



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

La migración y sus matices

DOCTRINA

BUGALLO, Beatriz

Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la Propiedad Intelectual

TORRES GUGELMEIER, Evangelina; DOMÍNGUEZ, Alejandra

Breve repaso: la legítima defensa en nuestro ordenamiento actual y su utilización como fundamento de la oposición a la formalización

MARTINEZ MARURI, Elisa

El obtentor vegetal y el productor: una aproximación desde un punto de vista práctico

VILASECA, Lucía;

OLLERO, Melanie

¿Protección efectiva de los inversores o tan solo aparente? Denuncia de los estados parte y sus consecuencias

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DE LA FUENTE, Juan Ángel

El notariado 3.0

LORENZO, María Josefina; NESSAR DE LENOBLE, Silvana; FISCHER, Gustavo

Derecho Administrativo y tecnología: el teletrabajo en la función pública en el Uruguay

JURISPRUDENCIA COMENTADA

RIVADAVIA, Nicolás

Intimación al reintegro de un trabajador efectuada vía whatsapp

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados

TESINAS DE MASTERS

PIGNATTA SÁNCHEZ, Ismael

Los casinos en el Uruguay

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA NELL, Ciro;

CÁNEPA SALABERRY, Martín;

LEAMAN DOMÍNGUEZ, Alec John

Sociedad de hecho:

¿emprender o fracasar?

COLLAZO OLANO, Delfina

La efectividad y materialidad del derecho a la educación a la luz del caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

PROPIEDAD HORIZONTAL

de Elías Mantero Mauri,

Aparicio Howard y Alfredo Frigerio.

Por Miguel Casanova



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

La migración y sus matices

DOCTRINA

BUGALLO, Beatriz

Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la Propiedad Intelectual

TORRES GUGELMEIER, Evangelina; DOMÍNGUEZ, Alejandra

Breve repaso: la legítima defensa en nuestro ordenamiento actual y su utilización como fundamento de la oposición a la formalización

MARTINEZ MARURI, Elisa

El obtentor vegetal y el productor: una aproximación desde un punto de vista práctico

VILASECA, Lucía;

OLLERO, Melanie

¿Protección efectiva de los inversores o tan solo aparente? Denuncia de los estados parte y sus consecuencias

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DE LA FUENTE, Juan Ángel

El notariado 3.0

LORENZO, María Josefina; NESSAR DE LENOBLE, Silvana; FISCHER, Gustavo

Derecho Administrativo y tecnología: el teletrabajo en la función pública en el Uruguay

JURISPRUDENCIA COMENTADA

RIVADAVIA, Nicolás

Intimación al reintegro de un trabajador efectuada vía whatsapp

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados

TESINAS DE MASTERS

PIGNATTA SÁNCHEZ, Ismael

Los casinos en el Uruguay

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA NELL, Ciro; CÁNEPA SALABERRY, Martín; LEAMAN DOMÍNGUEZ, Alec John

Sociedad de hecho:
¿emprender o fracasar?

COLLAZO OLANO, Delfina

La efectividad y materialidad del derecho a la educación a la luz del caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

PROPIEDAD HORIZONTAL
de Elías Mantero Mauri,
Aparicio Howard y Alfredo Frigerio.
Por Miguel Casanova



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

La migración y sus matices

DOCTRINA

BUGALLO, Beatriz

Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la Propiedad Intelectual13

TORRES GUGELMEIER, Evangelina; DOMÍNGUEZ, Alejandra

Breve repaso: la legítima defensa en nuestro ordenamiento actual y su utilización como fundamento de la oposición a la formalización55

MARTINEZ MARURI, Elisa

El obtentor vegetal y el productor: una aproximación desde un punto de vista práctico73

VILASECA, Lucía;

OLLERO, Melanie

¿Protección efectiva de los inversores o tan solo aparente? Denuncia de los estados parte y sus consecuencias85

CONFERENCIAS Y

CLASES MAGISTRALES

DE LA FUENTE, Juan Ángel

El notariado 3.0101

LORENZO, María Josefina;

NESSAR DE LENOBLE, Silvana;

FISCHER, Gustavo

Derecho Administrativo y tecnología: el teletrabajo en la función pública en el Uruguay107

JURISPRUDENCIA COMENTADA

RIVADAVIA, Nicolás

Intimación al reintegro de un trabajador efectuada vía whatsapp125

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrado135

TESINAS DE MASTERS

PIGNATTA SÁNCHEZ, Ismael

Los casinos en el Uruguay163

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA NELL, Ciro;

CÁNEPA SALABERRY, Martín; LEAMAN DOMÍNGUEZ, Alec John

Sociedad de hecho:
¿emprender o fracasar?221

COLLAZO OLANO, Delfina

La efectividad y materialidad del derecho a la educación a la luz del caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador247

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

PROPIEDAD HORIZONTAL

de Elías Mantero Mauri,
Aparicio Howard y Alfredo Frigerio.
Por Miguel Casanova

MENSAJE DEL DECANO

La migración y sus matices

Migration and its nuances

A migração e as suas nuances

Uno de los aspectos más difíciles en la tarea de cualquier persona que se propone estudiar o investigar es aprender a discernir. El diccionario de la Real Academia Española define el acto del discernimiento como *Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas*. Podríamos agregar que discernir es filtrar o clasificar para diferenciar unos aspectos de otros y para que un término o palabra cualquiera no sea empleada de múltiples formas, lo que podría llevar a confusión o error.

En la actualidad, el fenómeno migratorio nos interpela cada vez más y nos insta a poder discernir los distintos tipos de migración que pueden encontrarse en nuestro globalizado planeta. Por eso me ha parecido interesante ocuparnos un poco de este desafiante tema.

Comencemos por una noticia real, que ya tiene unos años, y que fue incluida en un libro de José Ramón Ayllón hace ya más de diez años: *“Rotterdam. – Doscientas personas contemplaron, curiosas pero impasibles, cómo una niña marroquí de 9 años se ahogaba después de que volcara su barquichuela de goma. El video del drama, filmado por un aficionado, ha sido proyectado en la televisión nacional y ha producido escándalo en todo el país. La niña, que no sabía nadar, gritó desesperadamente pidiendo socorro mientras luchaba por mantenerse a flote. Los bañistas, incluyendo algunos jóvenes, se limitaron a observar cómo iba desapareciendo debajo del agua, en el lago de Barendrecht. La policía y la justicia están investigando el video para ver si procede acusar a los presentes por violación del artículo 446 del código penal, que castiga a quienes se niegan a socorrer a las personas en peligro. Los mirones también se negaron a ayudar cuando los bomberos pidieron voluntarios para buscar el cadáver de la niña debajo del agua”*. (Europe Today, Bruselas, 30 de agosto de 1993.) (1)



Revista de **DERECHO**

DIRECTOR

Santiago Pérez del Castillo

DIRECTOR FUNDADOR

Carlos E. Delpiazzo

SUB DIRECTOR Y REDACTOR

RESPONSABLE

Miguel Casanova

CONSEJO EDITORIAL

Carlos de Cores,

Alberto Faget Prati

Jorge Fernandez Reyes

Mercedes Jiménez de Aréchaga

Pedro Montano Gómez

Beatriz Bugallo

Miguel Casanova

Juan Manuel Gutiérrez

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia Veloso

Sofía Maruri

CONSEJO ASESOR Y CONSULTOR

David Aronofsky

University of Montana, EEUU

Joseph Daly

Mitchell Hamline University, EEUU

Juan Cianciardo

Universidad de Navarra, España

Eduardo Valpuesta Gastaminza

Universidad de Navarra, España

A más de un lector se le puede haber helado la sangre una vez terminada la lectura de esta información. Pero lo importante ahora es tratar de explicar, de interpretar esta información, no para justificarla, lo que sería inhumano e indignante, sino para encuadrarla dentro de lo que pretendemos interpretar como el fenómeno migratorio. Muchas veces, una vez leído este texto, le he preguntado a diferentes auditorios dos cosas: a) ¿Cómo es posible que 200 personas a la orilla de un lago reaccionaran todas de la misma forma, es decir, con pasividad e indiferencia? b) ¿Creen que, si la niña hubiera sido rubia y de tez blanca, la reacción del público presente hubiese sido la misma? A la primera pregunta, una amplia mayoría siempre ha respondido, con argumentos similares a éste: la vieron como una extranjera; no perteneciente a su círculo; una posible inmigrante ilegal; una potencial competidora laboral desleal que poco a poco destruirá las fuentes de trabajo de su comunidad; una “diferente” en todos los sentidos del término. A la segunda pregunta, casi por unanimidad la respuesta siempre fue negativa: alguien del público habría reaccionado de manera distinta, tratando de ayudar a la niña en peligro.

Han pasado casi treinta años de esta terrible noticia y los fenómenos migratorios no sólo se han extendido, se han complejizado. Ya no resulta sencillo referirse a la migración como un solo problema, pues han ido surgiendo nuevos tipos de migración que dificultan la definición de la misma, así como la manera en que cada una de ellas puede ser encarada. De ahí el intento de discernir entre unas y otras manifestaciones de las corrientes migratorias para procurar ordenar un poco mejor las cosas.

- a) Un primer fenómeno migratorio podríamos designarlo como **abierto, voluntario, pacífico y permeable**. Los mejores ejemplos de este primer grupo, con alta probabilidad, serían los antepasados de muchos lectores de este trabajo. Es decir, los migrantes que llegaron a nuestro país procedentes de otras regiones del mundo, buscando nuevas oportunidades de trabajo o de inversión, o quizás también escapando de diversas situaciones difíciles, dolorosas, violentas. Sea como fuere el caso, siempre su llegada fue voluntaria y libre, meditada previamente, aunque en algunos casos el factor casualidad o suerte también puede haber intervenido; es el caso de personas que tenían previsto llegar a otros destinos, y por hacer escala en nuestro puerto, decidieron quedarse por un tiempo coyuntural que terminó siendo permanente. Una vez radicados en tal o cual ciudad, su arraigo fue paulatino pero firme, pacífico y permeable; es decir, se adaptaron a la cultura receptora, sin por ello perder algunas características de su propia cultura. Más allá de ir configurando a veces un barrio específico, como sería el caso de Chinatown o Little Italy en Nueva York, las comunidades migrantes se adaptaron a las características del país receptor, adquirieron algunos de sus hábitos y costumbres, aprendieron un nuevo idioma, aceptaron comer algunos de sus alimentos más característicos, se insertaron en el mercado laboral y enviaron a sus hijos a las nuevas escuelas, por simplemente citar algunos de los ejemplos más típicos de lo que puede entenderse como una migración abierta, voluntaria, pacífica y permeable. Es importante recalcar esto último, pues la permeabilidad a la que me refiero, supone un ida y vuelta, un intercambio recíproco, en el que el grupo de migrantes, sin perjuicio de haber aceptado e incorporado las peculiaridades mencionadas antes, no por ello dejó de conservar y seguir cultivando muchos aspectos que trajeron de su propia

cultura y de sus propias raíces, como ser su idioma originario, que igual procuran seguir practicando, así como su religión y espiritualidad, su arte, su música, sus comidas tradicionales y muchas veces hasta su forma de vestir. Y no sólo esto, sino que a medida que transcurrió el tiempo, ellos también han podido transmitir e impregnar a la cultura receptora con algunos rasgos y elementos de su propia cultura, todo ello en forma paulatina y pacífica. Así ocurrió en países como el nuestro, donde muchos de nuestros antepasados son italianos, españoles, judíos, británicos, franceses o vascos. Basta ver los ascendentes y parientes de muchos de los mejores jóvenes tenistas profesionales del mundo, para comprobar cómo este primer tipo de migrantes han dejado huella en tantas partes del mundo. (2)

El resultado de este primer fenómeno migratorio – a mi entender – ha sido siempre altamente enriquecedor y positivo tanto para los migrantes como para los países receptores. En expresiones del Papa Francisco según su última Encíclica, sería el típico desenlace de la “cultura del encuentro” que tan necesaria es y tanto bien le puede hacer a los seres humanos, que pueden verse como prójimos, cercanos, hermanados en búsquedas e intereses comunes y complementarios. (3) En otros términos, estas migraciones han sido uno de los factores clave para la construcción más sólida, universal y extendida del bien común de muchas sociedades.

- b) Veamos un segundo tipo de migración. Lo podemos llamar **cerrada, involuntaria, pacífica e impermeable**. Es involuntaria la migración, pues es el resultado de graves conflictos, crisis sociales o económicas, guerras civiles, choques tribales, persecuciones implacables civiles, militares o políticas, etc, en los países de origen. Los migrantes huyen y buscan refugio como sea y donde sea, pero al ser su traslado el resultado de algo no querido originariamente, no pretenden abrirse al lugar, país o región receptora, sino permanecer lo menos posible, sin radicarse definitivamente, con ánimo de retornar al lugar de origen lo antes posible. Podría designarse como una migración “**enquistada**”, pues no pretende recibir nada de la cultura receptora como tampoco apunta a entregar o intercambiar nada con esa misma cultura. Eso sí, es pacífica, no realiza ninguna manifestación de violencia, ni física ni verbalmente; quizás lo máximo que pueda verse a veces en este tipo de migración enquistada, es indiferencia y aislamiento: ningún interés por conocer y aprender algo del nuevo lugar y cultura que la recibe. Solamente preservar todo lo suyo sin compartirlo con nadie de afuera. Y siempre con el anhelo del retorno, con la nostalgia perenne de lo perdido que se quiere recuperar en cuanto sea posible. De integración, cooperación conjunta, asimilaciones e intercambios recíprocos, poco y nada. Todo lo extraño o extranjero le resbala, protegida por el impermeable que la refugia en el sentimiento de “no pertenecer”, ni pretender hacerlo más adelante. Un típico ejemplo de este tipo de migración sería el caso de alguno (no todos) de los refugiados que llegaron a nuestro país luego de estar en cautiverio en la infame prisión de Guantánamo. Algunos recordarán la actitud rebelde y no adaptable de uno de ellos, quien hizo huelga de hambre y terminó emigrando a otras tierras.

Lo significativo de este fenómeno migratorio es que es visible, detectable, pues no oculta ni disimula en nada su postura aislacionista. Seguirá vistiendo como

siempre lo ha hecho, procurará enviar a sus hijos a las nuevas escuelas y liceos con los mismos símbolos y ropajes que por tradición han usado, mantendrá incambiados todos sus hábitos de alimentación y cultivará sus ritos religiosos con el mismo celo, rigor y exterioridad que lo hiciera antes de migrar.

Las mayores dificultades y rispideces que habitualmente se generan con este segundo grupo surgen a) cuando comienzan a competir en el mercado laboral, aceptando trabajos con remuneraciones mucho más bajas que las que hasta el momento eran ejercidos por los integrantes de las comunidades locales receptoras, y b) cuando no consienten en adaptarse a las exigencias o costumbres de esas comunidades en materia de servicios educativos o sistemas de salud. Esto lo han experimentado con fuerza y dramatismo países como Francia o Italia en las últimas décadas.

- c) Pese a todo, y sin perjuicio de los problemas mencionados, hay un tercer tipo de fenómeno migratorio que, en mi opinión es al que hay que prestar mayor atención. Me refiero a lo que designo como “**migración camaleónica**” pues es **pseudo-abierta, voluntaria, pseudo pacífica, y supuestamente permeable**. El ejemplo más contundente y reciente de este tipo de migración pudo verse luego de los atentados de 11 de setiembre de 2001. A muchos países y regiones se les encendieron luces de alerta cuando constataron que quienes cometieron los atentados contra las torres gemelas, el pentágono y contra un cuarto y fallido objetivo que pudo ser la Casa Blanca o el Congreso de Washington, fueron personas que durante meses se dispersaron por diversos Estados de Norteamérica, se integraron paulatinamente a la cultura estadounidense. Con inteligencia, paciencia y astucia se colocaron gorras de béisbol, tomaron cerveza con o sin alcohol, usaron remeras típicamente “yanquis”, cumplieron con todo lo que formalmente se les pedía, mientras que, sin apuro ni distracciones, fueron elaborando el plan para castigar y destruir a esa misma cultura que los había acogido. Ciertamente, habían existido casos anteriores al de 9/11, muchos trágicos y de resonancia internacional, pero sin dudas fue este el momento clave para hablar de un antes y un después en materia de seguridad nacional e internacional; de restricciones a la libertad de circulación en pos de mayor seguridad; de aumento en la invasión de la privacidad individual y conculcación de otros derechos fundamentales del ser humano (vg. El Patriot Act). También hubo un resurgimiento de la desconfianza entre las personas y un exacerbamiento del sentido de nacionalismos, que durante décadas había quedado adormecido por el auge de la tecnología y la rapidez de la comunicación global. Nos habíamos acercado, pero hechos como este acto de terror, distanciaron a muchos, tornándonos más inseguros y desconfiados. Así como en la década de los años 60, ciento de miles de personas tanto en los EEUU como en el resto del mundo recordaban exactamente dónde estaban y qué hacían el día que mataron a John F. Kennedy, a Martin Luther King o a Robert Kennedy, esa misma sensación de impacto y registro indeleble quedó en la mente, memoria y sentimientos de incontables personas en todo el planeta cuando las torres fueron atacadas y se derrumbaron.

