directrices IBA son una herramienta considerable al identificar circunstancias y ubicarlas en los distintos listados; pero no siempre podemos contar con su aplicación ya que son varios los factores en conjunto los que decidirán, en última instancia, si el árbitro cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia o no.

Por este motivo, nos parece pertinente mencionar los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios respecto a ciertas circunstancias particulares que pueden poner en duda la conducta del árbitro. Nos referiremos a situaciones que potencialmente pueden llevar a un conflicto de interés, sin dejar de tener en cuenta que, al final del día, quedarán a discreción de cada tribunal y dependerán del análisis los hechos particulares del caso. Es por eso que nos referimos aquí a “*tendencias*” y no a soluciones absolutas.

A continuación, nos concentraremos en las causales más detectadas en jurisprudencia, identificando a su vez el listado de las Directrices IBA en el que ingresarían:

- a) *Ser juez y parte*²⁶: este principio elemental es claro a la hora de determinar la parcialidad o no de un árbitro²⁷. Nadie puede ser su propio juez. Esto llevaría al procedimiento a convertirse en un absurdo ya que quien toma la decisión, se va a ver directamente afectado por ella y en ese caso es lógico asumir que decidirá a su favor. Analizando la frase a la ligera resulta una obviedad, pero debemos tener

25 Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje, Norma Explicativa de la Norma General 3.

26 Directrices IBA: listado rojo irrenunciable 1.1.

27 Este punto en especial incluso fue consagrado en el artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos y los artículos 41 y 47 de la Constitución de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CRAIG/PARK/PAULSSON, “International Chamber of Commerce Arbitration”, 2000, p. 13.05; FOSTER, David and BARRATT, James “Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland” 2013, P. 319 - 338

en cuenta situaciones en que, por ejemplo, las partes son sociedades con miles de socios alrededor del mundo, con accionistas muy minoritarios que pueden desconocer las actividades de la empresa. Sin duda en este supuesto, la posibilidad de ser juez y parte se acerca a la realidad y en estas situaciones, la jurisprudencia ha decidido adoptar una postura más tolerante²⁸.

- b) *Tener un interés financiero especial en la disputa*²⁹: este punto, muy relacionado con el anterior, también ha sido motivo de recusación en varios procedimientos³⁰. Incluimos aquí casos en los que el árbitro es empleado de una parte³¹, o tiene relaciones de negocios que dependen de los resultados del arbitraje³². En los casos en que los negocios son “*de poca monta*”, y no relacionados con el arbitraje en cuestión, la jurisprudencia ha sido lógicamente reticente a proceder con la recusación³³.
- c) *Que el árbitro tenga un relacionamiento familiar o personal con una de las partes*³⁴: referimos aquí no solo al relacionamiento personal con las partes sino también con los abogados, testigos o cualquier participante del proceso. Esta causal también ha sido motivo de recusación en varios procedimientos³⁵.
- d) *Que el árbitro o la firma a la que pertenece, represente actualmente a una de las partes*: Contemplamos aquí las siguientes posibilidades:
- a. *Que el árbitro represente actualmente a una de las partes*³⁶: en este caso la independencia del árbitro se ve claramente comprometida cuando tiene un vínculo de representación legal directo con la parte. Esta circunstancia ha sido considerada como causal de recusación, incluso cuando la representación se da en casos no relacionados³⁷.

28 Eckstein v. Kaiser Found Health Plan, Inc., Corte de Apelaciones de California, 2007; AT&T Corp. v. Saudi Cable Co., Cámara de los Lores, 2000.

29 Directrices IBA: listado rojo irrenunciable 1.1 (el árbitro es una de las partes), 1.2 (el árbitro ejerce control sobre una de las partes) y 1.3 (el árbitro posee un interés económico sustancial en la controversia), listado rojo renunciante 2.3.4 (cuando el árbitro tiene control sobre una filial de la parte y ella participa en el arbitraje); y naranja 2.3.6 (bufete de abogados del árbitro mantiene negocios con una de las partes) y 4.5 (negocios insignificantes).

30 CRAIG/PARK/PAULSSON, ob.cit. p. 209

31 SA J&P Avax SA v. SocietéTecnimont SPA, Corte de Casación francesa, 25 de junio de 2014 (el presidente del tribunal era “consultor” de la firma de abogados que representaba a una de las partes).

32 Tribunal Federal Suizo, sentencia del 22 de junio de 2010 (anula un laudo porque el árbitro tenía un interés personal indirecto en el resultado del arbitraje, el árbitro era vice-director de una compañía que hacía negocios frecuentemente con una de las partes).

33 Woods v. Saturn Dist. Corp., 78 F.3d 424, Noveno Circuito, EE.UU., 1996 (rechazando la recusación a pesar de que el árbitro reveló una relación financiera anterior con una de las partes); Ecoline, Inc. v. Local Union No. 12, 271 F.Appx. 70, 72, Segundo circuito, EE.UU., 2008 (el hecho de que los árbitros hayan sido fideicomisarios de una unión benéfica de una de las partes del arbitraje no fue suficiente para mostrar una “evidencia de parcialidad” y anular el laudo hubiese sido una “seria corrupción a la salud del sistema de solución de controversias a través del arbitraje”).

34 Directrices IBA: listado rojo renunciante 2.2.2 (pariente del árbitro interesado en la controversia), 2.2.3 (árbitro o pariente que pueda dirigir un recurso contra la perdedora), 2.3.8 (relación personal entre el árbitro y un controlador de una de las partes), 2.3.9 (un pariente del árbitro interesado en una de las partes).

35 Karlseng v. Cooke, Corte de Apelaciones de Texas, EE.UU., 2011 (el árbitro tenía una relación de amistad con uno de los abogados de una de las partes).

36 A su vez, las Directrices IBA son tajantes con la solución: listado rojo irrenunciable 1.4 (que el árbitro regularmente sea el representante legal de una de las personas jurídicas en el arbitraje).

37 Borst v. Allstate Ins. Co., 291 Wis.2d 361, 387-88, Suprema Corte de Wisconsin, EE.UU., 2006 (“relación presente de

- b. **Que el árbitro sea actual representante de una de las partes sin generar una relación frecuente**³⁸: este es un punto sujeto a discusión, se está mucho a las circunstancias del caso atendiendo a la duración de la relación, la lejanía en el tiempo, los montos implicados, y todo factor que pueda influir y caracterice la relación. Por este motivo hemos detectado jurisprudencia en ambos sentidos.
- e) **Que el árbitro personalmente haya representado anteriormente a una de las partes**³⁹: referimos en este punto a una representación anterior del árbitro respecto de la parte. Así, hemos notado que este punto ha sido generador de recusaciones de árbitros en varias oportunidades⁴⁰. Los tribunales van a tener en cuenta circunstancias específicas como son la duración de la representación, la relación con la disputa en cuestión, la significación del caso, entre otras.
- f) **Que el árbitro esté relacionado con el representante letrado de una de las partes**: abandonamos en este punto, el relacionamiento del árbitro con la parte y pasamos a los conflictos de interés que puede generar una relación árbitro-abogado. Muchas veces es incluso más significativa que con la parte misma, quien puede encontrarse ajena o poco informada respecto del procedimiento. Se puede contemplar aquí la circunstancia en la que el árbitro integre o haya integrado la firma del abogado que representa a una de las partes⁴¹. Este punto ha sido configurador de instancias recursivas a lo largo de la jurisprudencia⁴².
- g) **Que el árbitro haya pronunciado su opinión en la materia del arbitraje**⁴³: esta circunstancia se ha dado con gran asiduidad en la jurisprudencia. Es común que las partes elijan árbitros prestigiosos posiblemente doctinos, tratadistas o personalidades conocidas que hayan manifestado en sus obras una determinada interpretación o postura sobre un punto en particular⁴⁴. La jurisprudencia ha sido tendiente al rechazo de esta causal como configuradora de un conflicto de interés⁴⁵, lo que entendemos correcto ya que es propio de cada persona tener una postura determinada, pública o no.
- h) **Designaciones repetidas a un mismo árbitro**⁴⁶: cuando un árbitro es designado

clientela entre Allsate y el árbitro, tanto así que implica una naturaleza sustancial que una persona razonable dudaría seriamente")

38 Las Directrices IBA hacen un tratamiento distinto a esta causal en comparación con la anterior. Directrices IBA: rojo renunciante 2.3.1 (que el árbitro represente a una de las partes o su filial)

39 Directrices IBA: listado naranja 3.1 (servicios profesionales), 3.4.1 (que el árbitro represente al adversario de una de las partes), listado verde 4.2.1 (la firma del árbitro actuó contra una de las partes en un caso no relacionado y no estando el árbitro vinculado.).

40 *Employers Ins. of Wausau v. Nat'l Union Fire Ins. Co.*, Corte de Apelaciones del Primer Circuito, EE.UU. 2014.

41 *Tecnimont SPA v. J&P Avax*, *ob. cit.* (el árbitro había realizado tareas de consultor en el estudio jurídico que representaba a una de las partes).

42 *Michael v. Aetna Life & Cas. Ins. Co.*, Corte Superior de Los Ángeles, EE.UU.M 2001.