(En mi opinión, quienes planificaron y cometieron ese atentado contaban con la reacción que tuvo el gobierno del Presidente Bush. No fue algo hecho al azar y con absoluto

desconocimiento de lo que podría venir después. Sería menospreciar la inteligencia y visión de los terroristas y burlarse de su capacidad para buscar sus objetivos de mediano y largo alcance, creer que luego del atentado, los sucesos no se iban a dar como ellos preveían. Pero esto da para otras reflexiones.)

Todo ello viene a cuento para ilustrar un poco mejor este tipo de migración camaleónica que puede pasarse meses o años oculta, sin hacer nada que llame la atención, disfrazada con ropajes locales y fingiendo tener la cultura y mentalidad del país o ciudad receptora, cuando en realidad está aguardando el momento y lugar oportuno para darle una fuerte e histórica bofetada letal a quien la acogió.

Por supuesto, setiembre 2001 no fue el último suceso trágico; baste recordar lo ocurrido en Boston, en Madrid, Paris, Londres, Buenos Aires o Atenas para comprobar la dispersión y magnitud del horror de estos hechos que se disfrazan bajo el rótulo de acciones militarizadas por motivos políticos o religiosos.

Lo más significativo y peligroso de esta tercera forma de migración, es que no precisa ser multitudinaria. Alcanza con un pequeño grupo de fanáticos dispuestos a ingresar y dispersarse por tiempo indeterminado en un territorio para cuando llegue el momento, cometer actos barbáricos y destructivos. No me parece adecuado llamarlos fundamentalistas, pues si hay algo que no son es eso; pues lo que apuntan a demoler y devastar es precisamente los fundamentos y cimientos espirituales, religiosos, éticos, económicos, sociales y culturales de una sociedad que consideran maligna, enemiga y diferente.

Su objetivo no es la cooperación, la complementación, la construcción de poliedros con diversas y enriquecedoras caras, al decir del Papa Francisco en su última Encíclica. Su finalidad es aniquilar, extirpar, arrasar y extinguir las formas de pensar y de vivir que no sean las suyas propias.

Por eso estas reflexiones. Para comprender un poco más y discernir qué tipo de migración y qué forma de coexistencia nos debe interpelar para ser más abiertos, generosos y dispuestos al encuentro fraterno y amistoso, y con cuál nos debemos manejar con mayor cautela y prudencia. No todos los que nos abrazan y sonríen son nuestros amigos y nuestros hermanos. Ni siquiera con los coterráneos debemos ser ingenuos, pues los fenómenos migratorios a veces pueden ser mucho menos peligrosos que algunos fenómenos de convivencia y des-armonía interna. Conviene siempre recordar la recomendación de ser humildes y buenos como palomas, pero también astutos e ingeniosos como serpientes. La actitud y el gesto del Padre Myriel en *Los Miserables* de Victor Hugo es propia de un santo, pero no se la podemos pedir a todos o a cualquiera. (4)

Una cosa es tender puentes de encuentro, de fraternidad y amistad; una construcción social para un mayor y mejor bien común. Otra muy diferente es cerrar los ojos, abrir los brazos y caer en la candidez inexperta de los que imprudentemente se dejan destruir.

Nicolás Etcheverry Estrázulas¹

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7210-4090>

(1) Ética. José Ramón Ayllon/Aurelio Fernández. Editorial Casals, 1997. Pag.100

(2) (El semanario Galería, en su N° 1.030 del 5-11-20 pags 26-30 presenta la nueva generación de tenistas y entre ellos figuran Álex de Miñaur, nacido en Sidney, Australia, de padre uruguayo y madre española; Denis Shapalov, nacido en Tel Aviv, con padres de ascendencia rusa y radicado en Canadá; Stéfanos Tsitsipas, nacido en Atenas de padre griego y madre rusa; Sofia Kenin, de origen y padres rusos pero radicada en EEUU; Alexander Zverev, nacido en Alemania de padres rusos; Bianca Andreescu, nacida en Canadá de padres rumanos; Félix Auger-Aliassime nacido en Canadá de padres que emigraron desde Togo o Naomi Osaka nacida en Japón de padre haitiano y madre japonesa.)

(3) Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la fraternidad y amistad social, puntos 215-216, 218, 220-221.

(4) Versión resumida y adaptada del autor de este artículo: Al comienzo de la obra, Jean Valjean, su personaje principal, luego de 19 años de prisión es liberado y solicita comida y pasar la noche en la casa del Obispo de Digne, Mons. Myriel. Ante la presencia de este forastero caminante, mal rapado, sucio y vestido con harapos, el sacerdote le pide a su ama de llaves que tienda sábanas limpias en una cama, ponga un plato más en la mesa y saque a relucir la vajilla y los candelabros de plata que provenían de su familia. Impresionado y desconcertado por el trato recibido, Valjean pernocta en esa casa y muy de madrugada se va, robándose en una bolsa toda la vajilla. Es descubierto y apresado por tres gendarmes en un bosque cercano al pueblo y reconducido a la casa de Mons. Myriel para verificar si lo que sostiene Valjean, que la vajilla es suya, es cierto. Una vez puestos frente a frente el ladrón y el sacerdote robado, Myriel reafirma la versión de Valjean: los cubiertos son suyos porque él se los había regalado y, por si fuera poco, le entrega los dos candelabros de plata, afirmando que Valjean se los había olvidado al partir esa mañana. Una vez resuelto el incidente y liberado Valjean por los policías, cuando de nuevo quedan a solas el cura y el expresidiario, Myriel le comenta a Valjean *“Tenga en cuenta una cosa, lo que acabo de hacer con usted no es simplemente re-comprarle su libertad, lo que hice fue re-comprarle su alma. A partir de ahora, debe pertenecerle al bien”*.



DOCTRINA

BUGALLO, Beatriz

Creaciones gastronómicas y su protección legal, con especial referencia a la Propiedad Intelectual.

TORRES GUGELMEIER, Evangelina; DOMÍNGUEZ, Alejandra

Breve repaso: la legítima defensa en nuestro ordenamiento actual y su utilización como fundamento de la oposición a la formalización

MARTINEZ MARURI, Elisa

El obtentor vegetal y el productor: una aproximación desde un punto de vista práctico

VILASECA, Lucía;

OLLERO, Melanie

¿Protección efectiva de los inversores o tan solo aparente?

Denuncia de los estados parte y sus consecuencias

CREACIONES GASTRONÓMICAS Y SU PROTECCIÓN LEGAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

GASTRONOMIC CREATIONS AND THEIR LEGAL PROTECTION, SPECIALLY REFERRED TO INTELLECTUAL PROPERTY

CRIAÇÕES GASTRONÔMICAS E SUA PROTEÇÃO LEGAL, COM ESPECIAL REFERÊNCIA À PROPRIEDADE INTELECTUAL

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO¹

*RECIBIDO: 9/10/2020
ACEPTADO: 20/10/2020*

RESUMEN: La Gastronomía es una actividad económica, que refleja el desarrollo cultural de los pueblos a lo largo de la Historia. Las creaciones innovadoras (recetas, platos de comida, aparatos...), tanto en lo tecnológico como en productos y servicios en dicha materia, marcan la dinámica del mercado. La regulación legal en materia de Propiedad Intelectual hoy determina posibilidades de mercado y de desarrollo individual de muchas empresas. Hay también creaciones del dominio público gastronómico que es imposible monopolizar, pertenecen a la sociedad. Hay regímenes legales que, desde la visión cultural reglamentan estos temas y permiten mantener la calidad y el acceso, redundando en desarrollo de comunidades locales.

PALABRAS CLAVE: Gastronomía, Propiedad Intelectual, innovación, protección legal

ABSTRACT: Gastronomy is an economic activity that reflects the cultural development of peoples throughout History. Innovative creations (recipes, food dishes, applian-

¹ Profesora de Principios de Derecho Comercial y de Contratación en bienes muebles en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7920-3112>. bbugallo@correo.um.edu.uy

ces ...), both in technology and in products and services in this area, mark the dynamics of the market. The legal regulation on Intellectual Property today determines market possibilities and individual development of many companies. There are also creations of the gastronomic public domain that it is impossible to monopolize, they belong to society. There are legal regimes that, from the cultural perspective, regulate these issues and allow maintaining quality and access, resulting in the development of local communities.

KEY WORDS: Gastronomy, Intellectual Property, innovation, legal protection

RESUMO: A Gastronomia é uma atividade econômica, que reflete o desenvolvimento cultural dos povos ao longo da História. As criações inovadoras (receitas, pratos de comida, aparelhos...), tanto no aspecto tecnológico como em produtos e serviços, nesta área, marcam a dinâmica do mercado. A regulamentação legal em matéria de Propriedade Intelectual hoje determina possibilidades de mercado e de desenvolvimento individual de muitas empresas. Há também criações do domínio público gastronômico que é impossível monopolizar, pertencem à sociedade. Existem regimes jurídicos que, do ponto de vista cultural, regulam essas questões e permitem manter a qualidade e o acesso, resultando no desenvolvimento de comunidades locais.

PALAVRAS - CHAVE: Gastronomia, Propriedade Intelectual, inovação, proteção legal

1. Introducción

“*Más contribuye a la felicidad del género humano la invención de una vianda nueva, que el descubrimiento de un astro*”, enseñó Jean Anthelme Brillat-Savarin (1755 – 1826), abogado francés, en el aforismo IX de la obra por la cual se lo reconoce mundialmente: “*Fisiología del Gusto*”². Más allá de las imperfecciones terminológicas que al día de hoy se pueden apreciar en la frase, el paso de los siglos demostró que sigue siendo una gran verdad. Al punto que hoy, el desarrollo de las actividades económicas relacionadas con la cocina y la comida es tan importante, que las reflexiones se enfocan en determinar quién es titular de derechos sobre las “*viandas nuevas*”, las de hoy, que siguen generando felicidad como en tiempos de Savarin.

La cocina y sus creaciones culinarias acompañan a la Humanidad desde miles de años atrás y la regulación jurídica acompaña esta actividad humana, como a todas. El dato histórico más remoto sobre protección legal de las creaciones culinarias nos remonta a la colonia griega de Síbaris (ubicada en el golfo de Tarento, actualmente Italia)³ y al siglo III A.C.⁴: su gobierno había aprobado una ley que establecía que al cocinero que

2 BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme, “*Fisiología del gusto*”, Ed. Óptima, Barcelona, 2001, pág. 20. “*La découverte d’un mets nouveau fait plus pour le bonheur du genre humain que la découverte d’une étoile*”, son las palabras exactas de la edición original, que con el título “*Physiologie du goût, ou Méditations de gastronomie transcendante*”, puede consultarse en Gallica, <https://gallica.bnf.fr/vto.27/setiembre/2020>

3 Más información sobre la ciudad de Síbaris se puede obtener en este link: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/sibaris-ciudad-lujo_7377/6, vto. 25/setiembre/2020.

4 Esta referencia histórica se atribuye por varios autores a los escritos de Ateneo de Naukratis o Naucratis, recogida seiscientos años más tarde, en el siglo III DC. Este intelectual es el autor de los treinta tomos (quince legados documentalmente) del llamado “*Banquete de los Sabios*” o “*Banquete de los Eruditos*”, una de las obras más célebres de la Historia por la distinta temática que tratan los filósofos y demás sabios que aparecen como invitados hablando sobre la cultura y

“inventara” un nuevo plato especialmente sabroso se le concedía el derecho exclusivo de elaboración durante un año⁵.

El comer y las comidas, esa necesidad – placer, tienen pluralidad de manifestaciones materiales y significados sociales. Según qué tipo de comida se consume se manifiesta ostentación, sencillez, ignorancia, elegancia, un objetivo de nutrición, curación, incluso desórdenes psicológicos. Las manifestaciones culturales a lo largo de la Historia, sumadas hoy al desarrollo económico y social, determinan que sea una actividad económica de primer nivel. En las distintas facetas o aproximaciones desde las que se analice la temática, queda en evidencia una actividad que mueve cuantiosas sumas en todo el mundo y que, por el grado de competencia e innovación, se desarrolla a través de desafiantes creaciones intelectuales. Tales creaciones son en muchos casos merecedoras de protección por los diversos institutos de la Propiedad Intelectual, como cualquier otra expresión intelectual. Además, se sustentan empresas y personalidades en las estrategias y desarrollos de creaciones gastronómicas protegidas por la Propiedad Intelectual⁶.

Precisamente, ese es el núcleo de estudio del presente trabajo: cuáles de las creaciones intelectuales que tienen lugar en el mundo de la actividad gastronómica propiamente dicha merecen protección por la Propiedad Intelectual, por cuáles de sus institutos, cuáles son las ventajas y desventajas de las distintas alternativas, haciendo referencia a cuáles han sido hasta hoy algunos de los más destacados casos⁷.

2. Gastronomía: definición, relevancia.

Las creaciones gastronómicas o culinarias son el punto de partida de este estudio. Gastronomía deriva del término griego "Gaster"⁸, que significa vientre o estómago, y está vinculada a la palabra griega "Gnomos" que significa Ley. El diccionario de la Real Academia Española, en adelante Diccionario RAE, define esta palabra mediante las siguientes acepciones: "1. f. Arte de preparar una buena comida. 2. f. Afición al buen comer. 3. f. Conjunto de los platos y usos culinarios propios de un determinado lugar.". Particularmente las acepciones 1 y 3 se ajustan a la materia de este análisis.

Se cree que el término “gastronomía” fue utilizado por primera vez en relación con la comida, por Arquéstrato de Gela, poeta del siglo IV AC en su poema “Gastronomía” o “Hedypatheia”, según explicó siglos más tarde Ateneo de Naucratis, escritor griego que

costumbres de la época. En el siguiente link se pueden encontrar textos de varias traducciones de la obra: <https://archive.org/search.php?query=The%20deipnosophists>, vto. 3/octubre/2020.

5 Muchas veces encontramos mencionado este episodio, también, cuando se trata de ubicar antecedentes remotos para las leyes de patentes.

6 Los actos de oferta o puesta en el mercado de creaciones culinarias están sujetos a la revisión de legalidad aplicando también las disposiciones que prohíben la competencia desleal, faceta que manifestaremos – ineludiblemente – pero que no integra directamente el objetivo de análisis de este trabajo.

7 Si bien el consumo gastronómico incluye tanto comidas como las bebidas, sea vino, cocktails, jugos frutales, agua mineral o cualquier otra están presentes, que acompañan y protagonizan creaciones gastronómicas, no nos ocuparemos de ese sector en este estudio.

8 De tal expresión surge la figura de la diosa Gasterea, a quien Brillat-Savarin califica como la décima musa de las Artes, dedicándole la Meditación XXX de su libro. BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme, “Fisiología del gusto”, Ed. Óptima, Barcelona, 2001, pág. 327 y ss.

vivió aproximadamente en el 300 DC⁹. Sin embargo, no tuvo un uso especialmente generalizado la palabra gastronomía hasta 1801, cuando el escritor francés Josep Berchoux (1772-1828) publicó un poema llamado “La Gastronomie ou l’homme des champs à table”^{10 11}. Brillat-Savarin, en su libro publicado en 1826, poco antes de su muerte, define a la gastronomía como “el conocimiento razonado de cuanto al hombre se refiere en todo lo que respecta a la alimentación.”¹².

La relación de la Gastronomía con diversas facetas de las Ciencias de la Cultura es notoria. Se habla de la cocina como “unidad cultural” y de “acto cultural culinario”¹³, desde la semiótica. Gastronomía e Historia están indisolublemente ligadas: la primera como reflejo social y evidencia de la segunda. La cocina también merece el análisis desde la antropología, que tiene una rama o sector de estudio llamado “antropología de la alimentación” que también analiza las complejidades de las técnicas y productos de o para la alimentación, por ser una disciplina cuyo objeto es el estudio de la cultura¹⁴.

Por otro lado, la Gastronomía se califica como arte, tanto en sentido general como en sentido estricto. Cuando se equipara a las creaciones gastronómicas o culinarias como creaciones artísticas, se las califica como arte efímero¹⁵, de condición fugaz: su destino es el consumo como mejor aprovechamiento de la creación, que apunta a disfrutarla con todos los sentidos¹⁶. En esta consideración se plantea también si las creaciones gastronó-

9 Ateneo de Naucratis transcribió numerosos versos del mencionado poema en otro muy conocido también, a su vez, titulado “Dipnosofistas”, “El convite de los sofistas” o “El banquete de los sabios”. Mencionamos ya tales detalles en nota anterior.