43 Directrices IBA: listado verde 4.4.1.

44 WAINCYMER, Jeff, "Procedure and Evidence in International Arbitration", 2012. P. 279

45 CRAIG/PARK/PAULSSON, *Ob. Cit*

46 Colocando esta casual en un listado naranja y quedando a la expectativa de las circunstancias del caso. Directrices IBA: listado naranja 3.1.3 (que en los tres años anteriores el árbitro sea designado en dos o más ocasiones por una de las partes) y 3.7.3 (que en los tres años anteriores y en más de tres ocasiones el árbitro haya sido designado por el mismo abogado)

repetidas veces por una misma parte, es lógicamente susceptible de generar al menos una sospecha de su imparcialidad e independencia. La jurisprudencia, así como las Directrices IBA, adoptan una postura intermedia.

Entendemos que las Directrices son vagas al determinar la aplicación de esta causal, la realidad es más rica que la circunstancia que contemplan. Sin duda que la aplicación mecánica de la norma puede favorecer la objetivación del conflicto de interés, pero esta aplicación puede no tener un relacionamiento real con la imparcialidad del árbitro. Las Directrices, entendemos, contemplan otros factores como son: la cantidad total de designaciones de ese árbitro, las otras actividades que el árbitro desarrolla (si es árbitro exclusivamente o a su vez tiene otros trabajos y el arbitraje es algo excepcional), la firma que lo designa, etc. La posibilidad de que por ejemplo, el árbitro sea designado en 50 casos por año, debería impedir la aplicación de las Directrices ya que en dicho caso, tres designaciones no serían suficientes para poner en duda su imparcialidad.

Un punto a tener en cuenta es que hay determinadas áreas del conocimiento donde el número de sujetos expertos es limitado, por lo que es lógico que estos especialistas sean selectos repetidas veces en diversos procedimientos que abarquen su área de *expertise*. La jurisprudencia ha sido tolerante en estas circunstancias ya que la presencia de ese experto potencia uno de los beneficios más buscados del arbitraje que es la especialidad del árbitro en la materia de la controversia.⁴⁷

III.- DIFERENTES ESTÁNDARES PARA LA RECUSACIÓN Y EL *EXEQUATUR*

Frente a la fijación de un estándar que deben cumplir los árbitros a los efectos de ser considerados imparciales e independientes, nos preguntamos si ese estándar se mantiene en todas las etapas de un proceso arbitral. Las consecuencias prácticas de una recusación nos dan la pauta para sospechar que la respuesta es negativa y, por lo tanto, bajo este supuesto, los estándares variarían en cada una de estas instancias -proceso arbitral, proceso de anulación del laudo arbitral y proceso de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral-.

La lógica detrás de este argumento radica en el siguiente razonamiento: la recusación de un árbitro en una etapa inicial del arbitraje no conlleva mayores consecuencias que un proceso simple de sustitución del árbitro. Es de hacer notar que en esta instancia todavía no hay decisión sobre el fondo, no hay tribunal constituido, no han habido audiencias, no ha habido exposición de prueba, no se han presentado los descargos de cada parte, es decir, no han habido grandes gastos de tiempo y dinero. Lo que se "afecta" por la recusación de un árbitro es simplemente una etapa inicial del arbitraje. Ahora bien, cuando comenzamos a cuestionar la imparcialidad de un árbitro en una instancia de ejecución

⁴⁷ Esto es frecuente en el arbitraje de inversiones, en el que precisamente, la especialidad de la materia limita el número de árbitros idóneos y por lo tanto el estándar con el que se analiza la conducta del árbitro difiere del arbitraje comercial. RUBINS, Noah y LAUTERBURG, Bernhard, "Independence, impartiality and duty of disclosure in investment arbitration", p. 153 en "Investment and commercial arbitration- similarities and divergences", Eleven International Publishing, Netherlands, 2010

del laudo arbitral, debemos tener presente que ya hubo todo un procedimiento arbitral, en el que ya ha habido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, con una posible instancia posterior de anulación; esto se traduce en años, dinero, energías y tiempo gastado en un proceso que podría desecharse por un cuestionamiento a una temática inicial como es la imparcialidad de un árbitro. Traería como consecuencia inevitable el tener que realizar todo el procedimiento de nuevo, incluso una eventual anulación, lo que lógicamente duplicaría todos los esfuerzos en tiempo y dinero hasta el momento.

Para ilustrar lo que nos proponemos señalar, un edificio terminado cuyos cimientos se están cuestionando a la hora de la inauguración, sencillamente hace que toda la obra aparezca inestable y que su solidez sea puesta en duda, no cumpliendo así con la finalidad de construir un lugar seguro, estable y definitivo. En un procedimiento arbitral, en caso de configurarse un conflicto de interés en la ejecución del laudo, todas las instancias posteriores a la selección del tribunal hubiesen sido construidas sobre una base inestable, tampoco cumpliendo con su finalidad de resolver la controversia de forma definitiva.

Se ha indicado pues, que **en sede de ejecución el estándar con que debe analizarse la conducta del árbitro es diferente y más exigente que el aplicable en un proceso recusatorio**⁴⁸. En este sentido, no es suficiente con demostrar “dudas justificadas” sobre la imparcialidad del árbitro o riesgos de la existencia de un conflicto de interés. Lo que es necesario probar para que se deniegue la ejecución de un laudo, es un conflicto de interés de tal magnitud que implique una “injusticia significativa”⁴⁹, no una simple apariencia o una mera sospecha, sino una efectiva parcialidad, probada y con efectos demostrables. Evidencias de dudas sobre la imparcialidad del árbitro, incluso dudas serias, no serán suficientes para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁵⁰.

IV.- DIVERSOS ABORDAJES DE LA CUESTIÓN BAJO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

En este apartado nos proponemos identificar las defensas con que cuenta el demandado en un proceso de *exequátur* ante la potencial existencia de un conflicto de interés durante el proceso arbitral.

Virtualmente, todas las jurisdicciones insisten en la observancia de los principios básicos de neutralidad e independencia de los árbitros en el proceso arbitral. Sin embargo, la mayoría de las Convenciones internacionales o regionales y las leyes nacionales de arbitraje no contienen previsiones específicas relativas a la falta de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. En este sentido, las bases para denegar el *exequátur* contenidas en el Art. V de la Convención de Nueva York no hacen referencia expresa al conflicto de interés.

48 BORN, ob. cit. p. 3588.

49 LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KROLL, Stefan. “Comparative International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer International, 2003.

50 BORN, ob. cit. p. 3588

Sin embargo, resulta claro que la ausencia de neutralidad e independencia pueden ser fundamentos para rechazar la ejecución de un laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York; ahora bien, como hemos indicado en el apartado anterior, el estándar es muy restringido y por ello no es común que el reconocimiento y ejecución del laudo sea denegado con base a la parcialidad de un árbitro⁵¹. Se hace necesario entonces, reforzar los esfuerzos para impugnar estas cuestiones durante el proceso arbitral ya sea en ocasión del procedimiento recusatorio o en oportunidad de solicitar la anulación del laudo.

IV.1.- Violación al debido proceso

El Art. V(1)(b) de la Convención de Nueva York señala como causal para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral *“Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa”*.

La norma tiene como objetivo asegurar a las partes un estándar mínimo de *fairplay* durante el proceso arbitral así como proteger la confianza general en el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. Mientras la primera frase de la norma se trata de una cuestión esencialmente fáctica - la omisión de notificaciones o notificaciones efectuadas en forma inadecuada -, la segunda frase contempla un principio general con la finalidad de abarcar **cualquier irregularidad seria en el procedimiento y cualquier violación al principio de igualdad procesal**⁵²; en este sentido pues, la expresión que utiliza la Convención de Nueva York -*“hacer valer sus medios de defensa”*- comprende cualquier violación seria al debido proceso y otorga la “seguridad jurídica de que el tribunal arbitral no procederá arbitraria o caprichosamente”⁵³.

Señala CAIVANO que el principio de igualdad procesal, en su formulación más básica, implica otorgarle a las partes la misma oportunidad de presentar su caso. Esto tiene a su vez dos derivaciones: i) las partes deben tener una participación equivalente a la hora de elegir los árbitros y **ii) los árbitros deben ser independientes e imparciales**. Estas cualidades son pilares fundamentales y necesarios para que el arbitraje sea un proceso que respete la garantía del debido proceso⁵⁴.

En este sentido pues, el Art.(1)(b) de la Convención de Nueva York es potencialmente aplicable para denegar el *exequatur* de un laudo arbitral extranjero en casos en que el o los árbitros no fueron imparciales e independientes.

En el plano internacional, la jurisprudencia ha procedido a acoger esta defensa principalmente en casos en que la falta de imparcialidad e independencia es patente o grosera. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Zurich denegó el reconocimiento de un laudo

51 BORN, op. cit. p. 3562

52 CAIVANO, ob. cit., citando a VAN DEN BERG, Albert J. “The New York Arbitration Convention of 1958 towards a Uniform Judicial Interpretation”, 1981, p. 306

53 FLORES RUEDA, Cecilia, “El Tratado igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje”, en Seguridad Jurídica: diagnóstico y propuestas, Colección Foro de la Barra Mexicana, Themis, México DF, 2006, p. 685 y ss.