10 “Sobre la etimología y significado de la palabra gastronomía (del libro “Perlas gastronómicas”, Sara Castellví, 2010)”, <https://acgn.cat/sobre-la-etimologia-y-significado-de-la-palabra-gastronomia-del-libro-perlas-gastronomicas-sara-castellvi2010/>, Vto. 13/setiembre/2020.- El mencionado libro de Berchoux, poema en cuatro cantos, traducido al español, puede encontrarse a libre disposición en el siguiente link: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000207358&page=1>, vto. 27/setiembre/2020.

11 Esta obra fue traducida al español en 1820 por el escritor bilbaíno D. José de Urcullu con el título “La gastronomía o los placeres de la mesa”, se puede consultar el siguiente link: <http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/9203>, vto. 26/setiembre/2020.

12 BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme, “Fisiología del gusto”, Ed. Óptima, Barcelona, 2001, pág. 53. La Meditación XI de su libro se dedica a la Gastronomía.

13 Cid Jurado dice que “Cada acto cultural culinario es consecuencia del hecho de dotar de significado alguno de los aspectos con los cuales la transformación de alimento en comida es desarrollada por cada grupo humano.”, en un muy interesante trabajo, CID JURADO, Alfredo Tenoch, “La semiótica culinaria y el patrimonio cultural: la cocina colombiana”, en “Revista Chilena de Semiótica”, número 8 – julio de 2018, pag. 7 a 24. https://revistachilenasemiotica.cl/_files/200000131-7203372fe2/Cid%20Jurado_RCHS_8-7-24.pdf, vto. 26/setiembre/2020.

14 Aguilar Piña explica que “Desde una perspectiva antropológica, la alimentación humana debe ser comprendida como un fenómeno complejo, dado que como expresión sociocultural atraviesa a la totalidad de la actividad humana en contextos biológicos, sociales y culturales en el transcurso de su historia. Estas nociones generales de totalidad y continuidad son elementos cognitivos que deben estar presentes en las investigaciones sobre antropología de la alimentación.”, AGUILAR PIÑA, Paris, “Cultura y alimentación. aspectos fundamentales para una visión comprensiva de la alimentación humana”, en Anales de Antropología, vol 48, Issue 1, enero 2014, pág. 11-31, pág. 12

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185122514704874>, vto. 26/setiembre/2020

15 “Es así como la gastronomía puede ser considerada “arte”, ya que permite una experiencia completa de los sentidos, expresa la visión del artista y permite al espectador hacer una apreciación e interpretación de las obras, se lleva a cabo en medios culturales y sin duda es parte imprescindible de las tradiciones de los pueblos. La gastronomía es un arte efímero que se consume, pero se puede repetir y entonces ser así apreciada, conocida y atesorada.”, Lina Sarai MEJÍA LÓPEZ, Ricardo HERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia Edith MEJÍA CASTILLO, “Cocina y arte... doble significación”, en “CULINARIA Revista virtual especializada en Gastronomía”, No. 6 Julio/ Diciembre 2013, pag. 7 – 22, pág 18.

16 “Visto desde la teoría funcionalista del arte, el platillo como producto gastronómico funge como obra artística, al permitir tener contacto con él y así lograr considerarlo como un objeto que provoque dicha experiencia estética, donde el artista le confiera múltiples

micas son arte o artesanía, una distinción nada jurídica para el punto que nos interesa, que es la posibilidad de protección por las alternativas que ofrece la Propiedad Intelectual. Sean obra de arte o artesanía, la valoración se realiza en función de los requisitos legales de protección para cada caso. Si ser obra artística o artesanía no se plantea como diferencia para valorar la protección de un cuadro, ¿por qué plantearlo para una creación intelectual culinaria?

En la actividad culinaria se despliegan diversos niveles de técnicas, tanto manuales como químicas, físicas o mecánicas. Hay un “saber” de aplicación tecnológica, integrado por técnicas ancestrales, tradicionales y modernas, con todo un abanico de posible innovación tecnológica (uso de hidrógeno, cocina molecular y demás). Desde esta perspectiva también se afirma que es una ciencia.

En definitiva, la Gastronomía es un fenómeno cultural de ayer, hoy¹⁷ y siempre. Se la considera históricamente como determinante de la civilización humana¹⁸ y ha evolucionado tanto en cuanto a los alimentos en sí - objetos específicos de consumo – como a su presentación.

¿Para qué incluir toda esta introducción en un artículo de análisis jurídico? Lo hacemos para dejar claro desde el punto de partida que estamos ante un complejo conjunto de conocimientos y experiencias que se proyecta también en una gran variedad de alternativas de regulación jurídica de la Propiedad Intelectual. El interés en la tutela legal o reconocimiento de estas podrá ser privado, pero también público, por los diversos niveles de desarrollo social, económico y turístico que puede adquirir¹⁹.

3. Recetas de cocina

3.1. ¿Qué es una “receta de cocina”?

El Diccionario RAE define a la receta de cocina en su tercera acepción como “*3. f. Nota que comprende aquello de que debe componerse algo, y el modo de hacerlo. Receta de cocina.*”. El nombre «receta» proviene del latín “*recipere*” que indica por igual ‘dar’/‘recibir’. Barham califica a la receta de cocina como “*un modelo muy sencillo*”, apuntando a que “*la mayoría de los cocineros utilizan las recetas como una guía general, pero interpretan las instrucciones según el equipamiento de sus cocinas y modifican los ingredientes en función de sus gustos y*

significados que doten de sentimientos de afecto y conocimientos nuevos a los espectadores cuando estén frente al platillo. Esta obra artística gastronómica es parte de las llamadas artes efímeras, pues su condición fugaz no le permite como objeto permanecer por una gran cantidad de tiempo en condiciones idóneas, es por esto que, para apreciar la obra en su totalidad, el espectador debe degustarla no solo a través de las formas y colores sino también por su textura y la composición en sus sabores, para caracterizar las sensaciones que en él suscite el platillo, además de cubrir sus necesidades vitales de restaurar el cuerpo por medio del alimento.”, Lina Sarai MEJÍA LÓPEZ, Ricardo HERNÁNDEZ LÓPEZ, Sonia Edith MEJÍA CASTILLO, “Cocina y arte... doble significación”, en “CULINARIA Revista virtual especializada en Gastronomía”, No. 6 Julio/Diciembre 2013, pag. 7 – 22, pág 9.

17 Más allá de la alimentación para nutrir a los seres humanos hay desarrollos o tendencias diversas que reflejan momentos de la Cultura en un cierto tiempo o lugar: Fast food, Slow food, gastronomía gourmet, cocina fusión, así como Gastronomía hospitalaria, que acompaña procesos de recuperación de la salud.

18 CORDÓN, Faustino, “Cocinar hizo al hombre”, Tusquets, Barcelona, 6ta ed., 1999, fundamenta nítidamente el desarrollo de los homínidos en torno a la destreza del fuego aplicado a la comida, que determinó que se comunicaran.

19 Quiero dejar sentado que todas las consideraciones que formulamos no consisten en asesoramiento profesional, pues la casuística en cada caso es tan variada, que las conclusiones y principios que se pueden manifestar en un artículo académico deben siempre estar sujetas al análisis profesional del caso concreto.

preferencias y de la disponibilidad de los mismos en el mercado”²⁰. La receta de cocina es a la comida elaborada de acuerdo con ésta, como la particular a la obra musical.

La receta de cocina escrita puede constituir una obra literaria. Mójica Legarre, entiende por tal a la “Nota escrita con brevedad, justeza y exactitud donde se explica el modo de preparar un alimento. Formula culinaria de un plato. Instrucción que expresa el modo de hacer una cosa y/o los ingredientes de que se compone.”²¹. Hoy las nuevas tecnologías nos ofrecen las llamadas “video-recetas”, que se pueden definir como una producción audiovisual que parte de la existencia de una receta usualmente escrita, cuya lista de ingredientes muchas veces exhiben por escrito en la grabación, filmando también su ejecución. En este caso estamos ante una producción audiovisual, respecto de lo cual algún comentario realizaremos más adelante.

La escritura de recetas de cocina, por lo que significa el mundo editorial a que dan lugar los libros de recetas, determina que existan numerosos libros y páginas web que enseñan cómo escribirlas, su técnica, su estilo²². Tal escritura es o pretende ser una disciplina literaria²³, al menos hay propuestas de cursos, identificación de técnicas y abundante bibliografía (especialmente en inglés y norteamericana...) al respecto.

En el análisis de la receta como texto literario se identifican “partes”^{24 25}: a título; b ingredientes; c nombre del chef; d preparación; e sugerencia de presentación; f fotografía del plato.

3. 2. Recetas y su protección como obra literaria

Las abundantes referencias a qué es una receta, conocer cuánto se dedican diversos

20 BARHAM, Peter, “La cocina y la ciencia”, tr. Rosa María Oria Almudí, Acribia, Zaragoza, 2003, pág. 6-7.

21 MÓJICA LEGARRE, José Manuel, “Vocabulario de Cocina y Gastronomía”, https://www.academia.edu/11653900/Vocabulario_de_Cocina_y_Gastronom%C3%ADa, 6/septiembre/2020 Otra definición en línea similar, “*recipe* – A recipe is a set of instruction used for preparing and producing a certain food, dish, or drink. The purpose of a recipe is to have a precise record of the ingredients used, the amounts needed, and the way they are combined. Check out my article on What is a Recipe. Learn how to follow a recipe, and why some recipes do not work.”, en “Linda’s Culinary Dictionary – A Dictionary of Cooking, Food, and Beverage Terms”

<https://whatscookingamerica.net/Glossary/R.htm>, 6/septiembre/2020

22 La entrada de Wikipedia sobre receta de cocina toma algunos de tales libros para llegar a su definición: “Una receta culinaria, receta de cocina o simplemente receta, en gastronomía, es una descripción ordenada de un procedimiento culinario. Suele consistir primero en una lista de ingredientes necesarios, seguido de una serie de instrucciones con la cual se elabora un plato o una bebida específicos” ... (Según Wikipedia concepto de “Gloria Chadwick (2008). Copper Canyon Books, ed. *Recipe for a Cookbook: How to Write, Publish, and Promote Your Cookbook* (en inglés) (Primera edición).”). “Suele incluir en algunos casos una lista de los utensilios de cocina adecuados para su realización. Ocasionalmente incluye una descripción social, histórica que motiva la receta.” (Según Wikipedia concepto de “Janet Floyd (2003). Ashgate Publ., ed. *The Recipe Reader: Narratives, Contexts, Traditions* (en inglés)(Primera edición). Vermont.” Vto. 13/septiembre/2020)

23 “For example, your recipe should have: • a list of things you will need to prepare and/or cook your dish. • numbered steps • imperative (bossy!) verbs, such as cut, chop and mix • time connectives, such as first, next, finally.”, “THE EVOLUTION OF RECIPE WRITING STYLE”

<https://slicesofbluesky.com/the-evolution-of-recipe-writing-style/>, Vto. 6/septiembre/2020

24 <https://www.partesdel.com/receta.html> Vto 6/septiembre/2020

25 LESAKO, Gina, “Recipe Writing Guideline”, explica también cuáles habrán de ser las partes o factores de la receta de cocina: “The following factors go into writing a recipe — it must have: 1 A title 2 Number of servings and serving size; 3 Ingredient list, 4 Preparation method.” <https://foodandnutrition.org/blogs/stone-soup/recipe-writing-guidelines/>, 6/septiembre/2020

autores al análisis y difusión respecto de cómo se redactan, no dejan duda respecto de su eventual valor como texto literario. De manera que, en tanto se trate de un texto original, proyección de la personalidad de su autor, las recetas como tales, en sí mismas, podrán ser obra protegida por derecho de autor²⁶. Es irrelevante a efectos de tal consideración si el soporte que luce la receta es papel o informático (página web). Entre las primeras sentencias en reconocer claramente que las recetas de cocina son obras protegidas por Derecho de autor se cita una sentencia norteamericana de 1924²⁷.

Si se trata de un texto muy breve, que solamente implica una lista de ingredientes sin más, evidentemente las posibilidades de identificar una creación literaria original disminuyen o desaparecen. A medida que la redacción que se realice para la llamada receta de cocina sea más extensa y con características de estilo de redacción, la identificación de originalidad en la obra literaria tendrá más posibilidades.

Esta protección por el derecho de autor determina que el titular tendrá las facultades propias del régimen internacional del Convenio de Berna, incorporado y potenciado en una perspectiva global a través del Arreglo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relativos al Comercio (AADPIC), Apéndice 1C del Tratado constitutivo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en todo el derecho comparado²⁸.

Es decir: en tanto derechos morales, podrá reclamar que su nombre se encuentre asociado con el texto de la receta o que la integridad de esa expresión literaria no pueda ser modificada sin autorización del autor. En relación con los derechos patrimoniales, el titular de derechos es quien podrá autorizar la reproducción del texto, la distribución, comunicación pública y demás derechos de explotación económica. Ese titular podrá ser el creador de la receta o aquél a quien el autor haya cedido sus derechos, sea el editor o un empresario que lo ha contratado.

Todos estos derechos del autor no pueden impedir, en principio, que cualquier persona “ejecute” prácticamente la receta. El autor de la receta, aún siendo calificada como original, no puede impedir que un cocinero las utilice en un restaurante, porque el derecho de autor no se extiende directamente hasta ese nivel. Ni siquiera puede exigir formalmente “derecho de paternidad”, ser mencionado, si ha reconocido que un tercero cocina “su” receta: el derecho del autor por el texto literario de una receta de cocina (y quede claro que me refiero al texto como tal) no se extiende más allá de la expresión literaria.

No obstante, si la receta calificada como obra protegida por derecho de autor es tan precisa a la hora de explicar las etapas técnicas del procedimiento de realización o coci-

26 FRANCIA: *Cour d'Appel de Liège*, Sentencia de 16 de junio de 2011, 2010/RG/145. Se trata del análisis sobre la protección de un libro de recetas de cocina, en cuyas consideraciones se pronuncia respecto de la originalidad que puede tener una receta como tal.

27 USA: Eighth Circuit, *Fargo Mercantile Co. v. Brechet & Richter Co.*, 295 F. 823 (8th Cir. 1924). Las afirmaciones que contiene no dejan dudas respecto de la posición legal: “original work of authorship”, “they are original compositions, and serve a useful purpose...”, “[i]f printed on a single sheet, or as a booklet, these recipes could undoubtedly be copyrighted, and we see no reason why this protection should be denied, simply because they are printed and used as a label.”, en <https://www.bradley.com/insights/publications/2019/07/intellectual-property-protection-for-recipes>, vto. 3/octubre/2020.

28 En Uruguay rige la Ley N° 9.739 de 17 de diciembre de 1937, concordantes y modificativas.

na, podría pensarse que la realización por un tercero puede ser una reproducción tridimensional para la cual necesita autorización del autor de la receta. Esta afirmación deriva de la extensión del principio aplicable a las creaciones de ingeniería o arquitectónicas en cuanto a la valoración proyecto – obra tridimensional definitiva. Esta variable muy concreta constituye una excepción, de muy difícil concreción precisamente porque todo “intérprete” de recetas realiza algún tipo de cambios.

Cuando un chef muy conocido innova en la elaboración de una receta y ofrece un plato, emplatado o decoración innovadores, con frecuencia se habla de “plagio” cuando la produce otro chef. No estamos necesariamente en este caso ante un acto ilícito desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual. Sin dudas puede dar lugar a un cuestionamiento ético entre profesionales de la Gastronomía²⁹.

Otra posibilidad de protección que podría plantearse ante una receta de cocina es si el contenido de lo que expresa puede merecer registro de patente de invención. Lo analizaremos más adelante, al analizar la receta como combinación de ingredientes que se ejecutan de determinada manera y a la forma de ejecución. Este no es un tema del derecho de autor, de la receta como texto.

En algunos países, a nivel privado, se ha constituido un Registro de Recetas de cocina, con declaración de autoría, como forma de impulsar las conductas éticas en el tema. Ejemplo de ello es el registro creado por una agrupación de profesionales de la cocina en Brasil. La Asociación Brasileira de Bares y Restaurantes de San Pablo - Abrasel creó el “Registro de Receitas, Produtos e Serviços da Área de Gastronomia” - REGGA, un registro para recetas culinarias. Se trata de un registro de origen privado, de manera que no hay dimensión alguna de atribución de derechos de exclusiva, ni acciones legales defensivas frente a terceros. Se sustenta, en todo caso en códigos de ética de los integrantes de Abrasel-SP a tales efectos³⁰.

3. 3. Título de las recetas

3. 3. 1. Protección por derecho de autor

El Diccionario RAE define al título, en su correspondiente acepción, como “*Del lat. Titŭlus. 1. m. Palabra o frase con que se da a conocer el nombre o asunto de una obra o de cada una de las partes o divisiones de un escrito.*” El título encabeza una creación o una obra, permitiendo hacer referencia a ella.