54 CAIVANO, ob. cit., p. 352

por esta causal en un caso en que el árbitro único había sido a su vez abogado tanto de la parte actora como demandada en la etapa de negociación contractual. De hecho, en el contrato se había pactado una clausula arbitral que designaba como árbitro único, sin posibilidad de ser recusado por ninguna circunstancia, al letrado que había suscripto el contrato por la demandante y que luego fue abogado de la demandada. El laudo condenó a la demandada a pagar una suma aproximada de 1,5 millones de francos suizos y el demandante procedió a intentar la ejecución del laudo en Suiza, la cual fue denegada dada la falta de imparcialidad del árbitro⁵⁵.

La defensa de violación al debido proceso tiene pues una primer limitante, y es que el conflicto de interés en la persona del árbitro sea de algún modo flagrante o pueda ser efectivamente probado y no simplemente alegado. Esto explica, en cierta forma, las diferentes exigencias de estándares de conducta durante el proceso arbitral y durante el proceso de *exequátur* a las que aludíamos en el apartado anterior. Ello radica esencialmente en el espíritu *pro enforcement* que caracteriza a la Convención de Nueva York que busca favorecer la ejecución de laudos extranjeros y encomendar al juez del *exequátur* que analice de forma restrictiva las objeciones al mismo.

Por último, a fin de delimitar más aun los casos en que esta causal puede invocarse, es necesario referirnos a que la no objeción de una vulneración del debido proceso durante el proceso arbitral implica la renuncia al derecho de objetar la validez del laudo arbitral en etapas posteriores. De hecho la mayoría de las leyes de arbitraje nacionales o reglamentos de arbitraje establecen una regla que así lo indica⁵⁶. Es una manifestación de la teoría de los actos propios o de aquello que en el derecho anglosajón se ha calificado como *estoppel* y se extiende a todas las defensas que puedan suscitarse a la luz de la Convención de Nueva York bajo el Art. V.1.⁵⁷.

IV.2.- Violación del orden público internacional

Sin perjuicio de que la Convención de Nueva York consagra a la violación al debido proceso como una defensa autónoma – dentro de las excepciones que deben ser invocadas y probadas por la parte que resiste la ejecución –, algunos de los supuestos que quedan comprendidos en ella pueden ingresar también en la excepción más genérica de violación al orden público⁵⁸. Esta es una de las causales más frecuentemente utilizadas para rechazar el reconocimiento de un laudo extranjero, aun cuando su contenido ha sido objeto de numerosas controversias al respecto.

Aludíamos a que el tema del conflicto de intereses en el proceso arbitral es esencialmente un tema de debido proceso. Ahora bien, en tanto el denominado “orden público

55 Corte de Apelaciones (Gerchtshof) de Zurich, 26/7/1995, Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXIII, 1998, ps. 754 y ss.

56 Art. 4, Ley Modelo UNCITRAL: “Renuncia al derecho de objetar. Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.”

57 PATOCCHI, Paolo M., “The 1958 New York Convention. The Swiss practice” en The New York Convention of 1958, ASA Special Series, nro.9, 1996, p. 145 y ss.

58 CAIVANO, ob. cit. p. 354

*procesal” se refiere a los aspectos fundamentales del proceso que precedió al dictado del laudo, y se integra con principios tales como el requisito del respeto al debido proceso y la imparcial administración de justicia”, la parcialidad o dependencia de un árbitro puede ser invocada también como causal de violación al orden público del país en que se pretende el reconocimiento del laudo arbitral, en tanto éste ha resultado teñido por ese conflicto de intereses y ahora pretende incorporarse al ordenamiento jurídico de otro estado a través del proceso de *exequátur*.*

No reconocer y ejecutar un laudo extranjero por violar el orden público es una excepción al deber de los jueces de respetar sentencias arbitrales extranjeras. La excepción se justifica ya que de lo contrario, el juez del *exequátur* estaría utilizando su poder de *imperium* para permitir la introducción e incorporación a su ordenamiento jurídico de decisiones que están en clara contradicción con principios fundamentales que individualizan al mismo⁵⁹.

No caben dudas de que el debido proceso puede definirse en el ordenamiento jurídico uruguayo como un principio de orden público internacional, que tiene consagración expresa en la Constitución y en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos, ratificado por Uruguay. Ahora bien, debe tenerse en cuenta el alcance particular que nuestro país le ha dado al concepto de orden público internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Pasaremos a identificar pues, cuáles serían las principales características de esta defensa en caso de que el *exequátur* se pretendiese en Uruguay.

- **Invocación de oficio por el juez**

En la fase final del proceso arbitral el orden público es uno de los elementos que los jueces están obligados a controlar para que se le reconozcan efectos plenos al laudo arbitral⁶⁰. Por esta razón, la causal de orden público es, en la mayoría de las legislaciones, una causal de nulidad de los laudos así como una causal que impide su reconocimiento y ejecución. Así, el acápite del Art. V.2 de la Convención de Nueva York indica que *“también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (...) b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”*. Es decir que, salvo que la circunstancia que vulnera el debido proceso, en este caso el conflicto de interés, hubiese sido expresamente renunciada o aceptada por la parte perjudicada, podría ser examinada *ex officio*.

- **Orden público internacional y no interno**

Si bien el texto de la CNY no aclara en qué consiste específicamente la causal de violación al orden público para excepcionar la ejecución de un laudo arbitral, los tribunales de los principales países ratificantes de la misma han interpretado que se refiere al orden público internacional, e indicado que dicha defensa debe limitarse a los pocos supuestos en que se transgreden las nociones básicas de justicia y moralidad en la que un estado

59 CAIVANO, ob. cit, p. 388

60 CAIVANO, ob. cit, p. 383

asienta su individualidad jurídica⁶¹. No sería admisible pues, invocar la violación del orden público *interno*, que alude a la restricción del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

- **El laudo arbitral debe ofender en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales del orden público internacional Uruguayo**

Entendemos que el concepto de orden público internacional que adoptó la delegación uruguaya en ocasión de la CIDIP-II de 1979 y que fuera recogido por la declaración interpretativa del Art. 5 de la Convención General de Normas Generales de Derecho Internacional Privado es de aplicación en caso que la excepción de orden público a que refiere el Art. V.2 (b) de la Convención de Nueva York se esgrima como defensa en un proceso de *exequátur* de laudo arbitral en nuestro país.

Por consiguiente, la invocación de un perjuicio por el involucramiento de un árbitro parcial y la violación al debido proceso deberá ser **concreta, grave y manifiesta**.

IV.3.-Violación a las reglas que rigen la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral

El Art. V.1 (d) de la Convención de Nueva York admite que se deniegue la ejecución de un laudo arbitral cuando se pruebe que la *“la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”* o en su defecto *“a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”*.

Entendemos que la parcialidad o dependencia de un árbitro también podría reivindicarse por medio de esta excepción como pasaremos a explicar.

Mientras el Art.V.1(b) está dirigido a evaluar la conducta del árbitro en base a estándares internacionales de independencia e imparcialidad que potencialmente pueden ir más allá del acuerdo arbitral⁶², el Art.V.1 (d) está dirigido a evaluar el apartamiento de la conducta de los árbitros respecto al acuerdo de partes. En este sentido, la primer frase de esta norma se refiere a las obligaciones de los árbitros con relación a lo que las partes hayan pactado respecto de las calificaciones que deben tener los árbitros, incluyendo su independencia e imparcialidad⁶³; se enfoca en tutelar que los árbitros satisfagan los requisitos contractuales que les impuso la cláusula arbitral -ya sea de forma expresa o implícita por la referencia a la aplicación de un reglamento institucional o de una ley nacional en el caso de los arbitrajes ad hoc-, y no estándares generales de independencia e imparcialidad.

61 CAIVANO, ob. cit.; Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier [Rakta], Sentencia dictada por el 2º Circuito de EEUU, 1974; Corte Suprema de Colombia, Sala Civil, 6/8/2004, Sentencia 11001-0203-000-2001-0190-01; Corte de Apelaciones de Hamburgo, 3/4/1975, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol 11, pp. 241 y ss.

62 BORN, ob. cit., p. 3526

63 BORN, ob. cit., p. 3526

V.- CONCLUSIONES

En función de todo lo señalado en el presente trabajo, y a modo de realizar una reflexión final, es de destacar que:

I.- Si bien en Uruguay existe un vacío legal en lo que respecta al procedimiento del arbitraje internacional, el *exequátur* de laudos arbitrales extranjeros está regulado en el ordenamiento jurídico uruguayo principalmente por la Convención de Nueva York de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, ratificada por nuestro país el 30 de marzo de 1983. Ahora bien, dado que la ejecutabilidad de un laudo arbitral es tan importante como el procedimiento para la obtención del mismo, el *exequátur* debe recibir una preparación y atención adecuada, aun incluso antes del proceso arbitral.

II.- Entre sus principales deberes, los árbitros deberán dictar un laudo válido y ejecutable; ello implica, entre otras cosas, que el laudo verifique uno de sus requisitos más intrínsecos, esto es, el respeto a las garantías del debido proceso. Va de suyo pues, que la existencia de un conflicto de interés en la persona de uno de los árbitros constituye un potencial obstáculo al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

III.- Para identificar la existencia de un conflicto de interés durante el proceso arbitral, los reglamentos institucionales y las leyes nacionales - que han tendido a adoptar las soluciones de los instrumentos de *soft law* como la Ley Modelo de CNUDMI o las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional - logran formular un "núcleo" o marco común para la configuración del estándar con que debe evaluarse la conducta de los árbitros. La tendencia es la objetivación del patrón de conducta, pero exigiendo solamente un riesgo o apariencia de un conflicto de interés.

IV.- No es posible pretender la aplicación del mismo estándar durante procedimiento arbitral y en una instancia de *exequátur*; la recusación de un árbitro en una etapa inicial del arbitraje no tiene mayores consecuencias que la sustitución del árbitro descalificado, mientras que impugnar la imparcialidad de un árbitro en ocasión de la ejecución del laudo arbitral implica cuestionar todo el procedimiento arbitral del que ese laudo fue fruto, e incluso un eventual proceso anulatorio. En este sentido, es lógico que la evidencia sobre dudas de un conflicto de interés no sea suficiente para impedir el reconocimiento y ejecución del laudo sino que se hace necesario que el ejecutado pruebe una efectiva parcialidad con efectos y perjuicios materiales y demostrables.

V.- Del análisis de las diferentes causales que pueden ser base, bajo la Convención de Nueva York, para denegar el *exequátur* en virtud de un conflicto de interés, surge que, en cualquiera de los casos, quien se proponga resistir la ejecución tendrá una carga probatoria significativa. En ese sentido, tal como adelantáramos, los esfuerzos para impugnar la imparcialidad e independencia del árbitro deberán concentrarse en el proceso arbitral, en ocasión del procedimiento recusatorio o eventualmente en oportunidad de promover la anulación del laudo arbitral.

VI.- Más esfuerzos aún debería concentrar la instancia de selección de los árbitros; no en vano ella ha sido calificada como la decisión más importante a que el operador

jurídico deberá enfrentarse en cada caso.⁶⁴

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIGHI, Paul. "Situación actual del arbitraje nacional e internacional en Uruguay", en Rev. Judicatura Nro. 56, Aspectos procesales y rol de los jueces en el arbitraje, Julio de 2014.
- BALAN, Violeta I., "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States: the need for federal legislation", The John Marshall Law Review, Vol. 37, Fall 2003
- BERKER, Mark y GREENWOOD, Lucy, "Are Challenges Overused in International Arbitration?", Journal of International Arbitration, Vol. 3 issue 2, 2013.
- BORN, Gary, "International Commercial Arbitration". Kluwer International, 2014
- CAIVANO, Roque, "Control judicial en el arbitraje", 1ª ed. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- CARON, D. & CAPLAN, L., "The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary", 2da edición, Oxford University Press, 2013
- CRAIG/PARK/PAULSSON, "International Chamber of Commerce Arbitration", 2000.
- FLORES RUEDA, Cecilia, "El Tratado igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje", en Seguridad Jurídica: diagnóstico y propuestas, Colección Foro de la Barra Mexicana, Themis, México DF, 2006.
- FOSTER, David and BARRATT, James "Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland" 2013.
- HAUSMANN, Christian/ BARKER, Anna-leigh, "International approaches to the independence and impartiality of arbitrators", 2011. Disponible en: http://larevue.squirepattonboggs.com/International-approaches-to-the-independence-and-impartiality-of-arbitrators_a1583.html
- HUNTER, Martin, "Ethics of the International Arbitrator" 1987.
- LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KROLL, Stefan. "Comparative International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer International, 2003.
- PATOCCHI, Paolo M., "The 1958 New York Convention. The Swiss practice" en The New York Convention of 1958, ASA Special Series, nro.9, 1996.
- REY JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Juan M., "Conflictos de interés en sede anulato-

64 RIDGWAY, Delissa. Juez de la Corte de Comercio Internacional de Estados Unidos; Profesora Adjunta de Derecho Internacional en Cornell Law School; Profesora Titular de Arbitraje Comercial Internacional y Transacciones Comerciales Internacionales en el programa de LL.M en American University Washington, D.C. ; Consultora de organizaciones internacionales como el United Nations Centre on Transnational Corporations.

En el ejercicio particular de su profesión fue miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, sirviendo como árbitro, abogada o secretaria de los tribunales en arbitrajes auspiciados por las más grandes instituciones de arbitraje. Information available at: http://www.cit.uscourts.gov/Judges/DA_Ridgway.html

ria: correcto análisis judicial”, en Rev. Judicatura Nro. 56, Aspectos procesales y rol de los jueces en el arbitraje, Julio de 2014

- RUBINS, Noah y LAUTERBURG, Bernhard, “Independence, impartiality and duty of disclosure in investment arbitration”. En “Investment and commercial arbitration- similarities and divergences”, Eleven International Publishing, Netherlands, 2010.
- VANDEN BERG, Albert J. “The New York Arbitration Convention of 1958 towards a Uniform Judicial Interpretation”, 1981.
- WAINCYMER, Jeff, “Procedure and Evidence in International Arbitration”, 2012.
- WITT WINJEN, Otto/ VOSER, Nathalie/ RAO, Neomi, “Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, Business Law International, 2004.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Con Miras al Interés General

*de los Profesores Enrique Rivero Ysern y
Jaime Rodríguez Arana (por Luis Eduardo
REY VÁZQUEZ).*

*La “imprudencia eventual” en las sociedades
de riesgo. Epistemología de la incertidumbre
y “verdad subjetiva” de la imprudencia
de Gabriele Civallo (por Luigi CORNACCHIA)*

CON MIRAS AL INTERÉS GENERAL DE LOS PROFESORES ENRIQUE RIVERO YSERN Y JAIME RODRÍGUEZ ARANA

P. LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ

Con este nuevo libro, los nombrados Profesores Españoles se adentran en el análisis riguroso de uno de los tópicos centrales del Derecho Administrativo, como es el Interés General, desde la misma introducción, tema que, por otra parte, fuera objeto de tratamiento previo¹, aún cuando existen siempre nuevas aristas que lo sostienen de manera autónoma.

Centraré fundamentalmente mi atención, a efectos del presente comentario, sobre el capítulo introductorio, pues considero que se abordan allí las grandes líneas que sostienen los diferentes capítulos que lo componen, al igual que el Capítulo II, donde se explican acerca concepto de “Interés General”, para concluir remarcando la consagración de lo anticipado en los capítulos iniciales, en punto a la necesidad de replantear el enfoque que al Derecho Administrativo debe brindarse, en cada una de sus instituciones, signado necesariamente por un camino hacia el interés general.

Destacan allí lo que califican como un “craso error” y un ejercicio de irresponsabilidad política y social atribuir exclusivamente al sistema financiero y al mercado internacional la gravísima crisis institucional, ética, moral y jurídica padecida por su país, pues antes que nada debiera ponderarse que ha sido la corrupción generalizada uno de los puntos atribuibles a los poderes públicos, sin que la hubieran asumido con responsabilidad y convicciones firmes, con grave lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos y al modelo de convivencia. Ello ha provocado una reacción de la ciudadanía, la que es menospreciada por los poderes públicos, sancionándose normas contrarias a los principios y valores constitucionales, por lo que estiman que la participación ciudadana es fundamental.

En la página 9, y en referencia a la participación ciudadana, expresan los autores que “... para la transformación del Estado, de la Administración y del Ordenamiento Jurídico, la participación ciudadana es fundamental. Sin participación ciudadana no hay reforma democrática, todo lo más ilusiones o quimeras...”.

Anuncian como pretensión, “en las páginas de este estudio, hacer una reflexión sobre algunas de las causas que han generado la situación de convulsión de nuestra sociedad

¹ Así, en un reciente trabajo, comienza el Profesor Arana Muñoz expresando que “Un estudio sobre el concepto del interés general merece un somero análisis acerca de su significado. No es infrecuente que el término que se asocie al Derecho Administrativo como concepto clave sea el de interés público. Sin embargo, he preferido referirme en este trabajo al concepto de interés general porque si bien en el pasado fue el interés público el término elegido para fundar el sentido de la actuación de la Administración pública, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés a que debe someterse la Administración es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto, no el de la propia institución Administración pública o el de sus agentes, sino el de todos los ciudadanos. El principio de participación y el principio de centralidad del ser humano me parece que reclaman un entendimiento más amplio y abierto que el estricto y riguroso de interés público” (“Sobre el concepto de Interés General”, elDial.com - DC1CD8, Publicado el 29/05/2014).

Ver con mayor detalle, el libro del nombrado profesor *Interés General, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*, Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos, Iustel, Madrid, 2012.

y en las que se encuentra involucrado el Derecho Administrativo, causas que inciden en profundidad sobre el interés general, vulnerándose en consecuencia los principios fundamentales de nuestra Constitución”, en referencia a la Constitución Española de 1978.

Destacan - página 10 – el principio de la “Centralidad de la persona”, y del “imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, que debe prevalecer sobre los intereses de determinados grupos económicos, sociales, profesionales y de la clase política que, desgraciadamente, en ocasiones harto reiteradas, han corrompido la función legislativa, lesionando los intereses generales”.

“El interés general – apuntan los autores - es una cuestión esencial del Derecho Administrativo, y en la medida en que esta rama del Derecho Público disciplina jurídicamente asuntos supraindividuales, generales, colectivos, comunitarios o públicos, se está trabajando en el campo, de alguna manera, de los intereses generales, concepto que es más amplio que los anteriormente citados, por cuanto se refiere al interés social, al interés de todos y cada uno de los ciudadanos como miembros de la comunidad”.