El título de las recetas es la denominación literaria que elige el autor para dar a conocer su receta. Puede ser: descriptivo, informando sobre características de la propia

29 Los grandes chefs cuyas creaciones son copiadas por otros, sin consulta ni referencia alguna al origen de los platos que estos segundos incorporan en el Menú de su restaurante, suelen agraviarse más por el hecho de que ni los mencionen o reconozcan la creación, que de la circunstancia de la copia en sí misma. Ver interesantes reflexiones en el siguiente artículo: SALAS, Pilar, “Platos de alta cocina que han pasado a la historia... de la falsificación”, <https://www.lavanguardia.com/comer/tendencias/20161228/412925318419/platos-alta-cocina-mas-copiados-historia.html>, 2/octubre/2020.

30 ARAUJO MAUÉS, Adriana, ALVES DE OLIVEIRA, Rossana, AFONSO FREY, Irineu, “Receitas culinárias: uma abordagem sobre a proteção intelectual na gastronomia”, donde mencionan que a julio de 2018 había registradas 23 recetas. <http://www.api.org.br/conferences/index.php/ISTI2018/ISTI2018/paper/viewFile/651/368>, vto. 3/octubre/2020

receta; sugestivo, insinuando alguna característica sin referencia directa; o fantasioso, “caprichosa” atribución de una denominación sin que necesariamente informe sobre ningún aspecto de la receta.

El título, en general, como parte de una obra literaria es también protegido por derecho de autor. En cuanto tal, merece pues protección. Los títulos pueden ser, según la doctrina, “débiles” o “fuertes”. Al respecto habrán de ser valorados en caso de conflicto. Es decir: por más breve que sea un título, si tiene originalidad, merecerá protección también por sí, pero si no la tiene por ser un título débil o banal, podrá ser compartido por otras publicaciones de la materia. Por ejemplo, no es lo mismo un título tan general que diga: “Pescado al horno”, que un título de receta que diga “El triunfo de la merluza sobre el olvido”. Asimismo, habrá títulos que, haciendo referencia a técnicas de cocción específicas tampoco tienen originalidad: “Duraznos en almíbar”. Otros títulos de recetas inicialmente originales, por su popularización terminan convirtiéndose en un “tipo” de plato o comida: por ejemplo, “Copa Melba”.

3.3.2. Protección como marca

En cuanto a los títulos de las recetas que hemos calificado como fuertes o fantasiosos, además de la protección por derecho de autor, merecen a veces, simultáneamente, protección como marcas. Constituye este mecanismo una manera eficaz de tener presencia en el mercado.

El título que tiene una receta de cocina, en tanto también identifica a un plato, que puede ser un producto dirigido al mercado, se puede registrar como marca. Esta posibilidad no surge de la mera asignación de título a una receta que se escribe. Tiene que ver con la producción del plato así designado, al menos de la potencial posibilidad de su producción y oferta en el mercado.

La expresión literaria que se haya elegido por título de una receta, para que pueda ser marca deberá cumplir con todos los requisitos legales propios a cualquier relación signo – objeto planteada (y ulteriormente tramitada...) como posible signo. Por ejemplo, en el Registro de Marcas uruguayo está registrada “Ramón Novarro”³¹, nombre de una torta famosísima producida por un establecimiento de servicio gastronómico de Montevideo.

3.4. El libro de recetas de cocina

El libro de recetas de cocina es una compilación, sea en soporte papel como on line, de recetas; también es llamado recetario de cocina. En una expresión sencilla se trata de una recopilación enunciativa de recetas, obras literarias protegidas por el derecho de autor o no, que pueden incluir otro tipo de información relevante como ensayos sobre alimentos y comidas. También hay casos de libros de cocina en los cuales la receta no es lo sustancial, sino la parte que ejemplifica los aspectos sobre comida y alimentos respecto de los cuales se extiende el o los autores como objeto del libro.

31 “Ramón Novarro”, clase 30, 457426, vto. 2/octubre/2020.

A lo largo de la Historia han trascendido muy diversos ejemplos de libros de cocina, famosos tanto por su contenido como por su autor. Uno de los más conocidos de la Historia Antigua es “De Re Coquinaria”³², del cocinero romano Marco Gavio Apicio, que trabajó durante el siglo I DC, en tiempos de Tiberio, que fue tan famoso que en tiempos de Diocleciano - siglos III-IV – se recopiló su recetario y es objeto de estudio a diversos niveles en la actualidad. Mucho más adelante en la Historia se destaca el “Llibre de Sent Soví”³³, año 1324, un recetario de cocina medieval, de autor anónimo y escrito en catalán. También en el siglo XIV, aparece Guillaume Tirel, conocido como Taillevent (cortaviento, por su genio y agudeza), a quien se reconoce autor del primer libro de cocina completo en idioma moderno, en francés, que se llamó “Le Viandier”³⁴. En los últimos doscientos años son centenares los libros de recetas de cocina significativos, en varios idiomas, de los distintos continentes, muchos de los cuales marcaron época en la Gastronomía universal³⁵. Cada país tiene una Historia Literaria del mundo de la cocina.

Nuevamente estamos ante una disciplina literaria que se cultiva, enseña³⁶ y se procura desarrollar, especialmente en razón del impulso de la industria editorial.

Un libro de cocina es una obra literaria. Su calificación como obra protegida por el derecho de autor es mucho más fácil de apreciar, en comparación con la protección de una receta. Puede tratarse de una obra originaria, cuando su creador es el autor de todo el contenido o puede tratarse de una obra derivada cuando se trata de una recopilación de recetas de cocina de autoría ajena. En este último caso, si las recetas incorporadas tienen titulares de derecho de autor vigentes deberán autorizar la inclusión, pero puede tratarse también de recetas de cocina que se encuentren en el dominio público o que no sean originales.

El libro de cocina podría también ser calificado como una base de datos. En esta aproximación es posible su protección por derecho de autor existiendo originalidad³⁷. La ca-

32 Hay mucha información on line sobre este libro, el “liber primus” apicio. Se puede leer un análisis del mismo en ORTUÑO ARREGUI, Manuel, “DE RE COQUINARIA “LIBER PRIMUS” DE MARCO GAVIO APICIO.”, en “ArtyHum, Revista de Artes y Humanidades 17”, página 73 – 78. Se encuentra on line pluralidad de webs con colecciones de recetas “apicias” y traducciones del libro de Apicio. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52186/1/Apicio.pdf>, vto. 13/ setiembre/2020

33 El texto de este libro, así como de otros libros medievales de cocina se puede encontrar en el siguiente link: <http://medievalcooking.com/etexts.html?Spain>, Vto. 13/ setiembre/2020

Otro estudio muy interesante del mismo libro se encuentra en el siguiente link: FARAUDO DE SAINT GERMAIN, Luis, “El Libro de Saint Soví. Recetario de cocina catalana medieval.”

<https://www.raco.cat/index.php/BoletinRABL/article/view/196586/269776>, Vto. 13/ setiembre/2020

34 Taillevent fue un verdadero artista, cocinero de reyes, con máximos honores de su tiempo, trabajó de 1326 a 1392. SCHRAEMLY, Harry, “Historia de la Gastronomía”, tr. Manuel Tamayo, Ed. Destino, Barcelona, 1982, pág. 15-19.

35 Es ineludible mencionar en la cocina francesa a Antoine Careme (1785 - 1833), que da lugar a la “Haute Cuisine”, tal como se hace evidente en una de las más conocidas de sus obras “L’art de la cuisine française au XIXe siècle” cinco tomos que terminaron de publicarse post mortem; Auguste Escoffier (1846-1935), quien estiliza y moderniza la cocina francesa de su tiempo en fundamental impulso al servicio hotelero y turístico, y sus libros “Le Guide Culinaire” (1903), “Le Livre des Menus” (1912); también a Paul Bocuse (1926 - 2018), cuyo talento y visión de la Cocina, determinan que sea el fundador de la “Nouvelle Cuisine”, considerado el Chef del siglo XX, y que si bien no deja libros de su autoría, ha generado con su estilo una bibliografía amplísima con influencia en las cocinas de todo el mundo.

36 Ejemplo de un prestigioso libro que enseña cómo escribir libros de cocina: PETERSEN, Valerie, “How to Write a Cookbook. Professional Advice for Cookbook Publishing” <https://www.thebalancecareers.com/how-to-write-a-cookbook-ingredients-for-success-2800048,6/setiembre/2020>

37 FRANCIA: Cour d’ Appel de Liège, Sentencia de 16 de junio de 2011, 2010/RG/145, entendiendo que la originalidad

suística también se extiende si pensamos que el soporte no solamente puede ser material (papel...) sino también informático (libro electrónico o página web).

Sea obra originaria o derivada, el titular de los derechos de autor puede ser el propio creador, concentrando en sí los derechos patrimoniales y morales de la obra. También podrán estar disociados los derechos, en el caso en que el autor de los contenidos del libro haya cedido sus derechos patrimoniales a la editorial, por ejemplo. Incluso podría darse el caso de que se trate de una obra colectiva, si se trata de numerosas contribuciones que fueron coordinadas por una persona física o jurídica que ostentará y ejercerá los derechos de autor de esa creación.

En cuanto al alcance de los derechos de autor, cualquiera sea la forma en que se detentan, no podrán impedir la ejecución de recetas, aun cuando se trate de su aplicación en un escenario empresarial o comercial³⁸. Los derechos de autor pueden impedir a terceros todo tipo de actos que consistan en la explotación de la obra literaria, libro de cocina, como tal. Sin embargo, no pueden restringir la circulación de ideas, ni la inspiración que puedan derivar del propio libro como tal.

3. 5. El título del libro de recetas de cocina

3. 5. 1. Protección como derecho de autor

El título de un libro, en este caso un libro de recetas de cocina, por integrar la obra literaria se encuentra protegido por derecho de autor. En las legislaciones nacionales, como es el caso de la Ley uruguaya de Derecho de Autor, la enunciación de obras protegidas sin carácter taxativo contenida en la norma enumera expresamente al título de las obras, con tal carácter. De manera que conceptualmente no puede haber dudas de dicha posibilidad.

No obstante, la consideración como obra protegida por derecho de autor del título del libro per se presenta complejidades. Como creación literaria suele ser reducida, de pocas palabras, algo que no favorece la valoración de originalidad. Por otra parte, muchas veces se apela a títulos descriptivos, informando del libro al cual pertenece el correspondiente título, optando por una función informativa.

Por ejemplo: en materia de libros de recetas de cocina no es lo mismo un título de libro que diga “Curso de Cocina” o “El Arte de Cocinar”, indicativo de libros cuyo contenido puede perfectamente ser distinto según el autor, que un título de libro de recetas de cocina que sea “La gloria de los fogones”. Más allá de la relación título – contenido, hay una fortaleza en la originalidad del último caso, no la hay en los primeros mencionados.

Varias veces se ha planteado este punto en tribunales. Hay un caso de principios del siglo pasado, en Argentina, en el cual la jurisprudencia de la década del treinta consideró banal y no protegible, por falta de originalidad, un título de obra literaria referido a

debe evaluarse en la estructura de presentación de los datos contenidos.

38 Cfm. en este sentido: LYPSZYC, Delia, “Derechos de autor y derechos conexos”, UNESCO – CERLALC – ZAVALLÍA, Buenos Aires, 1993, pág. 64-65, al hacer referencia a la aplicación práctica o aprovechamiento industrial de los contenidos expresados en obras literarias protegidas por derechos de autor. Se trata de una posición uniforme en la doctrina.

recetas de cocina que hacía referencia a esta actividad como un “arte”. Francisco Figueredo, famoso cocinero argentino del siglo XIX, que publicó en el año de 1888 el primer libro de cocina del Río de la Plata, que denominó “El arte culinario”³⁹ A, que tuvo varias ediciones. Otro cocinero de nombre Antonio Gonzaga, años más tarde publicó otro libro de recetas de cocina que denominó “El arte de la cocina argentina y francesa”. Figueredo reclama que el título de Gonzaga evocaba sus producciones y la coincidencia de numerosas de las recetas de ambos libros, entre otros reclamos. No prosperó la demanda en primera ni en segunda instancia. Se consideró, en definitiva, que *“los títulos arte culinario, arte de la cocina argentina y francesa o escuela de cocina argentina y francesa son expresiones genéricas que sirven para designar una categoría de obras, siendo inadmisibles aceptar, aún en un sentido limitado, que dé al título el carácter de individualidad el agregado de la nacionalidad, toda vez que dadas las modalidades del “sub iudice” el empleo de esta palabra no puede ser objeto de un derecho de uso exclusivo”*.

3. 5. 2. Protección como derecho de marca

Así como mencionamos la posibilidad de que el título de la receta constituyera una marca – aunque desde la perspectiva de su producción efectiva en un emprendimiento gastronómico – también en el caso del libro de recetas de cocina o libros de cocina, se podría plantear la misma consideración.

Ello tiene lugar cuando se considera el libro como tal un producto destinado a la circulación en el mercado. Corresponde que se considere al título como signo marcario, resultando aplicado a él las mismas reglas y disposiciones correspondientes a todos los signos: se rige por el principio de especialidad (indicación de la cobertura de la marca en función de las clases internacionales del Arreglo de Niza), no debe ser confundible con anterioridades marcarias, ni consistir en algunas de las mencionadas causales de nulidad registrales.

4. Los ingredientes y su combinación en la receta

El Derecho se ocupa de la calidad de los ingredientes como productos de consumo, mediante una serie de disposiciones legales y reglamentarias, tanto como de controles bromatológicos, de etiquetado y de protección al consumidor contra el fraude alimentario, entre otros temas relevantes. Se denomina en español “Derecho Alimentario”⁴⁰, en el mundo anglosajón “Food Law”⁴¹, toda una disciplina que no tiene que ver con la propiedad intelectual, con el enfoque de titularidad de derechos a la cual nos referimos.

Los ingredientes utilizados en los platos constituyen en sí, posibles innovaciones en las recetas de cocina. Corresponde determinar en cada caso hasta qué punto un ingre-

39 ARGENTINA. - Figueredo, Francisco c/ Gonzaga, Antonio, Sentencia de Primera Instancia de 24 de mayo de 1930 y de Segunda Instancia de 23 de diciembre de 1935, en Rev. La Ley, tomo 1, pág. 272 y ss.

40 Como evidencia de la variedad y vastedad temática se puede analizar esta “Hemeroteca de Derecho Alimentario” organizada por la Universidad de Barcelona, <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/hemeroteca-alimentario>, vto. 2/ octubre/2020

41 Una serie histórica de casos de “Food Law” norteamericana puede conocerse en este artículo: “10 important Supreme Court cases about food”, by NCC Staff, <https://constitutioncenter.org/blog/10-important-supreme-court-cases-about-food>, vto. 2/10/2020.

diente o ingredientes innovadores pueden constituir una creación susceptible de protección por la propiedad intelectual. Hemos de descartar la perspectiva de protección autoralista: la circunstancia de elegir y utilizar un ingrediente no se corresponde con el ámbito de protección del derecho de autor, pues no hay en este aspecto creaciones estéticas propiamente.

Corresponde, pues, analizar si se trata de una innovación que tenga altura para considerarse invención de producto patentable, es decir: que cumpla con concepto y requisitos a efectos de su registro como patente de invención.

Una invención es la solución a un problema técnico. De manera que, si nos hemos de plantear si un ingrediente en particular o el plato a que da lugar una determinada combinación de ingredientes es patentable como invención, en primer lugar se debe definir a cuál problema técnico da solución. Nos referimos a la posibilidad de que un ingrediente o la combinación de ingredientes en una receta, tenga una función tecnológica o química. Por ejemplo, un efecto curativo específico, que potencie algún efecto propio del plato a que da lugar la receta en cuestión. No es muy frecuente que se persiga una finalidad de este tipo en la actividad de la cocina⁴².

En segundo lugar, luego de constatar la tan poco probable situación de que exista una solución a un problema técnico en un ingrediente o la combinación de ingredientes de una receta, corresponde constatar si tienen lugar los tres requisitos para el patentamiento: 1 novedad, 2 actividad inventiva, 3 aplicación industrial.

Solamente en caso de verificarse la existencia de tales requisitos, una vez presentada la solicitud de patentamiento, podemos estar ante una protección tan específica de la Propiedad Intelectual como es la patente de invención. Sería una patente de producto en este caso.

De todas maneras, muchas veces se habla de “ese” ingrediente secreto, clave para determinado resultado en una creación culinaria... En este caso estamos ante la posibilidad de protección como secreto comercial o industrial. Es decir, que – como pasa con tanta frecuencia – la forma más eficaz de amparar de una generalización el empleo de un ingrediente o su combinación, ha de ser cuidar de no decirla a nadie. O, al menos, cuidar de que lo sepan los menos posibles, reducidos a quienes efectivamente se desempeñan para la elaboración de dicho plato.