Continúan - página 11 – trayendo a colación al Conseil d’Etat en Francia, en su Rapport de 1.999, donde sostiene contundentemente que “el interés general es la finalidad última de la acción pública. Idea del interés general más allá de la suma de los intereses particulares de los individuos y de los grupos que no está en modo alguno en crisis”, aseveran los autores.

“Muy conectado con el interés general y su satisfacción – sostienen, en la página 12 - está la utilización de la potestad pública. La puissance publique no puede desaparecer, so pena de dejar sin defensa el interés general. Es imprescindible, precisamente para que brille con toda potencia el interés general en cada una de las actuaciones del poder público”².

Aún cuando se admita – expresan - “El consensualismo en las relaciones con la Administración, la Administración paccionada, tiene que ser normada por el legislador, que habrá de tener muy presente que las relaciones paccionadas no pueden ser lesivas al interés general”.

Anticipan en la página 13 que “El derecho fundamental de la persona a la buena administración, así como los principios de buena fe, confianza legítima y equidad han tomado carta de naturaleza en la normativa de la Unión Europea, en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en la de los Tribunales contencioso administrativo y en la actuación de la Administración”. “Ahora, además, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, define tal derecho humano y lo descompone en una serie de derechos integrantes que forman parte indisoluble de su esencia y naturaleza”.

² No puedo dejar de mencionar aquí la clara referencia a la obra del decano de Toulouse Maurice Hauriou, del que recientemente se publicara una Obra en homenaje intitulada *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*, bajo la Coordinación de los Profesores Andry Mantilla Correa, Jaime O. Santofimio Gamboa y Héctor Santaella Quintiero, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, donde en la página 113 y ss. el Profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz hiciera un estudio denominado “Una lectura de los Precís sistemáticos de Maurice Haouriou”.

A continuación - página 14 - se preguntan los autores: “¿Favorece la estructura orgánica de las Administraciones públicas la participación ciudadana?”, a lo que responden que “... Salvo en la esfera local, nuestra Administración pública sigue siendo monocrática y jerarquizada. La toma de decisiones se hace, salvo supuestos excepcionales, por órganos unipersonales, no colegiados y es imprescindible que los ciudadanos no se limiten a formar parte de órganos colegiados que tienen carácter meramente consultivo...”³.

En su segundo Capítulo, luego de exponer sobre la centralidad que presenta el Interés General para esta rama del Derecho Público, y de demarcar su pertinencia, su significado y sus dimensiones, exponen acerca de su caracterización y elementos, encuadrándolo desde una perspectiva constitucional⁴ y su dinámica, tanto entre las distintas fuentes del Derecho, como en el actuar discrecional, y como un rasgo del deber de motivar los actos administrativos.

Rememorando al reporte francés, señalan - página 18 - que “el intento de Conseil d’Etat por mantener, a partir de una razonable línea evolutiva, la centralidad del interés general en el moderno Derecho Administrativo demuestra los reflejos de un conjunto de grandes juristas que son conscientes de la trascendencia de la cuestión en un tiempo de la historia de la Humanidad en el que el Derecho Administrativo, el Derecho Público en general, está siendo atacado desde el poder político para convertirlo en la “justificación” de la arbitrariedad y el arbitrio, y desde el poder financiero, para evitar que el Derecho detenga la fuerza de un mercado dirigido, dominado, por su lógica interna: el lucro, que como reza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es todo beneficio obtenido sin contraprestación”... “El interés general, señala el Conseil d’Etat en la introducción del Rapport de 1999, es la piedra angular de la acción pública y admite, fundamentalmente, dos aproximaciones distintas. La versión utilitaria, del Estado liberal, y la versión republicana, surgida de la revolución francesa. En el primer caso, el interés general se concibe como el interés común en el sentido de suma de los intereses individuales y surge espontáneamente del juego de los agentes económicos. El Estado, en este supuesto, no es más que un árbitro que debe poner orden en un entramado de iniciativas e intereses de signo particular como si su función residiera en preservar sin más un interés superior, común a los ciudadanos. En esta perspectiva, el interés general no es más que la articulación de medidas regulatorias dirigidas a paliar o corregir los fallos del mercado, que se erige en la referencia y paradigma del sistema social” (página 19).

Luego de exponer que acerca de que la noción de interés general debe desecharse la versión negativa, apuntan - página 20 - que “Entendido positivamente, como base y fundamento de la actividad regulatoria, nos permite comprender mejor que a su través, se puede fomentar el desarrollo económico de forma complementaria con la protección

3 Sobre el punto, y mostrando una posible forma alternativa de participación ciudadana de carácter orgánica, he referenciado en “UN MODELO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: EL PLAN ESTRATÉGICO PARTICIPATIVO – PEP 2021 – DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES”, Comunicación presentada en las VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano”, llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán de la Universidad de la Coruña (España), días 31 de marzo al 4 de abril de 2014, correspondiente a la Sesión I denominada: “La reforma de la Administración y la Carta Iberoamericana de Administración Pública”, disponible en <http://jdaiberoamericanas.wordpress.com/anuario/anuario-2014/>.

4 El artículo 103 de la Constitución Española, al que los autores asignan especial atención, sosteniendo que hubiese sido difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, el que reza lo siguiente: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

de los derechos de los ciudadanos”, añadiendo que “El problema de la visión utilitaria del interés general está en que no resuelve los agudos desafíos de la sociedad moderna. Es más, a juicio de no pocos analistas y académicos, precisamente esta dimensión individualista del espacio general está detrás de la profunda crisis económica y financiera que asola el mundo en este tiempo”. Recordando a otro gran maestro francés, expresan que “Por otra parte, la identificación del interés general con la voluntad general es una operación intelectual tan perfecta como imposible de practicar. Duguit ya lo advirtió brillantemente en su libro *Las transformaciones del Derecho Público* al reconocer que en realidad la voluntad general no existe pues, como irónicamente reconoce, la suma de las voluntades de los parlamentarios es, al final, el precipitado de la ley. En efecto, la ley como expresión de la voluntad general es un mito”⁵.

Añaden más adelante que “... El debate acerca del interés general, con una perspectiva utilitaria y otra voluntarista, es trasunto también de la diferente forma de entender la libertad. En el mundo anglosajón la libertad es más individual. En la tradición greco-latina, en la matriz romano-germánica prevalece una idea más solidaria de la libertad. Ambas dimensiones fundan Ordenamientos jurídicos con valores y elementos distintos. Por lo que se refiere al Derecho Administrativo, el sistema del rule of law o el sistema del droit administratif, dan lugar, como bien sabemos, a diferentes aproximaciones que están presentes en todas y cada una de las categorías, instituciones y conceptos que componen esta rama del Derecho Público que se llama Derecho Administrativo” (página 21).

“Probablemente – apuntan -, entre la concepción individualista y la voluntarista, sea posible encontrar una tercera vía, con sustantividad propia, con características autónomas, que explique el interés general desde los valores del Estado social y democrático de Derecho proyectados en la realidad concreta, en la cotidianeidad. Es decir, una visión del interés general que, sin huir de los fundamentos, sea reconocible por los ciudadanos como expresión y compromiso de la mejora permanente de las condiciones de vida de las personas” (página 22).

Remarcando a qué extremo la relevancia que el Consejo de Estado de Francia atribuye al interés general, exponen que es así dado que “rotula el segundo epígrafe de su Rapport “El interés general clave de bóveda del Derecho Público Francés”. Desde esta perspectiva, el juez administrativo tiene la relevante tarea de garantizar el interés general. Interés general que el supremo juez administrativo francés ubica en las grandes decisiones de la jurisprudencia, en las leyes y en el ejercicio por la Administración de las prerrogativas del poder y de la potestad pública” (página 22).

“Los grandes conceptos y categorías: servicio público, dominio público, obra pública, empleo público, entre otras, tienen una característica común: deben ser definidos en relación con la noción primaria de interés público, que se convierte en su razón de ser. En el fundamento del régimen especial del Derecho Público, explicitado en el estatuto del acto administrativo unilateral o en el sistema de responsabilidad del Estado encontra-

⁵ En un profundo estudio acerca de las implicancias de la noción de servicio público del profesor francés ha tenido en el Derecho Administrativo, con el tema del libro que reseñamos, puede verse Rodríguez Arana Muñoz, Jaime y Sendín García, Miguel Ángel, “El Servicio Público según Duguit ¿Una referencia para un mundo en crisis?, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, Nueva Serie, Año 4, N° 6, Dunken, Corrientes, 2010*, pp. 313/332.

mos, de una u otra forma, el elemento central” (página 22).

“Un concepto que, siendo esencialmente cambiante, tiene, sin embargo, una inextricable e indisoluble conexión con los derechos fundamentales, con la misma dignidad del ser humano pues, en última instancia, el principal y primordial interés general de cualquier Estado que se defina como social y democrático de Derecho es la garantía, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona” (página 24).