No obstante, en el caso de actividad empresarial de servicios gastronómicos no es posible el total secreto sobre ingredientes. Como tampoco si se trata de alimentos de venta al público, sujetos a controles bromatológicos y demás. Hay riesgos sanitarios, en materia de enfermedades (alergias, por decir alguna) que pueden ocasionarse por no comunicar efectivamente los ingredientes de un plato. Se podrá sí mantener en secreto, sin dudas, la efectiva cantidad o el momento en que se emplea durante la elaboración de

⁴² “There are exceptions in which the combination of ingredients used, or the way they are processed, results in a food product totally unexpected. That’s something that may be patentable. Numerous patents on food products are issued each year. However, if you take a look at most of these patents, you’ll find that the recipe was more likely to have been created in a laboratory than on a kitchen counter.”, explica esta nota en la Oficina norteamericana de Patentes, <https://www.uspto.gov/learning-and-resources/newsletter/inventors-eye/can-recipes-be-patented>, vto. 3/octubre/2020.

la receta, lo que puede ser muy especial o dar lugar a especiales características del plato. Sin embargo, la realidad de colocación en el mercado y el sentido común, limitarán la materia comprendida en el secreto empresarial.

Tratándose de un ingrediente particular a una región, cultura o con especialidades ancestrales en su cosecha o elaboración, podrá estar sujeto a algún tipo de protección del tipo de las indicaciones geográficas o especiales, que valoran particularmente su consideración cultural⁴³.

5. La realización de las recetas de cocina

5.1 “Mise en place”

Más allá de la elaboración en cuanto a sustancia culinaria como tal, la puesta de los productos en la cocina, preparándose para el acto efectivo de cocinar es muy importante⁴⁴. Es el paso previo, fundamental para la realización. Esa “puesta” o disposición de los alimentos se conoce con la expresión francesa “mise en place” o sigla MEP, como en adelante nos referiremos. En francés significa: puesto en su lugar.

El término fue introducido en la técnica del mundo de la gastronomía por el reconocido cocinero y gastrónomo francés Auguste Escoffier, un verdadero clásico Maestro de Cocina y Cocineros. Tiene que ver con la organización de los ingredientes dentro de la cocina preparando el trabajo del cocinero. En el mundo de la gastronomía la expresión MEP se utiliza tanto para la puesta “en cocina” es decir la manera de cómo se prepara el plato como tal, como para indicar la puesta a punto de un comedor antes del comienzo del servicio. Nos referiremos a la primera acepción, en este punto⁴⁵.

Evidentemente, se trata en este caso de una tecnología o técnica de cocina. Una forma de realizar algo, que puede calificarse como know how. La protección del cómo hacer, por definición, no está alcanzada por los institutos de la propiedad intelectual que protegen la innovación tecnológica. No puede obtener una patente de invención porque no se trata de un producto ni de un procedimiento en la dimensión del concepto correspondiente al derecho de patentes. Tampoco puede merecer un modelo de utilidad, no se está modificando la forma de un objeto conocido para dotarlo de funcionalidad.

No obstante, no quiere decir ello que no pueda reconocerse su valor económico, como determinante de aspectos de eficiencia en la organización o incidencia en ciertas características de calidad para el plato en cuestión, incluso estructurando una característica personal del Chef que cumple con esta práctica. La única forma de protegerlo, como técnica es el secreto empresarial. El know how, propiamente dicho, es el conocimiento

43 Más adelante estaremos analizando esta categoría específica de protección.

44 Para el Diccionario Larousse Cocina “mise en place” son “los preparativos previos y necesarios que se deben contemplar antes de comenzar a ofrecer servicio al cliente en cualquier establecimiento de alimentos y bebidas”, que contemplan desde tareas básicas como limpieza, cortes, hasta acondicionamiento de utensilios y disposición de ingredientes y preparados sobre la mesa de cocina. En Diccionario Larousse Cocina: <https://laroussecocina.mx/palabra/mise-en-place/>, vto. 25/setiembre/2020.

45 “¿Qué significa mise en place? Explicación con foto y ejemplo”, de “Guadalupe”, <https://www.codigococina.com/diccionario-de-cocina/mise-en-place/>, vto. 6/setiembre/2020

que se define como secreto, al calificar su concepto.

Siendo conocimiento secreto, el know how se puede proteger mediante la celebración de contratos o pactos de confidencialidad o de no divulgación. Los llamados No Disclosure Agreements (NDA) en el derecho anglosajón.

5. 2. La preparación propiamente dicha

El momento efectivo de la “realización” de las recetas, el acto de cocinar, de la aplicación de operaciones o tecnologías culinarias utilizando los ingredientes que establece la receta, responde también a una actividad intelectual. Corresponde analizar la perspectiva desde la cual esta actividad puede dar lugar a algún bien protegido por la Propiedad Intelectual⁴⁶.

Hemos de descartar la protección autoralista, dado que al hacer referencia a “realizar” recetas de cocina, a cocinar como actividad de aplicación de técnicas o tecnologías, se trata de una actividad – como tal - ajena a las creaciones de goce estético. El producto o efecto de dicha actividad técnica puede dar lugar a creaciones con caracteres protegidos por el derecho de autor. Sin embargo, en cuanto a la forma de realización nos encontramos en ámbito ajeno totalmente a la protección de creaciones de goce estético.

La forma mediante la cual se prepara una receta – o alguna etapa de su elaboración - eventualmente puede constituir una patente de invención de procedimiento. No es imposible, es poco probable⁴⁷. Para definir esta posibilidad se debe verificar si hay una solución a un problema técnico y luego que se cumplen los tres requisitos legales para el patentamiento. No obstante, hay varios ejemplos – considero que anecdóticos muchas veces – de registro como patentes de platos de comidas. En el Registro de Patentes español se encuentra los siguientes:

a Nuevo gazpacho envasado, ES2092965B1⁴⁸, presentada el 18 de mayo de 1995;

b Producto alimenticio tipo tortilla de patata, o revuelto de patata u otros ingredientes, parcialmente precocinado y procedimiento para su preparación, ES2132039 B1⁴⁹, presentada el 20 de enero de 1998;

c Gazpacho sin tomate, ES2379924B⁵⁰, presentada el 6 de octubre de 2010⁵¹.

46 Dada la aplicación de técnicas usuales o tradicionales adelantamos que no es algo tan frecuente en la actividad culinaria.

47 Los casos que se dan de patentamiento en materia de creaciones gastronómicas suelen tener un componente de innovación química muy elaborado.

48 ESPAÑA, http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/09/29/ES-2092965_B1.pdf, vto. 2/octubre/2020.

49 ESPAÑA, http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/13/20/ES-2132039_B1.pdf, vto. 2/octubre/2020.

50 ESPAÑA, http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/37/99/ES-2379924_B1.pdf, vto. 2/octubre/2020.

51 Como curiosidad, transcribo las reivindicaciones del “gazpacho sin tomate”, algo bastante relativo, digamos... <“1. Gazpacho sin tomate que comprende al menos un producto base distinto de tomate, junto con pimiento, harina de almendra, aceite, vinagre y sal. 2. Gazpacho sin tomate según la reivindicación 1, caracterizado porque el producto base se elige del grupo que comprende sandía, melón y calabacín. 3. Gazpacho sin tomate según la reivindicación 2, caracterizado porque el producto base es sandía. 4. Gazpacho sin tomate según cualquiera de las reivindicaciones anteriores, caracterizado porque comprende además al menos un ingrediente seleccionado del grupo que comprende pepino, ajos, cebollas, comino, sorbato, pan rallado y agua. 5. Gazpacho sin tomate según cualquiera de las reivindicaciones anteriores, caracterizado porque el aceite es aceite de oliva.” Fuente: ídem nota anterior.

Cuando la opción no es patentar, queda la posibilidad de proteger como secreto empresarial la información correspondiente. Es uno de los recursos más frecuentes: la fórmula secreta, la “mano especial del Cocinero”. En este caso es muy importante tener presente lo que implica proteger como secreto, el tratamiento que merece mantener el secreto respecto de cierta técnica o aplicación tecnológica y las obligaciones contractuales que deberán firmarse con otras personas que por el trabajo sea necesario que accedan a dicha información.

6. El “Menú” o “carta”

El “menú” o “carta” consiste en el listado de los nombres que se han elegido para hacer referencia a los platos o comidas que prepara un establecimiento culinario. El Diccionario de la Real Academia Española trae tres acepciones de la palabra “menú” (del fr. *menú*), aplicables a nuestro tema de referencia: “**1. m.** Conjunto de platos que constituyen una comida. **2. m.** Carta del día donde se relacionan las comidas, postres y bebidas. **3. m.** Comida de precio fijo que ofrecen hoteles y restaurantes, con posibilidad limitada de elección.”

El origen francés de la palabra a que alude el citado diccionario, corresponde a la expresión que se traduciría como “minuta” al español, un galicismo introducido al español a varios idiomas, muchos años atrás. Comenzó a ser utilizado en París, en el siglo XVIII – concretamente citan el año 1718 - cuando abrieron y se hicieron populares los primeros servicios de Restaurant, aunque se conocen anécdotas anteriores en el tiempo⁵². En ese momento la referencia derivó del latín “*minutus*”, expresión que significa “mínimo”, aludiendo que de las capacidades de elaboración de platos de cocina se elegía un listado mínimo para la oferta del día. Inicialmente eran un gran cartel, muchas veces de madera, una tabla que se instalaba a la entrada de los Restaurantes⁵³. Es recién en el siglo XIX – al comenzar a presentarse en soporte papel para los comensales - cuando adquiere verdadero valor como “pieza” generalizada en los servicios de restauración⁵⁴.

Desde el mundo de la Gastronomía y sus expertos, a la hora de presentar una definición se destacan adjetivos que aluden a particularidades creativas en la elaboración del “menú” y también se distingue este concepto del correspondiente a “carta”. Mientras menú es el conjunto de platos que se ofrecen en particular para un día o temporada a los clientes, carta sería el conjunto de todos los platos que puede ofrecer un establecimiento culinario en particular⁵⁵. Hay clasificaciones de los distintos menús, según su objetivo, según cuán variados o extensos sean. También, en el mundo de la Ciencia culinaria, se pueden encontrar cursos sobre cómo elaborarlos y las distintas combinaciones de platos

52 La anécdota más mencionada sobre el origen del primer menú escrito es la del banquete ofrecido por el Duque de Brunswick en el año de 1849 a Hans de Monforte, que lo puso de moda. GUTIÉRREZ DE ALVA, Cecilia Isabel, “Historia de la Gastronomía”, Red Tercer Milenio, Mexico, 2012, pág. 99-100, entre tantas fuentes de Historia de la Gastronomía que lo citan. No obstante, también hay referencias a esta costumbre, aunque aislada en aquel entonces, desde el siglo XVI.

53 Toulouse Lautrec fue conocido por pintar más de una vez tablas de Menú, a cambio de las especialidades de la casa de comidas correspondiente.

54 MONROY DE SALA, Paulina, DE FLORES, Graciela, “Introducción a la Historia de la Gastronomía”, Instituto Iberoamericano de Recreación, Turismo y Gastronomía, 2da ed., pág. 119 – 120.

<https://es.scribd.com/document/349150958/INTRODUCCION-A-LA-HISTORIA-DE-LA-GASTRONOMIA-docx-pdf>, vto. 21/setiembre/2020.

55 “Este es el menú de hoy de la carta de platos del restaurante”, sería la frase en este sentido.

posibles.

La apreciación del documento llamado “menú” o “carta” puede ser valorado tanto por la forma de clasificar o presentar los platos en esa lista, como por las características gráficas que puedan emplearse en su elaboración (caracteres tipográficos y elementos visuales añadidos). Se valora como conjunto de expresiones, sin perjuicio de poder estar integrado por expresiones protegidas y no protegidas, cada una con su valoración legal.

Respecto de la forma de clasificar o presentar los platos en el “menú”, evidentemente también tiene valor la originalidad que pueda tener el título dado a los platos. Estrictamente, el llamado menú es una “lista de nombres de platos”, que se identifican o distinguen por el nombre o “título de creación” que su creador le asigna.

Al valorar las características gráficas o visuales del menú, corresponde apreciar el conjunto de formas y colores, bi o tridimensionales de la creación, es decir: se apreciarán las condiciones estéticas visualmente consideradas.

Desde la perspectiva de obra protegida por derecho de autor, siendo éste original, podría ser una obra originaria o una obra derivada, como compilación.

Cabe acotar que la referencia a menú también puede interpretarse como “organización” o “planificación de una comida”. Es decir, tomando menú como el orden de los platos a servir, puede plantearse si esa estructura u orden en el servicio puede ser objeto de protección legal por la propiedad intelectual⁵⁶. Los efectos del orden de consumo de alimentos pueden tener efectos tanto en el paladar como físicos, en la salud⁵⁷. Tanto si se considera el menú en esta dimensión como una “organización de elementos” (orden de alimentos o platos en este caso), como si se lo entendiera por su función como un método curativo, resulta expresamente excluido del ámbito del patentamiento en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 14 respectivamente de la Ley N° 17.164.

Ni siquiera podemos plantearlo como conocimiento protegible como secreto: es una creación dirigida a conocerse, el menú se exhibe para cumplir su función. A lo sumo, las razones de la organización podrían constituir know how y como tal no divulgarse para ser secreto, pero no su manifestación. De manera que la respuesta es que la exteriorización del orden del servicio de platos, como tal no se protege. En caso que un competidor copie el menú de otro, eventualmente y según qué elementos haya copiado, podrá haber realizado un acto de competencia desleal.

7. El plato elaborado, su “emplatado” y decoración

7.1. El plato elaborado

⁵⁶ En esta acepción se trata del orden de plato a plato, no el estilo de servicio de los platos del menú que – como regla técnica general, no protegible por la propiedad intelectual – puede ser “a la francesa” (servicio simultáneo de todos los platos del menú) o “a la rusa” (servicio de unos platos tras otros, tal como se anuncian).

⁵⁷ Dournes, haciendo referencia a la cultura de comer en pueblos primitivos dice que “las recetas por raras que sean, son menos importantes que el orden, y la naturaleza de los platos menos típica que la estructura del menú.”. DOURNES, Jacques, “El tiempo y el menú”, en “La cocina de los antropólogos”, “The Royal Anthropological Institute”, 1977, tr. De Marcelo Cohen, Tusquets, Barcelona, 2001 2da ed., pág. 235 – 241, en la pág. 236, estudiando cómo ordenan sus platos los jörais, grupo de Indochina central, aprendiendo sobre su disposición mental.

El plato elaborado es el producto de la aplicación de operaciones y procedimientos a diversos alimentos llamados “ingredientes de la receta” por la Ciencia culinaria.

Siendo un producto soalmente podría calificar como invento patentable en caso que consistiera en la solución a un problema técnico y cumpliera con los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Eso no es muy frecuente porque no es ése el objetivo usual de la Gastronomía, pero no es posible descartarlo. A menos que se trate de platos terapéuticos, por ejemplo.

7. 2. “Emplatado” y decoración de la comida.

7. 2. 1. Su caracterización como creación intelectual

El diccionario de la Real Academia Española, define emplatado, como “1. tr. Colocar la comida en el plato de cada comensal antes de presentarlo en la mesa.”. Para la técnica culinaria es mucho más que “colocar” comida en un plato, por cierto. Se la conoce también, llanamente, como “decoración o decorado” de plato, siendo definida como “conjunto de las operaciones destinadas a perfeccionar la presentación de los platos”⁵⁸. Incluso se la define con el término inglés “painting on the plate”⁵⁹.

Tiene que ver con creación estética, en la definición de colores y formas, pero también con la combinación de texturas y sabores en boca. Los maestros Chef discuten si en el emplatado tiene que predominar lo estético o los atributos derivados de textura/sabor en relación con la disposición de los alimentos que se ubican en un plato. Se trata de una disposición que puede ser compleja, tanto innovadora – por la originalidad de cada quien que emplata – como también clásica – pues algunos platos tienen una presentación tradicional que los identifica -.

Hay disciplinas técnicas y reglas propias del emplatado y decoración de platos. Al respecto, se formularon unas reglas generales “de presentación E.U.P.F.A.”, expresión constituida con la primera letra de cada atributo que debe cumplir un plato, para los técnicos expertos en elaboración de creaciones gastronómicas. Como reglas siempre pueden tener excepciones o detractores. Se enuncian así: “E.U.P.F.A corresponde a las iniciales de cinco principios⁶⁰:

* *Equilibrio: el que debe haber entre todos los elementos del plato tomando en cuenta los ingredientes, formas, texturas y colores.*

* *Unidad: mostrar la preparación como un todo en el plato, evitando demasiados espacios en*

58 En Diccionario Gastronómico “LarousseCocina” <https://laroussecocina.mx/diccionarios/>, vto. 25/setiembre/2020. Destaca la entrada correspondiente en este diccionario que surge históricamente en la cocina de las Cortes de distintos Reinos europeos, particularmente franceses, evolucionando desde el siglo XIV al siglo XIX, a manos de famosos cocineros artistas de su tiempo.

59 ROBERT GUILLÉN, Santiago, “Alta Cocina y Derecho de autor”, Reus, Madrid, 2017, pág. 100, explicando el origen en la nota 273.