A la hora de dilucidar el aspecto terminológico, se expiden – página 25 – diciendo que la “expresión poderes y potestades expresa mejor el sentido que tiene la posición jurídica de la Administración pública en el Estado de Derecho que si usamos los términos privilegios y prerrogativas, pues estos parecen indicar a priori la existencia de una posición de supremacía o de superioridad en términos dogmáticos. Por eso, si el interés general está en la base, en la justificación última de la posición jurídica de la Administración, manifestada en una serie de poderes y potestades atribuidos por el Ordenamiento jurídico, entonces, cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder, habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración pública a esta forma de proceder significa, ni más ni menos, que el criterio del servicio objetivo al interés general sea realmente el principal patrón de conducta que presida el entero quehacer de las Administraciones públicas”.

Analizando luego la jurisprudencia española, traen a colación - página 26 – la sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de febrero de 1984 – la que glosaran extensamente en este trabajo, donde se sostuviera que “el interés general en el Estado social y democrático de Derecho ya no se define unilateralmente por la Administración pública, sino que ahora, de acuerdo con el parámetro de la participación, se determinará a través forma integrada, contando con la colaboración entre los poderes públicos y los agentes sociales”.

Más adelante, agregan que “El interés general, tal y como se plantea en las modernas democracias fundadas sobre el modelo del Estado social y democrático de Derecho, no puede definirse de espaldas a la realidad” (página 28), postulando luego que “El interés general, que ha dejado de ser monopolio natural del Estado, tampoco puede ser objeto de apropiación por parte de grupos económicos, nacionales o internacionales. La idea de la fragmentación, de pluralismo, es, en un Estado social y democrático de Derecho que se precie, uno de sus rasgos esenciales, uno de sus características más importantes. Por ello, se debe tomar conciencia de los peligros que encierra la llamada soberanía económica o financiera, una nueva soberanía que ha desplazado realmente al ciudadano de su condición de dueño y señor del poder público. Efectivamente, cuándo la Economía domina al Derecho, cuando el Derecho Público discurre varios cuerpos detrás de la Economía, cuándo el Derecho, expresión de la justicia, es desterrado de las decisiones económicas y financieras, entonces los principales poderes económicos y financieros se enseñorean del interés general y las notas de la racionalidad, pluralismo y justicia desaparecen al servicio del enriquecimiento sin cuento de los principales dirigentes y propietarios de estas corporaciones” (página 29).

No existe una oposición entre el interés general y el interés individual. Así lo entienden - página 31 – expresando “Si partimos de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, los conceptos de interés general y de interés

particular debieran entenderse en un contexto de complementariedad, en un marco de integración y armonización. Así, de esta manera, si el interés particular se integra en el interés general, la resolución de los problemas es más fácil. En cambio, cuándo operamos con esquemas de enfrentamiento y confrontación, desde el pensamiento bipolar, entonces se ideologizan las cuestiones y su solución, humana y real, es una quimera”.

En una velada crítica a las concepciones economicistas, enfatizan - página 32 - que “Mantener en el tiempo en que vivimos que el mercado es sinónimo de eficacia, de eficiencia y de libertad no es de recibo. Igual que defender, a capa y espada, que el Estado es la encarnación del ideal ético. Más bien, como parece colegir el Consejo de Estado de Francia, se trata de reinterpretar la idea de Duguit de interdependencia social, no de forma unilateral sino plural”.

Prosiguiendo con un enjundioso análisis del reporte francés, exponen - página 35 - que pareciera que “el Conseil d’Etat hubiera entendido el alcance del artículo 106 de la Constitución española. Precepto que supone, ni más ni menos, que atribuir al juez administrativo una suerte de posición especial en orden a mantener, en los conflictos en los que una parte es la Administración pública al menos, el interés general. El poder judicial, pues, asume en esta materia una posición central, por lo que para conocer mejor el alcance del interés general habrá que estudiar pormenorizadamente la jurisprudencia acerca del sometimiento de la Administración pública, en cada caso, a los fines de interés general”.

Recuerdan a otro gran profesor español cuando postulara que “El Derecho Administrativo es el Derecho del poder público para las libertades ciudadanas en feliz expresión del profesor González Navarro. El Derecho Administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro” (página 35).

A partir de la página 40, cuando analizan las “Dimensiones del interés general”, se explayan citando a grandes profesores de la disciplina administrativa, como ser Bandeira de Melo, Alessi, Bassi, Truchet, con lo que enriquecen el tratamiento del principio.

En el Capítulo III, exploran sobre un tema que ocupara antes de ahora al Profesor Jaime Rodríguez Arana, cual es el “Derecho Fundamental a la Buena Administración”⁶, y su consagración en distintos instrumentos europeos y americanos, como son la Carta europea de los derechos fundamentales de la persona, el código europeo de buena conducta administrativa y la Carta iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos.

A partir del siguiente capítulo, vinculan a ambas nociones con distintos institutos del Derecho Administrativo. Así, en el Capítulo IV, relacionan la Buena Administración con la Responsabilidad de las Autoridades y Empleados Públicos, y la consiguiente acción de repetición por los daños que por su deficiente accionar, irroguen al erario, fincando su análisis tanto en el derecho italiano como en el derecho español. Luego, en el Capítulo V, conectan al Interés General con la Potestad Pública, y con ella, los caracteres de Ejecutividad y Ejecutoriedad de un clásico, como es el acto administrativo, y las consecuencias de la desobediencia, recalando en los derechos alemán, italiano, francés y español, finalizando con otro de sus caracteres, cual es la Presunción de legitimidad.

6 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Ya en el Capítulo VI, abordan un tema que personalmente considero esencial, cual es el de la Participación en el Estado Democrático de Derecho, como un fenómeno derivado de la crisis del Estado de Bienestar, colocando como eje la centralidad de la persona y la participación ciudadana en los cometidos públicos.

Destaco allí lo que ya fuera otrora anticipado por uno de sus autores, expresando – página 181 - que *“la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general”*, dejando atrás el modelo de Estado intervencionista que acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. *“Hoy más que nunca – agrega – hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente”*⁷.

En el Capítulo siguiente, analizan el impacto que el Interés General genera en el Derecho Privado, tanto en la faz patrimonial de la Administración Pública, como en la contratación estatal.

Finalmente, culminan en el Capítulo VIII analizando la incidencia del Principio de Buena Administración en la elaboración de los Códigos Éticos para la función pública, y su implicancia en el régimen disciplinario. Concretamente, si tales códigos conforman una suerte de *soft law*, o si, en cambio, integran los deberes de los agentes públicos, y por tanto, cuáles son las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

Categoricamente se expresan sosteniendo que *“no son unas meras declaraciones retóricas, sino que tienen carácter normativo y vinculante”* (página 239), agregando que *“los principios éticos no son una norma moral. El propio término, principio, tiene un valor normativo e impone un deber al empleado público”*, como una exigencia de una *“Administración eficaz, transparente, imparcial, libre de la corrupción, para de esta forma satisfacer los derechos sociales y de libertad de los ciudadanos”*, trayendo consecuencias por su incumplimiento en la carrera de los agentes públicos (página 241).

Haciendo gala nuevamente de la *“centralidad de la persona”* y de la necesaria *“participación ciudadana”*, refieren que *“los ciudadanos deben controlar el cumplimiento de los principios éticos mediante la denuncia y el ejercicio de las acciones públicas”*.

En suma, estimo que se trata de una obra que aborda temas clásicos con una visión renovada y que invita a la reflexión, a fin de que la crisis de los Estados, de los mercados, de los mecanismos de representación política no terminen postergando el adecuado tratamiento de los derechos constitucionales propias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Queda claro el mensaje cursado a los Poderes Públicos, y a su vez, a los ciudadanos a fin de que exijan que los servidores públicos destinen los recursos públicos a satisfacer el interés general.

7 Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 40.

LA “IMPRUDENCIA EVENTUAL” EN LAS SOCIEDADES DE RIESGO. EPISTEMOLOGÍA DE LA INCERTIDUMBRE Y “VERDAD SUBJETIVA” DE LA IMPRUDENCIA,

GABRIELE CIVELLO

P. LUIGI CORNACCHIA, UNIVERSITÀ DEL SALENTO
TRADUCCIÓN: BEATRIZ ROMERO FLORES

¿Se puede proponer en el siglo XXI una reconstrucción de la imprudencia penal fundamentándonos en el *verum* metafísico de la tradición filosófica realista-conceptualista?

El libro en cuestión tiene como objetivo sugerir soluciones dogmáticas, respecto a la fundación de la responsabilidad imprudente, forjadas en la *adaequatio ad rem* del pensamiento clásico: un proyecto que pretende recuperar las instancias fundamentales de lo que hoy, de manera polémica, e incluso con verdadero sarcasmo, se califica como “pensamiento fuerte”.

En primer lugar, la obra comienza con una consideración muy crítica del *derecho penal del riesgo post-moderno*.

En concreto, *post-moderna* es la idea según la cual los conceptos jurídicos no tendrían ningún contenido veritativo, sino que no serían más que meras construcciones artificiales funcionales para exigencias situacionales. Por ejemplo, la distribución de la responsabilidad, el hecho de encontrar a los culpables, a cualquier precio, frente a sucesos que impactan emotivamente a la colectividad, también a través de la amplificación realizada por los medios de comunicación (resultado de un proceso de conversión de la realidad de la justicia penal- así como de otras muchas- en un puro reality, respecto al cual establecer quién es el responsable se convierte en una cuestión puramente “escénica”).

De manera polémica con el proceso de progresivo empobrecimiento del contenido de la imprudencia, en especial de sus rasgos más personales, se denuncia la excesiva normativización de la imprudencia- reducida a un puro incumplimiento del deber de cuidado- y la consiguiente depreciación de su dimensión subjetiva esencial.

Estas interpretaciones no solo tienen un significado dogmático, sino que representan uno de los aspectos de la connotación general, marcadamente instrumental, de las categorías “personales”, a las que el sistema atribuiría un sentido, construyéndolo en razón de la implementación de intereses extrajurídicos. Por ejemplo, la necesidad política de legitimar la justicia penal frente a la sociedad, y en especial a las víctimas y los entes exponenciales que se hacen portadores de sus intereses.

De hecho, la imprudencia penal tiende cada vez más a confundirse con la civil, derivada del ámbito de los seguros o indemnizaciones (o de pura distribución de la res-

ponsabilidad)- y a derivar, incluso, en modelos de “gestión político-administrativa del riesgo (*erga omnes* y...“aleatorio”.... según las palabras del Autor).

No se trata únicamente de distorsiones aplicativas de la praxis de los Tribunales, sino que nos encontramos ante una verdadera *mutación genética de la imprudencia*, llevada a cabo por la *law in action*, en virtud de la cual el riesgo modifica la dimensión cualitativa de la misma imprudencia.

2. Lo que el Autor califica como “imprudencia eventual” consiste en un paradigma de responsabilidad, que surge de la evolución jurisprudencial de los últimos tres decenios, centrado en el riesgo, verdadero fulcro del comportamiento ilícito.

Imprudencia eventual (es decir, sin ningún contenido de voluntariedad, paralelo al dolo eventual, reducida a una mera conexión pseudo-intelectual con un dato estocástico: frente a sucesos catastróficos (también desplazados espacial y temporalmente más allá de cualquier relación de contigüidad con el agente), no sería necesaria la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, de cara al juicio de responsabilidad penal, sino que sería suficiente la previsibilidad del riesgo o más bien la *imposibilidad de excluir la verificación de cualquier resultado de daño*, incluso si no se puede prever en ese caso concreto, cuando el mismo “no poder excluir” se sitúe en un nivel puramente virtual.

Para el reproche es suficiente la mera yuxtaposición de causalidad material y violación preventiva: cuando la causalidad se declina en *sentido estadístico-epistemológico*; y las normas de cuidado que ponen en evidencia son *reglas de pura contención del riesgo, idóneas para reducir la probabilidad y la frecuencia*.

Una concepción difundida por la lógica del *principio de precaución* – arraigada en la *epistemología de la incertidumbre* – respecto a resultados dañosos aunque no sean ciertos científicamente ni se puedan individualizar de manera preventiva y específica, que sirve – en modo más o menos explícito- para colmar presuntas lagunas de tutela.

Come subraya con acierto el Autor, sólo el poder legislativo y ejecutivo puede seleccionar con decisión política *erga omnes*, cuál de entre los diferentes comportamientos alternativos, con una peligrosidad igualmente dudosa, es obligatorio. En el caso de que falte esta determinación normativa explícita, debido a una carencia generalizada de conocimientos fiables, no se puede atribuir de manera generalizada la responsabilidad jurídica por consecuencias no previsibles, porque si no “se descargaría patológicamente en el desafortunado sujeto toda la □carga□ de incertidumbre y de *déficit cognoscitivo* (*déficit* que, sin embargo, debería cargar fisiológicamente sobre toda la humanidad)”.

La aplicación de la lógica de la precaución a la responsabilidad penal implica el riesgo de violación del principio de legalidad y responsabilidad penal, y también, y en primer lugar, del principio de *igualdad*: la responsabilidad se convierte, entonces, en una lotería por la cual, de manera discriminatoria, y sobre la base del *versari* (en sentido literal: el “hallarse allí”) se le imputa a alguien un suceso fortuito o el producto de la responsabilidad difundida de muchos.

3. La “imprudencia eventual” surge como expresión emblemática de un verdadero *neo-moralismo anti-ético*, para el cual no tiene relevancia la indiferencia hacia los valores tutelados, sino que se pretende atribuir cualquier elección de la cual deriven consecuencias cuyo riesgo no podía excluirse completamente.

De hecho se asume como responsable una persona por la simple razón de que el acto haya originado consecuencias perjudiciales: no se castiga una conducta injusta, sino una conducta centro de imputación de consecuencias lesivas, mediante una atribución extrínseca de consecuencias a la persona, pero más allá de la ilicitud del acto. La conducta se considera ilícita precisamente por las consecuencias, por las que se individualiza un “chivo expiatorio”. La lógica de la precaución funciona como un instrumento de atribución *formal* de sucesos a quién se encuentra “en el lugar equivocado en el momento equivocado” o desempeña determinados cargos, de manera que la teoría de las posiciones de garantía funciona como mecanismo de legitimación de una responsabilidad de posición pura.

En definitiva, la moderna escisión entre acto ilícito jurídico y moral produce en la realidad aplicativa una extensión indebida del primero más allá de los límites del segundo. En nombre de una exigencia de autonomía, que responde a la lógica de la *ultima ratio*, en el sentido de considerar jurídicamente ilícito solo un segmento de lo que podría serlo moralmente (reservando a la responsabilidad penal un segmento aún más corto), se convierte el reproche penal en un estigma moral ampliado, en función preventiva, por tanto de instrumentalización del hombre (en función disuasiva, o de satisfacción promocionada de las expectativas de las víctimas, a menudo instrumentalizadas, por las lógicas del control social).

4. En concreto, el examen crítico toma en consideración, sobre todo, el proceso de “procedimentalización” del deber de cuidado, especialmente en sectores hoy en día especialmente neurálgicos, como el de la seguridad del trabajo, donde a menudo se confunde con las *reglas organizativas, de gestión y procedimiento* no dirigidas a la prevención de resultados determinados.

Además, se censura la praxis jurisprudencial que reduce el incumplimiento del deber de cuidado al mero *error o carencia de valoración del riesgo*, con la consecuencia de incriminar al garante (por ej. el empresario) por *su modo de ser*, por *no haber estado a la altura* de la posición de garantía recubierta, con el riesgo de deslizarse en el derecho penal de autor.

Por lo tanto, la imprudencia se extiende a la falta de previsión de clases de resultados que no son ni siquiera imaginables en el momento de la conducta (sucede así en la jurisprudencia en tema de responsabilidad por exposición al amianto).

De tal modo, el *juicio de concretización del riesgo en el resultado, por criterios de delimitación de la punibilidad, se convierte en puramente discrecional*, con resultados negativos incluso en el plano de la prevención, dado que, de hecho, el agente tiene que aplicar el deber de cuidado “a ciegas”, sin tener claro ni siquiera cuál es el resultado que debe evitar ni

las modalidades que debe adoptar para evitarlo.

Por otra parte, la incertidumbre cognoscitiva resulta ontológicamente incompatible con una función disuasiva. Esto explica la *ineficacia desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena en los ámbitos más delicados de la sociedad del riesgo*.

Y las normas de cuidado pueden ocasionar, frecuentemente, males peores de los que pretende prevenir, dado que, en situaciones de incertidumbre ninguno puede prever si la norma de cuidado se revelará *ex post* preventiva o, incluso, contraproducente (por ejemplo, la evacuación en caso de posible terremoto o inundación).

Por el contrario, el Autor observa correctamente que, por un lado, la previsibilidad abstracta no puede compensar la ausencia de concreción del riesgo (come ya se ha demostrado por la teoría de la imputación objetiva); por otra parte, la presencia de concreción del riesgo no es suficiente para considerar *in re ipsa* la previsibilidad en concreto del resultado. Además, se rechaza de manera firme la *tendencia a una superposición indebida entre dimensión subjetiva de la previsibilidad y dimensión objetiva de la concreción del riesgo*, que, de otra manera, se transforma en una categoría proteiforme y, por tanto, fácilmente manipulable en vía interpretativa.

5. La segunda parte está dedicada a la consideración de la parábola interpretativa de la “previsibilidad del resultado” en la jurisprudencia, que una vez que ha abandonado la perspectiva psicológica de la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, considera suficiente la mera *previsibilidad de la “clase” o del “género” de resultados*, o incluso la *“imposibilidad de excluir un resultado”*, o la *“previsibilidad del resultado límite o del resultado catástrofe”* (según el *worst-case analysis*) o *previsibilidad de un riesgo genérico de (cualquier) resultado*.

Esta es la “imprudencia eventual”, caracterizada por la *“transmutación del resultado en el riesgo*, resultado de la consideración de la epistemología de la incertidumbre como base de la responsabilidad.

6. En la tercera parte el Autor ofrece una interpretación de la causalidad de la imprudencia en términos probabilísticos de mero aumento del riesgo; así como interpretación subjetiva de la exigibilidad de la conducta alternativa diligente, con consideraciones relativas a la falta de adecuación del criterio del *homo eiusdem condicionis et professionis*.