60 Se trata de unos principios de uso, que se reiteran y explican en variados textos de estudio, como de divulgación en la materia. Este texto lo tomé del siguiente blog: <https://blog.scoolinary.com/la-evolucion-del-emplatado-reglas-de-oro/>, vto. 25/setiembre/2020. Otra muy detallada y técnica explicación se puede ver acá: <https://diegojebista.wixsite.com/blog-ajiaco/single-post/2016/03/13/Normas-de-presentaci%C3%B3n-EUPF>, vto. 25/setiembre/2020

blanco que rompan el conjunto.

** Punto focal: igual que en la fotografía, tener un elemento principal que dirija al ojo y de ahí lo lleve al resto de elementos.*

** Flujo: se refiere a la dirección de los ingredientes dispuestos en el plato. Pueden estar distribuidos de forma dispersa, circular o lineal, todo depende del efecto que se quiera conseguir.*

** Altura: disponer capas que doten de volumen y altura al plato da una sensación atractiva y succulenta.”*

También se enumeran variadas listas de formas de composición o técnicas de emplatado, entre tantas variantes: simétrica, asimétrica, rítmica, minimalista, oblicua, en escala, piramidal, estructurada, dispersa.... así como sus combinaciones⁶¹. Las modernas “cocinas” o escuelas culinarias, así como los Chefs, tienen estilos propios que constituyen verdaderas tendencias tanto personales como modas con su temporalidad⁶².

Este acto de creación es clave a diverso nivel para la identidad del servicio gastronómico y del producto que en particular se presenta. Puede ser protegido de diversas maneras entre las alternativas que proporciona la Propiedad Intelectual y, por encontrarse en el nivel netamente comercial, con la exposición que ello implica como acto de competencia, hay frecuentes infracciones y conflictos al respecto.

7. 2. 2. Protección por derecho de autor

El emplatado, tanto como la decoración de los platos y presentación de los alimentos, ya sean salados, dulces, de confitería, cuando expresan la originalidad de su autor, son protegibles por el Derecho de Autor: constituyen obras protegidas. A efectos de lograr dicha protección, no importa el destino de las obras, basta que correspondan al ámbito de la producción artística, no siendo relevante desde el punto de vista legal tampoco el mérito de la obra. Por ejemplo, el chef chocolatier – o quien sea - que elabora formas tridimensionales con chocolate es considerado autor, como cualquier escultor lo sería de su obra plástica⁶³.

Cuando la decoración de la comida o su emplatado constituye obra protegida, el titular (sea el Chef, un equipo de cocina o la sociedad comercial empresaria por haberse así pactado) podrá ejercer todos los derechos de autor. Por un lado, siendo persona física tendrá derechos morales, como el ser mencionados al uso como autores y el de integridad de la obra. Tales derechos corresponden al autor aun cuando haya cedido sus derechos patrimoniales.

61 Señalamos la “Guía completa sobre técnicas de emplatado”, Cook Storming, Escuela de Cocina. A modo de ejemplo de las numerosas y variadas categorizaciones o enumeraciones que se hacen respecto de este punto.

<https://cookstorming.com/2017/tecnicas-de-emplatado>, vto. 21/setiembre/2020.

62 Sólo por mencionar un ejemplo de explicación personal, de los tantos que se pueden encontrar, menciono al Institut Paul Bocuse, Universidad San Ignacio de Loyola, y este post.

<https://institutpaulbocuse.usil.edu.pe/blog/como-presentar-la-comida-en-el-plato>, vto. 25/setiembre/2020

63 FRANCIA: Tribunal de Grande Instance de Laval se pronunció así en el caso Leray c/ SARL Reauté, entendiéndose que el carácter efímero de la obra no menoscaba su calificación jurídica como obra protegida. Sentencia de 16/febrero/2009, Juris Data 2009-003926

Quien sea titular de derechos patrimoniales o de explotación, podrá ejercer los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución, entre otros.

La decoración de la comida o el emplatado quedan expuestos a frecuentes infracciones al derecho de reproducción del titular. Siendo una creación estética exitosa, los competidores desleales estarán tentados (y muchas veces lo hacen...) de reproducirlos. Por otra parte, actualmente ya circulando impresoras 3D de alimentos, la forma de expresión de los mismos se ve expuesta a infracciones por esta vía⁶⁴.

La reproducción fotográfica puede constituir una infracción al derecho de reproducción del Chef autor de la innovación estética en su plato o producto culinario, si no se solicitó su autorización. La fotografía de platos de cocina elaborados tiene en la actualidad mucha importancia, con verdaderos artistas de la imagen dedicados a ella, así como manifestaciones instantáneas tanto por amateurs como profesionales fotógrafos⁶⁵.

La jurisprudencia de varios países se ha pronunciado ya en el sentido de que hay infracción en la reproducción fotográfica sin permiso del chef autor de la creación artística decorativa⁶⁶. Se trata de obras culinarias cuya presentación o decoración puede tener un titular de derechos de autor (el cocinero), que son reproducidas fotográficamente y dan lugar a otra obra protegida – la fotografía – que también tiene un titular de derechos de autor distinto (el fotógrafo). En estas producciones fotográficas puede darse que la colaboración del cocinero sea relevante para el planteo estético de la fotografía, en cuyo caso habrá co-titulares de la obra fotográfica⁶⁷.

En los últimos tiempos, además de sacar fotos se postean en redes sociales, es decir en Internet, lo que agrega a la vulneración del derecho de reproducción, la del derecho de comunicación pública por hacerlo accesible en Internet.

Otro ilícito relacionado con el derecho de autor, particularmente grave por lo que implica en cuanto a vulneración de derechos morales, es el plagio. Cuando alguien reproduce la creación estética realizada por otra persona atribuyéndosela como propia, estamos ante el ilícito llamado plagio.

Hay frecuentes denuncias de plagio⁶⁸. No todas responden a la precisa aplicación del concepto de plagio. Estamos ante plagio cuando alguien reproduce una obra protegida

64 En algunos países ya circulan en el mercado ofertas a nivel de “casas de familia” de impresoras 3D de alimentos. SALVÁ, Ana, “Cómo la impresión de alimentos puede revolucionar nuestro modo de comer”, https://elpais.com/elpais/2020/08/07/planeta_futuro/1596787428_315193.html, vto. 3/octubre/2020.

65 Incluso se habla de “Foodstagram” o “Food Porn” aludiendo a ciertas características artísticas de las fotos que hacen particularmente llamativos los distintos alimentos y platos elaborados, desafiando incluso las intenciones del chef-autor original. Hay variado material al respecto, por ejemplo citamos las reflexiones de LYMAN, Jenni, “Blog: #FoodPorn in the US – Is it Illegal?”, en Blog del “Journal of Law and Technology”, University of Richmond, sept./2015,

https://jolt.richmond.edu/2015/09/17/blog-foodporn-in-the-us-is-it-illegal/#_ftnref3, vto. 5/octubre/2020, entre tantos artículos al respecto.

66 Algunos de los pronunciamientos son: ALEMANIA, Bundesgerichtshof – Tribunal Supremo, sentencia de 11 de noviembre de 2009, ZR 166/07; ITALIA, Tribunales di Milano, sentencia de 24 de noviembre de 2015, RG 55669/2012.

67 FRANCIA: *Cour de Cassation* entendió que el estilista culinario y el fotógrafo eran los cotitulares de derechos en las fotografías tomadas, por cómo había sido la contribución de ambos en la “mise en scene” para la fotografía. Sentencia del 2 de abril del 2015, 14-14 991, confirmando la sentencia de la Court d’Appelation de Paris 2014.

68 Vé.: “El plagio «constante e impune» en la cocina, una amenaza para la alta cocina”, <https://www.larioja.com/culturas/plagio-constante-impune-20180124003231-ntvo.html>, Vto. 25/9/2020.

por derecho de autor que corresponde a un tercero atribuyéndose la autoría. De manera que, si no se trata de la vulneración referida a una obra protegida, no es plagio estrictamente. Explico esto porque muchas veces se ven noticias que hacen referencia a “plagios de recetas”, por ejemplo, pero si no se trata de una obra protegida, no es plagio. No quiere decir ello que sea libre absolutamente, porque puede tratarse de actos prohibidos por ser considerados por el Derecho como competencia desleal: pero no es el instituto legal llamado plagio. Es copia, que puede ser engañosa, dar lugar a confusión, aprovechar la reputación ajena... conductas ilegales, pero no merecer la calificación técnica de plagio⁶⁹.

7. 2. 3. Protección por derecho de marcas, Trade dress

Considerada la creación culinaria como un signo ligado a una actividad económica como es la restauración, puede valorarse si hay protección marcaria posible.

Una marca es un signo que, ligado a un determinado producto o servicio que se expresa reglamentariamente vinculado a una o varias de las clases internacionales de marcas del Arreglo de Niza⁷⁰, deviene un bien inmaterial de la Propiedad Intelectual. Necesita un registro, esto es una decisión administrativa, para existir efectivamente. Particularmente, en cuanto hace a este tema, mencionemos que no solamente se pueden registrar marcas denominativas o figurativas, sino también marcas tridimensionales, es decir, la propia forma como marca.

De manera que sí, en tanto la expresión del emplatado o decoración en cuestión, puede considerarse como un signo en relación con un producto (determinado alimento) o un servicio (los servicios gastronómicos de determinado Chef o empresa), aplicando la Legislación de Marcas (en Uruguay la Ley N° 17.011 de 25 de setiembre de 1998) se podrá proteger como marca. Se puede proteger la forma tridimensional de tal emplatado o decorado como marca, mientras cumpla con las características generales requeridas al efecto por la legislación marcaria.

Se puede proteger como marca una forma particular que se agregue a un producto aplicando técnicas culinarias. El modelo de dar forma a galletitas, una forma peculiar que pueda elaborarse como “repulgue” de empanadas... en la medida que dichas formas no se deban a una función técnica y sean arbitrarias o de fantasía, no necesarias para el uso por todos los competidores y que estén disponibles, podrán ser registradas como marca.

Asimismo, en la moderna consideración de marcas no tradicionales, también puede constituir una modalidad de “trade dress” o presentación comercial. Ello implica considerar que el conjunto tridimensional que puede constituir el emplatado, tenga fuerza con aptitud distintiva como para vincular por asociación signo – objeto, a la expresión material del emplatado o decoración, con un determinado producto o servicio.

⁶⁹ Profundizamos este tema al analizar la protección mediante institutos de la propiedad intelectual de la empresa gastronómica, más adelante en este trabajo.

⁷⁰ El Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas es un convenio internacional, que establece una clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio. Su primera versión fue aprobada en Niza, en 1957. Uruguay es parte contratante de dicho Arreglo, por depósito del 19 de enero del 2000, Ley N° 17149 de 9 de agosto de 1999.

<https://www.wipo.int/treaties/es/classification/nice/>, vto. 5/octubre/2020.

7. 2. 4. Protección por diseño industrial

Así como una forma puede ser marca o estar protegida por derecho de autor, puede ser protegida por patente de diseño industrial. Es posible esta protección cuando se trata de creaciones ornamentales que se aplican sobre objetos utilitarios conocidos. En Uruguay se encuentra regulado en la Ley N° 17.164 de 2 de setiembre de 1999, que prevé la concesión de patentes de diseño industrial a las creaciones ornamentales, para lo cual debe solicitarse el título correspondiente ante el Registro que lleva la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.

A principios del siglo XXI nació una corriente de reflexión y acción en materia de diseño, llamada “*Food Design*”, que analiza específicamente todo lo que es diseño en torno a la comida, desde el producto como tal, pasando por el emplatado y decoración, abarcando incluso a todos los objetos empleados para la preparación y presentación⁷¹. La Red Latinoamericana del Food Design lo define como “*toda acción que mejore nuestra relación con los alimentos / comida en las más diversas instancias, sentidos y escalas. Estas acciones se pueden referir tanto al diseño del producto o material comestible en sí como a su contexto, espacios, interfaces, experiencias, sistemas, procesos, prácticas y territorios involucrados con los alimentos.*”⁷²

Esta corriente técnica y cultural, genera además de mercados muy específicos que protegen sus innovaciones con todos los mecanismos legales a su alcance, instancias de enseñanza tanto técnicas como a nivel académico universitario en todo el mundo⁷³. Grandes creadores del Diseño han presentado ejemplos al respecto. Modernamente se destaca la corriente denominada “*Food Design Thinking*”⁷⁴ que, dentro del Design Thinking se especializa en los aspectos de la alimentación y cocina.

En cuanto a la protección legal específica habrá que ver si corresponde, por el momento en que se la solicite, el registro como diseño industrial. Para ello tendrán que cuidar, indudablemente, que el proceso de decisión de la creación no determine que no exista novedad al momento de pretender su registro como diseño⁷⁵. De todas maneras,

71 “*Este nuevo concepto, Food Design, surge en el año 2002 a partir de la Associazione per il Disegno Industriale (ADI). El Diseño Gastronómico se concibe como una disciplina que apuesta por la unión entre el mundo gastronómico y el mundo del diseño, prestando especial atención a cómo ambos territorios se complementan mutuamente. Una de las grandes representantes de esta disciplina es Francesca Zampollo, una diseñadora, investigadora y consultora italiana, doctora en teoría del diseño sobre comida, fundadora de la Sociedad Internacional de Food Design y creadora de la primera revista sobre este tema: International Journal of Food Design.*”, IGLESIAS, Yolanda, “*Food design thinking o cómo juntar la comida, las personas y el diseño*”, <https://designthinking.gal/food-design-thinking-o-como-juntar-la-comida-las-personas-y-el-diseno/>, vto. 26/setiembre/2020 Ver especialmente la idea y desarrollos de la temática en el sitio web de Francesca Zampollo, <http://fooddesignthinking.org/>, vto. 26/setiembre/2020

72 <https://www.lafooddesign.org/>, vto. 26/setiembre/2020

73 No es ajeno el Uruguay a este desarrollo académico. La Escuela Universitaria Centro de Diseño, FADU, UDELAR dicta cursos al respecto (<http://www.fadu.edu.uy/eucd/noticias/curso-educacion-permanente-food-design-dialogos-entre-el-diseno-y-los-alimentos/>), como también lo hace la Universidad ORT (<https://fcd.ort.edu.uy/licenciatura-en-diseno-industrial/food-design>), entre otras instituciones. De ambos links vto. 26/setiembre/2020

74 “*From this perspective Food Design Thinking can be conceptualised as the process by which food designers transform knowledge and ideas derived from food science, food psychology and food culture into creative solutions.*”, ZAMPOLLO, Francesca PhD, PEACOCK, Matthew, “*Food Design Thinking: A Branch of Design Thinking Specific to Food Design.*”, en *The Journal of Creative Behavior*, Vol. 0, Iss. 0, 2016, pp. 1-10, https://www.researchgate.net/publication/302917120_Food_Design_Thinking_A_Branch_of_Design_Thinking_Specific_to_Food_Design, vto. 26/setiembre/2020

75 El régimen legal de diseño industrial en el derecho uruguayo se encuentra en la Ley N° 17.164 de 2 de setiembre de

quedará la posibilidad de protección como obra de arte industrial (a través de Derecho de Autor) o marca, tal como ya explicamos. Por ejemplo, en la Oficina Española de Patentes y Marcas se encuentra registrada como diseño industrial la forma de ciertas galletitas, Diseño Industrial D0508131⁷⁶.

7. 2. 5. La acumulación de protecciones u “overlapping”

La tendencia internacional admite que las diversas protecciones legales que merece una determinada forma bi o tridimensional puedan acumularse. Como el derecho de autor, el derecho de marcas y el diseño industrial tienen por objeto de protección diversos aspectos de una forma, pueden coincidir.

Sin perjuicio de este principio del Derecho Comparado de gran extensión, en el derecho uruguayo la “colisión” de la amplia admisión de protecciones acumuladas del artículo 87 de la Ley N° 17.164 con la opción restrictiva del texto del artículo 5 del texto reformado en el año 2003 de la Ley N° 9.739, entiendo que hoy pueden impedir en nuestro derecho tal acumulación⁷⁷. De manera que, en el Uruguay hay que optar: protección por derecho de autor por un lado, o protección por diseño industrial y marca (estas dos no son excluyentes), por otro.

No se han presentado en torno a creaciones gastronómicas conflictos al respecto, pero es una circunstancia a considerar a la hora de optar por la protección correspondiente, mientras no se apruebe la reforma correspondiente.

7. 3. Aroma de las creaciones gastronómicas

El aroma de las comidas es un elemento muy importante a la hora de identificar las creaciones gastronómicas y valorarlas⁷⁸. Incluso, el sentido del olfato – aun cuando no todas las personas tienen la misma sensibilidad - es mucho más poderoso que el sabor, aun cuando las sensaciones de ambos sentidos varían con el tiempo.

¿Hay forma de proteger el aroma u olor de las creaciones gastronómicas a través de algún instituto de la Propiedad Intelectual? Por el propio objeto de protección es claramente descartable la protección de innovaciones tecnológicas, así como el derecho de

1999, sobre patentes de invención, modelo de utilidad y diseño industrial, arts. 86 a 98.