En concreto, más adelante, se pone de manifiesto la imposibilidad de fundar dogmáticamente la evitabilidad de un riesgo, en vez de un resultado. A diferencia del peligro, que se puede aprehender empíricamente como entidad, aunque sea potencial, el riesgo no es otro que “el resultado de una *valoración estadística*”, por lo tanto, puede ser objeto de apreciación mental (por tanto, de previsibilidad abstracta), pero no puede ser “material e inmediatamente evitado”, en la medida en que no se puede prevenir un porcentaje, una tasa.

Por lo que las medidas adecuadas para “disminuir el riesgo” no siempre valen para impedirlo: el principio de precaución, si se utiliza como criterio de imputación, se convierte en funcional para incriminar comportamientos cuando ya se han verificado, en

contraste con los principios de materialidad y responsabilidad personal, en cuanto se le atribuye al sujeto un suceso *fortuito* (además de con los principios de presunción de inocencia, defensa, *nemo tenetur se detegere*).

7. En la *pars costruens* de la obra, se sugiere la recuperación total de la justa dimensión subjetiva de la imprudencia, reconstruida en términos de *voluntad carente, inadecuada, desordenada respecto a las expectativas normativamente tuteladas en vista de la protección de la relación jurídica inter-subjetiva*.

La perspectiva, por tanto, es la de un examen ontológico sobre la naturaleza real de la imprudencia como *vicio de la voluntad*.

A la pérdida objetiva de control sobre factores de riesgo – conocida también en el pensamiento clásico, en la forma de la *akrasia* aristotélica (incontinencia) – siempre se debe unir *una debilidad, o bien, un desorden de la voluntad*, sobre el presupuesto imprescindible del libre arbitrio, de manera manifieste una *indiferencia* por el bien de los demás.

Concebida de esta manera, la imprudencia aflora como desorden e “incongruidad proyectual” de la persona agente respecto al bien de la relación, como vicio del poder, si bien sobre la base normativa de la violación del deber.

Se trata de la *sollicitudo* o *debita diligentia* del pensamiento tomista (v. S. Tomás, STh II-II q 64 a 8c), como obligación de observar toda obligación de cuidado requerido por las circunstancias por la regla áurea para evitar causar perjuicios a otros como efecto colateral de elecciones que podrían ser, en caso contrario, razonables.

El concepto de voluntad, asumido como cardinal en la reconstrucción ontológica de la imprudencia, remite a la distinción- ya aristotélica- entre lo que es *voluntario* – es decir, lo que depende del sujeto porque encuentra en él la causa- y lo que es *intencional* en el sentido de actuación de una deliberación.

Pero para encontrar en el agente la misma causa, el principio de fundación del acto voluntario presupone el conocimiento previo de la realidad, la irrenunciable *raíz cognoscitiva*, que CIVELLO, siguiendo la tradición del pensamiento clásico, considera el verdadero fulcro de la acción. No, por tanto, el conocimiento de cualquier norma de cuidado hipotizable, sino de las “circunstancias concretas en las que se actúa la acción”. Y al agente también le vienen reconducidas causalmente (en el sentido dicho) los actos reflejos, instintivos, automáticos y habituales, aunque carezcan de un sustrato psicológico actual, con tal de que estén soportados por la voluntariedad. Esta última hay que entenderla como un *quid* no reducible a la mera *suitas*, en cuanto está relacionado con base de conocimiento del que dispone el agente.

Imprudencia como *desorden personal del querer*, cuya raíz no es psicológica, sino de conocimiento (y por tanto teórica).

El modelo de imprudencia fundamentado de este modo aparece totalmente incompatible con la institución post-moderna de la “imprudencia eventual”, en la que el resulta-

do no es voluntario, debiéndose reconducir a una ignorancia que no tiene nada que ver con el sujeto, ni con las circunstancias que él conoce o podría conocer (ajena respecto a la “*diánoia* consustancial al sujeto”) sino que, en su caso, se vincula con la *extensión virtualmente infinita de aquellas circunstancias que el agente “no podía excluir”*, por tanto con un dato apofático, indefinido *ex ante*: aristotélicamente leíble como una especie de “vicio no voluntario” deforme, de responsabilidad sin culpabilidad.

Pero el nexo entre conocimiento y acción es imprescindible para que se pueda hablar de reproche. Claramente no se puede considerar que el agente haya manifestado desprecio (dolo) o indiferencia (imprudencia) por el bien protegido, si ni siquiera ha podido “imaginar la puesta en peligro y, por tanto, no era capaz de evitar la lesión”.

8. La crítica a las consecuencias negativas originadas por el hiper-normativismo, de las que parte la lectura ontológica de la imprudencia no cae en el exceso opuesto. El Autor reconoce que, en todo caso, es irrenunciable la dimensión normativa del deber de cuidado, baluarte contra el *psicologismo*, así como contra los resultados intuicionistas e irracionales de la responsabilidad de *tipo de autor*.

Pero según el Autor, la imprudencia normativa es un mero punto de arranque: la violación del deber de cuidado no es más que una *species* del *genus* “negligencia” – mucho más fecunda semánticamente del mero desplazamiento de un estándar preventivo-concepto que se tiene que entender en su verdadero significado como “*voluntad culpable en cuanto defectiva, desordenada, no extendida suficientemente al bien y no adecuada al ser del hombre y de las cosas*”. Además, asume mucho más significado la idea de la resocialización de quien no esté simplemente alejado de un deber de cuidado estándar, sino que haya manifestado claramente un defecto de la voluntad que manifiesta querer colmar..

En definitiva, la concepción ontológica-normativa no reniega de la dimensión deontológica de la imprudencia, sino que la sobrepasa dialécticamente, recuperando el imprescindible nexo realista con el conocimiento, como fundamento de la voluntad, y por tanto, de la acción. Basándose en la superación de la supuesta fractura entre *Sein* y *Sollen*, herencia del kantismo, tal concepción adopta, en cambio, el principio opuesto, siguiendo directamente a Josef Pieper, de la “información del deber por parte del ser”, este último comprensivo de la realidad tanto del sujeto como del objeto (con una separación definitiva de la dualidad cartesiana o generalmente nominalista, entre *res cogitans* y *res extensa*, así como de la dicotomía moderna entre ser y deber ser, entre razón y razón práctica, buscando una soldadura entre dimensión volitiva y veritativa de la imprudencia).

9. La imprudencia como “*incongruencia* del actuar respecto al reconocimiento de la *relacionalidad*” en cuanto vicio o desorden del querer, o bien defectividad intrínsecamente antropológica y, además, orientada a limitar la punibilidad, lleva a cabo, pues, una función eminentemente garantista, confirmada, por otra parte, por la total adherencia-diferencia de los modelos criticados- a los principios constitucionales de legalidad, personalidad, materialidad, ofensividad, reeducación, etc.

10. Imprudencia de riesgo o hiper-normativa del derecho penal post-moderno e nominalista (*culpa nominalis*) versus imprudencia ontológica como vicio de la voluntad (*culpa universalis*).

La perspectiva seguida por el libro es, por tanto, la de redescubrir un modelo de imprudencia ética o natural, que sea el sustrato de la imprudencia jurídica (y que presupone necesariamente la *libertad del querer*): dos momentos que se tienen que distinguir, en cuanto el primero hace referencia al acto posterior, el segundo al significado social de la conducta.

La obra objeto de análisis representa no solo una contribución importante en la perspectiva de poner freno a distorsiones o, incluso, orientaciones desviadas de nuestra jurisprudencia, sino también indica vías de análisis en buena parte aún no exploradas y métodos que podrían utilizarse de manera útil en el estudio de otras instituciones sujetas a una curvatura objetiva análoga, en sentido funcional.

La solución se obtiene desde una óptica realista- por tanto anti-nominalista- de “conjugación *derecho y realidad*” (y de “*servir subsidiariamente a la persona humana*”).

De hecho, se tiene que observar que, a pesar de un perjuicio bastante difundido y superficial, está apareciendo en la actualidad *un renovado realismo de vanguardia*. Más allá del ámbito de la ciencia jurídica, la onda creciente del variado movimiento del nuevo realismo ontológico (Ferraris, Severino, Hilary Putnam, Markus Gabriel) denuncia desde hace ya tiempo sin temor, las implicaciones “deshumanas” del post-modernismo y de la revolución (en realidad anti-) copernicana operada por el relativismo: desde la instrumentalización mediática del espacio público en función del control social, hasta la construcción de paradigmas tan teóricos como fraseológicos, fácilmente manipulables para objetivos hegemónicos análogos, a la sustitución del real con el “realismo”), etc.

Mientras los juristas más sensibles a instancias garantistas, a menudo cegados por las construcciones conceptuales connotadas por la más absoluta desconexión con la realidad (y a veces frágiles frente a las adulaciones de la jurisprudencia que las aplica, en aparente respeto a los trabajos de la doctrina académica), parecen hoy en día reticentes a tomar en consideración las potencialidades abiertas de una dogmática de tipo realista de “pensamiento fuerte”.

En este sentido, el libro de CIVELLO abre perspectivas verdaderamente iconoclastas que, aun manteniéndose en la línea de los principios constitucionales, se muestran idóneas para desmontar pésimas concreciones interpretativas depositadas desde hace ya tiempo.



Agosto, 2013. Depósito Legal N°. 362.522 / 13
www.tradinco.com.uy