76 Titularidad de INTERCONTINENTAL GREAT BRANDS LLC, una firma norteamericana, <http://consultas2.oepm.es/ceo/jsp/busqueda/consultaExterna.xhtml?numExp=D0508131>, vto. 5/octubre/2020.

77 Explicación suscita en 1937, Ley N° 9.739: Artículo 5.- inc. 2° “A los efectos de esta ley, la producción intelectual, científica o artística comprende:” (...) “Modelos o creaciones que tengan un valor artístico en materia de vestuario, mobiliario, decorado, ornamentación, tocado, galas u objetos preciosos, siempre que no estuvieren amparados por la legislación vigente sobre propiedad industrial.” Es decir: había que optar.

En 1999, Ley N° 17.164 “Artículo 87.- La protección conferida a un diseño industrial en aplicación de la presente ley, no excluye ni afecta la protección que pudiere corresponder al mismo diseño en virtud de otros regímenes de protección de la propiedad intelectual.” Es decir, deja sin efecto la opción, por la acumulación.

En 2003, artículo 5 de la Ley N° 9.839 se reitera expresamente en el texto dado por la Ley N° 17.616 de 10/enero/2003, por lo que reviviendo el texto que había sido derogado en el 1999, restringe desde ese entonces el alcance del artículo 86 y nuevamente hay que optar entre uno y otro sistema.

78 “En la nariz tenemos entre 5 y 10 millones de células olfativas para percibir los olores”, aun cuando el olfato se ve limitado a las moléculas suspendidas en el aire o llamadas también “pequeñas”, BARHAM, Peter, “La cocina y la ciencia”, tr. Rosa María Oria Almudí, Acribia, Zaragoza, 2003, pág. 31.

autor. En este último caso, porque no se trata de una creación original de goce estético, pues parte de una combinación de productos y/o técnicas para lograr determinada identidad de aroma.

Como signo olfativo corresponde con la noción de marca. Es decir, un signo percibible por un sentido, en este caso el olfato, que se pueda ligar o asociar con un producto o servicio, en este caso el plato o comida en cuestión. Destaquemos que, para que el aroma o un olor pueda ser marca merece la misma consideración que cualquier otro signo: no puede tratarse de una característica necesaria en todos los alimentos o platos correspondiente (ningún aroma a chocolate puede identificar una torta de chocolate...), no puede ser genérico ni descriptivo. No obstante, para que prosperen las marcas olfativas falta la estabilidad de la tecnología que recoja y archive un aroma u olor, en el Registro de marcas, de manera que resulte referible y comparable con demás siglos posteriores⁷⁹.

Por lo tanto, si bien conceptualmente un aroma u olor como signo, siguiendo las reglas generales para que cualquier signo sea marca (en el caso uruguayo reafirmadas en los arts. 4 y 5 de la Ley 17.011), todavía no existe en el mundo un sistema tecnológico para su registro eficaz a tales efectos.

7. 4. El sabor de las creaciones gastronómicas

El sabor identifica o caracteriza a un plato, comida o ingrediente. Una vez cumplida su función primitiva de calmar el hambre o nutricional, la combinación de alimentos mediante técnicas culinarias pretende desarrollar y provocar el sentido del sabor.

No obstante, el trabajo que procura tal objetivo no tiene una definida protección como creación intelectual. No es una creación tecnológica, no es un signo que se perciba según requerimientos registrales marcarios y, además, tampoco se puede manifestar de manera certera como para constituir un signo distintivo. Ni siquiera se trata de una creación con originalidad, materializable o exteriorizable.

La Ciencia explica que el sentido del gusto presenta muy diversa sensibilidad según las personas y su bagaje de experiencias e, incluso, es esencialmente cambiante en la misma persona⁸⁰.

En este último sentido, hay un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del año 2018 que deja en claro dicha imposibilidad⁸¹, tratándose del sabor añá-

79 “¿Llegan o no?... Las marcas olfativas”, Beatriz Bugallo

<http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2017/11/llegan-o-no-las-marcas-olfativas.html>, vto. 25/setiembre/2020

80 “Cuando nos llevamos un alimento a la boca, las moléculas aromáticas que ya están disueltas en agua (por ej., las de una salsa, etc.), llegan antes a las papilas gustativas y proporcionan una primera sensación de sabor en la boca. Al masticar los alimentos vamos liberando nuevas moléculas como consecuencia de las reacciones químicas que tienen lugar en la boca. Por lo tanto, la sensación sávida puede cambiar cada vez que masticamos un bocado.”, BARHAM, Peter, “La cocina y la ciencia”, tr. Rosa María Oria Almudí, Acribia, Zaragoza, 2003, pág. 30.

81 UNIÓN EUROPEA: Ver sentencia del 13 de noviembre de 2018 del TJUE, Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV, C 310/2017, en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=369574B249966FC00EE94FB6EDC7C-77D?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3404509>, vto. 25/setiembre/2020.

dido a un queso. Una empresa que producía y colocaba comercialmente en el mercado un queso blando añadiéndole determinadas hierbas se agravió judicialmente porque un competidor elaboró un producto similar (también queso blando con las mismas hierbas). La presentación de ambos productos era distinta, pero la elaboración – al menos en cuanto al sabor añadido – era igual. El juzgado donde originalmente se presentó el conflicto decidió elevarlo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien entendió que el sabor apela a sensaciones gustativas que enlazan con una experiencia personal, sujeta a factores distintos según cada persona. Esta característica no hace al sabor una obra con el grado de objetividad, precisión y estabilidad necesarios como expresión de una idea, de manera que no puede protegerse como derecho de autor⁸².

8. Cocina tradicional regional

8.1. Concepto de cocina tradicional regional.

Se define como “cocina tradicional regional” al acervo de la combinación de productos y técnicas, documentados en recetas ligadas a un territorio específico, que han tenido desarrollo histórico identificando a la comunidad donde se realizan. Se trata de un concepto lineal, de desarrollo lógico, dado lo que representa comer para la humanidad⁸³. Mucho se ha escrito sobre el tema, máxime actualmente, pues progresivamente se les está concediendo la merecida relevancia como instrumento o política de desarrollo sustentable de comunidades.

La antropología de la alimentación, en particular, estudia diversos aspectos a la hora de analizar las cocinas tradicionales regionales, ya sean los alimentos dentro de la cosmovisión de las comunidades, la relación de la cocina y alimentación como determinantes de la identidad de las sociedades, así como el impacto de cocina y alimentación en la Historia Universal.

Con énfasis en la esencia y misión cultural de las creaciones culinarias, la cocina tradicional o recetas tradicionales, han merecido acciones legales de protección a diversos niveles. De esta manera no solamente se asegura que se mantengan como tales, a través de la instrumentación de la defensa del menoscabo de su calidad por parte de terceros ajenos al ámbito social donde se originan, sino también destacándolas como forma de potenciar actividades económicas como el turismo.

8.2. Declaración de Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, UNESCO

Los conocimientos respecto de alimentos, técnicas y arte en general, que se integran en las cocinas tradicionales regionales, forman el patrimonio intangible cultural de sociedades y comunidades, además de constituir un verdadero motor para las economías

82 Algunos conceptos y datos al respecto se pueden encontrar en el siguiente post de mi blog: “El sabor de un alimento no se protege”, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2018/11/el-sabor-de-un-alimento-no-se-protege.html>, vto. 26/setiembre/2020

83 Para MINTZ comer no es una actividad puramente biológica, los “... alimentos que se comen tienen historias asociadas con el pasado de quienes los comen; las técnicas empleadas para encontrar, procesar, preparar, servir y consumir esos alimentos varían culturalmente y tienen sus propias historias. Y nunca son comidas simplemente; su consumo está condicionado por el significado...”. MINTZ, Sidney, “Sabor a comida, sabor a libertad. Incursiones en la comida, la cultura y el pasado.”, tr. Victoria Schussheim, Ediciones de la Reina Roja, S.A. de C.V., México D.F., 2003, pag. 28.

de los territorios donde se desarrollan. Esta característica ha determinado que las cocinas regionales, dietas, platos o recetas calificables como tradicionales, de muchos lugares del mundo, puedan ser objeto de declaración como “Patrimonio cultural inmaterial”, en adelante PCI⁸⁴. El sistema de declaraciones de ciertos bienes culturales intangibles como Patrimonio de la Humanidad se sustenta en las disposiciones de la Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial aprobada en el año 2003, administrada por la UNESCO⁸⁵. Existía ya el concepto de Patrimonio de la Humanidad aplicable a bienes o aspectos materiales esenciales de la cultura, de manera que se dio la evolución y traslado al mundo de los bienes culturales inmateriales que merecía análoga valoración⁸⁶.

A continuación mencionamos varios ejemplos de bienes inmateriales relacionados con la gastronomía declarados “Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad”⁸⁷, con el agregado del año de su incorporación a la correspondiente Lista representativa⁸⁸:

1. a) cocina tradicional mexicana, cultura comunitaria, ancestral y viva - El paradigma de Michoacán, Mexico, 2010⁸⁹;

b) Comida gastronómica de los franceses, 2010⁹⁰;

c) Elaboración de pan de especias del norte de Croacia, 2010⁹¹;

d) Dieta mediterránea, para Chipre, Croacia, España, Grecia, Italia, Marruecos y Portugal, 2013⁹²;

84 Detallada información en el siguiente link: <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> vto. 26/setiembre/2020

85 Link al documento: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_spa, vto. 26/setiembre/2020.

86 Comenzó el análisis de su pertinencia en una encuesta a nivel mundial, originada en una reunión de expertos en Turín en el año 2001, que dio lugar a aportes muy valiosos que definieron el texto de la Convención del 2003. Ver antecedentes de esta actividad en el siguiente link: https://ich.unesco.org/en/events?meeting_id=00057#meet_00057, vto. 26/setiembre/2020.

87 Desde el año 2010 comenzó a admitirse la gastronomía como una categoría dentro de las posibilidades para la declaración de PCI. Sobre la importancia y significado en la comunicación de estas circunstancias, FUSTÉ-FURNÉ, Francesc, “Los paisajes de la cultura: la gastronomía y el patrimonio culinario”, en *Dixit* n.º 24, enero-junio 2016, pág. 04-16, <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadixit/article/view/1166>, vto. 26/setiembre/2020.

88 El contenido de las Listas representativas de PCI y el Registro de Buenas Prácticas de Salvaguarda, se pueden encontrar en el siguiente LINK: <https://ich.unesco.org/es/listas>, vto. 26/setiembre/2020. En la Lista Representativa hay más de 400 elementos, en la Lista de Salvaguardia Urgente 35 y 11 programas, proyectos y actividades para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

89 <https://ich.unesco.org/es/RL/la-cocina-tradicional-mexicana-cultura-comunitaria-ancestral-y-viva-el-paradigma-de-michoacan-00400>, vto. 26/setiembre/2020

90 “Es una comida festiva en la que los comensales reunidos practican el arte del buen comer y del buen beber. La comida gastronómica subraya la importancia que tienen el hecho de sentirse a gusto juntos, el placer de degustar manjares y bebidas, y la armonía entre los seres humanos y los productos de la naturaleza.” <https://ich.unesco.org/es/RL/la-comida-gastronomica-de-los-franceses-00437>, vto. 26/setiembre/2020

91 <https://ich.unesco.org/es/RL/la-elaboracion-del-pan-de-especias-en-el-norte-de-croacia-00356>, vto. 26/setiembre/2020

92 “La dieta mediterránea comprende un conjunto de conocimientos, competencias prácticas, rituales, tradiciones y símbolos relacionados con los cultivos y cosechas agrícolas, la pesca y la cría de animales, y también con la forma de conservar, transformar, cocinar, compartir y consumir los alimentos. El acto de comer juntos es uno de los fundamentos de la identidad y continuidad culturales de las comunidades de la cuenca del Mediterráneo.” <https://ich.unesco.org/es/RL/la-dieta-mediterranea-00884#diaporama>, vto. 26/setiembre/2020

2. e) El lavash: preparación, significado y aspecto del pan tradicional, como expresión cultural en Armenia, 2014⁹³;

3. f) La preparación tradicional del “kimchi” en la República Popular Democrática de Corea, 2015⁹⁴;

4. g) El plato tradicional “oshi palav” y sus contextos socioculturales en Tayikistán, 2016⁹⁵;

5. h) El arte de los ‘pizzaioli’ napolitanos, Italia, 2017⁹⁶;

I) Nsima, práctica culinaria tradicional de Malawi, 2017⁹⁷.

En el expediente correspondiente a cada una de las declaraciones de PCI, que está a la vista on line, al lado del nombre en la Lista correspondiente, se explican los detalles que le hacen merecedor y en qué consiste la práctica debida para el producto o actividad correspondiente.

El significado de esta declaración de PCI tiene diversos niveles. Desde el punto de vista cultural está fijando una caracterización de la realidad, como bien, producto o práctica con interés de mantener y delimitando las aplicaciones históricamente “genuinas” de las variantes o desgaste de las prácticas contrarias a la tradicional.

Sin dudas, también, para el interés público marca la existencia de un valor cultural que se puede explotar desde la industria turística en muchos sentidos, para el caso concreto de la gastronomía. Proporciona, de esta manera, un mecanismo apto para el desarrollo económico. En esta dimensión significa también que la realización de las recetas o prácticas declaradas PCI no puede ser monopolizada por ningún operador empresarial. Tienen un reconocimiento general, de interés general en su existencia y “salvataje”, término que utiliza la UNESCO cuando se trata de cuidar que no decaigan ni desaparezcan los declarados como tales bienes. Como valor cultural el propio Estado se encuentra involucrado en su mantenimiento.

93 <https://ich.unesco.org/es/RL/el-lavash-preparacion-significado-y-aspecto-del-pan-tradicional-como-expresion-cultural-en-armenia-00985> vto. 26/setiembre/2020

94 “El *kimchi* es una preparación culinaria confeccionada a base de diferentes verduras y hortalizas, o plantas silvestres, que se sazonan con especias, frutas, carne, pescado o mariscos fermentados antes de que sufran una fermentación láctica.”, <https://ich.unesco.org/es/RL/la-preparacion-tradicional-del-kimchi-en-la-republica-popular-democratica-de-corea-01063> vto. 26/setiembre/2020

95 “Entre las comunidades de Tayikistán, la preparación y consumo del plato de pilaf tradicional llamado *oshi palav* se considera una práctica que forma parte integrante de su patrimonio cultural. Considerado el “plato rey”, tiene hasta 200 variantes y se prepara con los siguientes ingredientes básicos: arroz, verduras, carne y especias.”, <https://ich.unesco.org/es/RL/el-plato-tradicional-oshi-palav-y-sus-contextos-socioculturales-en-tayikistan-01191> vto. 26/setiembre/2020

96 “El arte de los “pizzaioli” napolitanos es una práctica culinaria consistente en preparar en cuatro etapas la masa de una pizza y hornearla con fuego de leña, dándole vueltas. Esta práctica cultural nació en Nápoles, la capital de la región de Campania, donde viven y trabajan actualmente unos 3.000 “pizzaioli” que mantienen estrechos lazos de convivencia con las comunidades locales.”, <https://ich.unesco.org/es/RL/el-arte-de-los-pizzaioli-napolitanos-00722> vto. 26/setiembre/2020

97 “Práctica culinaria tradicional de Malawi el vocablo “nsima” designa tanto unas gachas espesas –generalmente preparadas con harina de maíz– como toda la serie de platos preparados con ellas.”, <https://ich.unesco.org/es/RL/nsima-practica-culinaria-tradicional-de-malawi-01292> vto. 26/setiembre/2020

Fuera de este sistema de expreso reconocimiento de valores culturales de ciertas comidas y productos, cabe destacar que en algunos países se pueden aplicar disposiciones legales específicas para casos de comidas y alimentos vinculados con la biodiversidad, reconociendo que se trate de recursos genéticos y propios del conocimiento tradicional de comunidades indígenas. Se trata de desarrollos normativos derivados de la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992⁹⁸, de Río de Janeiro y su sistema normativo relacionado, que si bien en varios de los países sudamericanos rige hace años, todavía no tenemos desarrollos al respecto en el Uruguay.

8. 3. Signos vinculados con un lugar geográfico

8. 3. 1. Alternativas de protección

Siendo tan estrecha la relación entre alimentos, cocina y emplazamiento geográfico de producción o desarrollo cultural, es muy claro que los signos distintivos que se definen con directa relación con el lugar geográfico encuentran en el mundo de las creaciones gastronómicas numerosos casos de aplicación⁹⁹.

Nos referimos, en primer lugar, concretamente a la denominaciones de origen, signo cuyo primer tratado internacional es del año 1958, el Arreglo de Lisboa para la protección de las denominaciones de origen y el Registro Internacional¹⁰⁰. En segundo lugar, nos referimos a las indicaciones geográficas, modernos signos definidos desde el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relativos al Comercio (AADPIC), Apéndice 1C al Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994¹⁰¹.

En nuestro país se introdujo la regulación formal de las indicaciones geográficas, como género comprensivo de las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia, en la reforma del Derecho de Marcas, que se aprobó como Ley N° 17.011 de 25 de setiembre de 1998. Posteriormente, por Ley N° 19670 de 15 de octubre de 2018, se reformó el sistema, añadiéndose a la indicación geográfica como tal, en sentido estricto. En definitiva, en Uruguay tenemos los siguientes signos distintivos en relación con lugares geográficos:

a) indicaciones geográficas, aquella que identifica un producto o servicio como originario de un país, una región o una localidad, cuando determinada calidad, reputación u

98 El Convenio sobre la Diversidad Biológica quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Hasta la fecha hay 193 Estados Partes. En Uruguay fue aprobado dicho Convenio por Ley N° 16.408 de 27 de agosto de 1993. Más información sobre este Convenio: <https://www.cbd.int/intro/>, vto. 5/octubre/2020.

99 Según la base de datos global sobre indicaciones geográficas en el mundo hay aproximadamente 8.600 indicaciones registradas en los distintos continentes. Cabe acotar que no todos los registros son estrictamente denominación de origen o indicación de procedencia, pues la citada base toma en cuenta también las marcas colectivas o de certificación que incluyen referencia a localización geográfica. LINK: <https://www.origin-gi.com/i-gi-origin-worldwide-gi-compilation-uk.html>, Vto. 26/setiembre/2020

100 Uruguay no es parte de este Tratado. Se pueden consultar diversos recursos al respecto en el siguiente link: <https://www.wipo.int/treaties/es/registration/lisbon/index.html>, vto. 26/setiembre/2020.

101 Nuestro país ingresó al sistema de la OMC y por lo tanto a los parámetros de propiedad intelectual del AADPIC según ratificación por Ley 16.671 de 13 de diciembre de 1994, publicado en el DO 11/11/1994.

Información varia de la OMC al respecto: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm, vto.26/setiembre/2020.

otra característica del mismo sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, artículo 74 inc. 1º, Ley N° 17.011;

b) denominaciones de origen, el nombre geográfico de un país, ciudad, región o localidad, que designa un producto o servicio cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, incluidos factores naturales y humanos, artículo 75 Ley N° 17.011.

La diferencia entre indicación geográfica propiamente dicha y denominación de origen radica en la intensidad de la caracterización de productos o servicios que se vinculan con un determinado lugar geográfico ya sea solamente “fundamental” o “esencial”, respectivamente.

También se encuentra reglamentada la indicación de procedencia, que consiste en el uso de un nombre geográfico en un producto o servicio que identifica el lugar de extracción, producción, fabricación o prestación del mismo, artículo 74 inc. 2º, Ley N° 17.011. En este caso no se trata de un instituto que atribuya derechos en particular a un operador, sino una afirmación que debe ser real, respecto de la procedencia (producción, fabricación, prestación de servicio), para todos los operadores del lugar geográfico que se trate, sin necesidad de registro alguno.

Además de los mencionados signos distintivos, para los casos en que una explotación comercial en un lugar geográfico no haya adquirido fuerza como indicación geográfica, se utiliza el mecanismo de las marcas colectivas o de certificación. Son sus conceptos:

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

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

Cuando una comunidad local tiene un desarrollo relacionado con la gastronomía, una forma de consolidarlo es organizarse para que todos los productores o prestadores de ese servicio tengan un signo en común. Los presentará como colectivo con cierta característica, sin perjuicio de sus marcas particulares que también se añadan en la presentación al mercado.

La fuerza de mercado de tales signos estará en relación directa con la particularidad – especialmente el nivel cuidado de calidad al respecto – referida en el Reglamento de Uso respectivo, a la cual todos los involucrados se hayan comprometido¹⁰². Y la cumplan.

102 Perú es un gran ejemplo de creciente aprovechamiento de estos signos para desarrollo sustentable de comunidades locales, desarrollando el llamado turismo gastronómico, además.

8. 3. 2. Registros efectivamente realizados

Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas tienen desarrollo en las comunidades de mayor arraigo, con raíces históricas fuertes. En Europa surge la elaboración del marco legal nacional e internacional correspondiente, no es de extrañar que sea el continente donde tienen mayor desarrollo¹⁰³. Incluso tiene un sistema de alcance regional¹⁰⁴ de denominaciones de origen protegidas (DOG) e indicaciones geográficas protegidas (IGP), superpuesto a su vez a los regímenes nacionales de los países europeos¹⁰⁵.

En estos últimos tiempos se viene trabajando mucho en estos conceptos en Asia¹⁰⁶, Oceanía¹⁰⁷ y en África. En este continente se ha formulado una estrategia integral para el fomento de las Indicaciones Geográficas reconociéndolas como elemento clave para impulsar el desarrollo social y económico¹⁰⁸.

En Latinoamérica también se pueden reconocer crecientes ejemplos. En Sudamérica hay un total algo mayor a 400 registros, donde todavía no son mayoritarias las indicaciones referidas a alimentos o agricultura (predominan bebidas, especialmente vinos)¹⁰⁹. Centroamérica y Caribe presenta algo más de 70 registros, Norteamérica algo más de 400¹¹⁰.

En Uruguay, si bien hace más de veinte años que existe la legislación, no se ha registrado ninguna denominación de origen uruguayo. Tampoco, hasta ahora ninguna

103 “El estudio se ha basado en las 3.207 denominaciones de productos protegidas existentes en los 28 Estados miembros a finales de 2017 (a finales de marzo de 2020), el total de denominaciones protegidas ascendía a 3.322”, afirmación que informa con precisión el número de registros a nivel europeo, en un estudio relacionado con el valor total en euros que el comercio de productos con Indicaciones Geográficas hacer circular en dicho territorio, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a7281794-7ebe-11ea-aea8-01aa75ed71a1>, vto. 26/setiembre/2020.

104 En este LINK se encuentra la base de datos para acceder al total registrado a nivel de la Unión Europea: <https://ec.europa.eu/agriculture/quality/door/list.html>, vto. 26/setiembre/2020

105 Solamente para tener presente datos europeos: el 35 % del producido por comercialización de productos/servicios con indicaciones geográficas protegidas corresponde a los productos agrícolas y alimentarios, equivaliendo a 27.340 millones de euros, en el año 2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_20_683, concretamente en este estudio <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a7281794-7ebe-11ea-aea8-01aa75ed71a1>, vto. 26/setiembre/2020.

106 Al mes de enero del 2019, se encontraban registradas 346 Indicaciones Geográficas en los países asiáticos, incluyendo 37 extranjeras, tal como releva el documento que se puede encontrar en el siguiente LINK: https://euipoef.eu/sites/default/files/arise-docs/2019/ASEAN_GI-Booklet.pdf, vto. 26/setiembre/2020.

El porcentaje relacionado con alimentos es todavía menor, pero entre las alimentarias se destacan como muy exitosas las relacionadas con pimienta en Indonesia y Malasia, que son de las más importantes. También se destacan “Binh Thuan Dragon Fruit” y “Phu Quoc Fish Sauce” en Viet Nam, entre las más conocidas, según relevamiento de la FAO, la agencia de Naciones Unidas para la alimentación. <http://www.fao.org/3/ag130e/AG130E13.htm>, vto. 26/setiembre/2020

107 En Oceanía se identificaron 136 registros, siempre según la base de datos “origin” <https://www.origin-gi.com/i-gi-origin-worldwide-gi-compilation-uk.html>, Vto. 26/setiembre/2020

108 La información y búsqueda para África se centraliza en “The Pan-African Geographical Indications information hub” el siguiente link <https://africa-gi.com/en>, vto. 26/setiembre/2020. Según luce la base de datos global de ORIGIN, al día de hoy existen 187 registros de indicaciones geográficas en África. <https://www.origin-gi.com/i-gi-origin-worldwide-gi-compilation-uk.html>, Vto. 26/setiembre/2020

109 Argentina 111, Bolivia 5, Brasil 71, Chile 143, Colombia 59, Ecuador 6, Perú 10, Uruguay 4, Venezuela 3, LINK: <https://www.origin-gi.com/i-gi-origin-worldwide-gi-compilation-uk.html>, Vto. 26/setiembre/2020

110 En Centroamérica predominan las IIGG sobre café, hay también algunas de chocolate. En Norteamérica tampoco predominan los registros de productos agrícolas u otras creaciones culinarias. En ambos casos, recordemos que el registro que tomamos como fuente de información incluye también protecciones por marca colectiva o de certificación, así como normas legales específicas. LINK: <https://www.origin-gi.com/i-gi-origin-worldwide-gi-compilation-uk.html>, Vto. 26/setiembre/2020

indicación geográfica, aún siendo menos rigurosa la prueba exigible. Existen sí marcas colectivas y de certificación – pocas – que hacen referencia a origen geográfico. Ellas son¹¹¹: “Uruguay Certified natural beef”, para carne vacuna; b “Uruguay Certified natural lamb” para carne ovina; c “Vaquería del Este”, también para carne vacuna; las dos primeras marcas de certificación, la tercera marca colectiva.

8. 4. Protección legal especial, diversa de la Propiedad Intelectual

La cocina tradicional ha sido objeto de protección en algunos países por un régimen específico, diverso de la Propiedad Intelectual. Se trata de una solución adoptada en algunos territorios para promover el mantenimiento de las técnicas y productos culinarios que, siendo tradicionales, tienen un rol fundamental para la historia y el desarrollo socio económico de diversas comunidades. Este tipo de protección no se sustenta necesaria o específicamente en una vinculación geográfica.

El caso líder en este tema es el de la Comunidad Europea: la Especialidad Tradicional Garantizada, en adelante ETG. En Latinoamérica, tenemos el caso de Ecuador que ha reglamentado las especialidades tradicionales garantizadas, en el “Código Ingenios”, ley reguladora de la Propiedad Intelectual¹¹². Por otra parte, hace varios meses que en Perú se habla de un régimen inspirado en el caso europeo, pero que todavía no ha sido puesto en marcha¹¹³.

En 2019 se presentó en Francia un proyecto de Ley organizando el control y certificación de las creaciones culinarias nacionales francesas¹¹⁴.

Más allá de estos sistemas especiales, que constituyen algún tipo de registro, algunos países han creado una lista de productos nacionales tradicionales, como manera de destacar el nivel de calidad sin que por ello adquieran ningún tipo de derechos exclusivos de explotación, en las cuales se suelen destacar productos alimenticios y creaciones culinarias¹¹⁵.

8. 4. 1. Especialidad Tradicional Garantizada en la Unión Europea.

El régimen de la Especialidad Tradicional Garantizada fue aprobado por Reglamento (CE) N° 509/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre las especialidades tra-

111 Puede verse con extensión cada registro en la Base Pública de Marcas y Patentes de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, Uruguay. <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/tramites-y-servicios/servicios/base-publica-marcas-patentes>, <https://rad.miem.gub.uy/pamp/>, vto. 26/setiembre/2020.

112 Ley de 1° de diciembre de 2016, que se puede consultar en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec075es.pdf>, vto. 26/setiembre/2020.

113 Se puede conocer el proyecto y consideraciones de la práctica en cuanto al proyecto peruano escuchando el siguiente video organizado por IP Time, cuyo expositor fue el abogado peruano Jean Carlo Costa, el día 7 de agosto del 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=frxwLDW5wdM&t=305s>, vto. 26/setiembre/2020.

114 Ver el proyecto: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/protection_recettes_culinaires, vto. 26/setiembre/2020

115 Uno de tantos ejemplos en tal sentido es la Lista de Productos Tradicionales que fue creada por el gobierno de Polonia en el año de 2005, Act on registration and protection of agricultural products and foodstuffs and traditional products of 17 December 2004 (Dz.U. 2005, no 10, item 68 and 2008, no 171, item 1056 and 2009 no 216, item 1368). Se encuentra a cargo del Ministerio de Agricultura y desarrollo local. <http://ksow.pl/en/traditional-regional-products/traditional-products-list.html>, vto. 26/setiembre/2020.

dicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios, rigiéndose también por Reglamento (CE) N° 1216/2007 de la Comisión, de 18 de octubre de 2007, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 509/2006 del Consejo sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios¹¹⁶.

El artículo 1, numeral 1 del Reglamento del 2006 define la ETG estableciendo que “se podrá reconocer una especialidad tradicional garantizada para:

a) los productos agrícolas destinados a la alimentación humana que figuran en el anexo I del Tratado;

b) los productos alimenticios que figuran en el anexo I del presente Reglamento.”

En el mencionado anexo I se hace referencia a determinados productos en particular: cerveza, chocolate y demás preparaciones alimenticias que contengan cacao, productos de confitería, panadería, panadería fina, pastelería y galletería, pastas alimenticias, incluso cocidas o rellenas, platos precocinados, salsas sazonadoras preparadas, sopas o caldos, bebidas a base de extractos de plantas, helados y sorbetes.

Para la existencia de una ETG se debe solicitar el registro, acreditando los diversos extremos del concepto y cobertura posible de productos, entre otros requisitos formales que exige la reglamentación¹¹⁷.

8. 4. 2. Especialidades Tradicionales Garantizadas en Ecuador

En Ecuador, las ETG se encuentran reguladas en los artículos 447 a 454 del “Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación.”. El artículo 447 las define así “Se entenderá por Especialidad Tradicional Garantizada (ETG), a la identificación del tipo de producto agrícola o alimenticio que cuenta con características específicas debido a que ha sido producido a partir de materias primas o ingredientes tradicionales, o, cuenta con una composición, elaboración o producción o transformación tradicional o artesanal que correspondan a la identidad cultural práctica tradicional aplicable a ese producto o alimento.

La protección como especialidad tradicional garantizada otorga el derecho a incorporar en el etiquetado o en cualquier otro tipo de publicidad que promocióne al producto la indicación “Especialidad Tradicional Garantizada” o sus siglas “ETG”. ”

La existencia de una ETG depende del registro correspondiente que se realizará acreditando los extremos en cuanto a procedencia y composición que plantea la definición. Habrá agrupaciones para cada uno de los productos o servicios que se encuentren pro-

116 Consultar en: http://publications.europa.eu/resource/cellar/a1b5886e-72c0-484e-bb85-7e1a54a8c343.0003.02/DOC_2, vto. 26/setiembre/2020

117 Algunas de las recetas protegidas al día de hoy son: 4 de España (Jamón Serrano, Leche de Granja, Panellets, Tortas de Aceite de Castilleja de la Cuesta) Consultar detalles en el siguiente LINK: <https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/calidad-agroalimentaria/calidad-diferenciada/especialidades-tradicionales-garantizadas/>, vto. 26/setiembre/2020. También 2 de Inglaterra (“Traditional farmfresh turkey” y “ Traditionally farmed Gloucestershire Old Spots pork”), entre otros.

tegidos por una ETG, ante la cual se deberán plantear las denuncias o quejas en cuanto a eventuales incumplimientos o falsificaciones respecto del sistema¹¹⁸.

9. La “Cocina de Autor”

Acostumbramos a escuchar la referencia a “Cocina de Autor” cuando se destaca al creador, llámesele cocinero, restaurador o chef, que elabora los platos y divulga su imagen asociada a su cocina. Si bien la expresión es relativamente nueva, son centenares los chefs que se conocen en la Historia, seguro muchísimos menos que los destacados en cada tiempo histórico.

El origen de la expresión es muy particular. Surge de los dichos de un personaje literario, el detective Pepe Carvalho – creación del escritor y gastrónomo Manuel Vázquez Montalbán¹¹⁹ – aludiendo a cocineros o restauradores no cocineros que formulaban una modernizada estrategia de cocinas, renovando o “reversionando” la cocina tradicional. Es, sin duda, reconocer la visión moderna de algunos de los líderes de “los fuegos”, como se suele llamar a la cocina, del siglo XXI¹²⁰.

La referencia a “Cocina de Autor” no implica automáticamente ni necesariamente que todo lo que lleva a cabo ese cocinero–chef-creador tenga protección por el derecho de autor. Habrá que analizar cada caso.

Se trata de un estilo, sin dudas. Como impronta personal contribuye a fortalecer la identidad de los aportes o trabajos de dicho profesional del arte culinario. Ello tiene incidencia en lo que puede ser una defensa en casos de competencia desleal, en la medida que efectivamente la elaboración de identidad tenga fortalezas identitarias. Me refiero a situaciones en las cuales un competidor adopte elementos de la actividad económica culinaria propios de otro operador, aplicándolos de manera desleal “contrarios al uso honesto en el mercado” al decir del art. 10 bis del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial y contra la Competencia Desleal, norma sustantiva todavía vigente en el Uruguay.

10. ¿El Chef que cocina por televisión es un intérprete?

En este mundo de telecomunicaciones y plataformas, cuando se produce un programa o un segmento de un programa en el cual se realizan recetas de cocina, se puede decir que el cocinero o chef que lo lidera es un artista intérprete, en el sentido de la Convención de Roma de 1961 que reglamenta a nivel internacional este tema¹²¹. Ello es así,

118 Algunas de las EGT registradas en Ecuador son las Cascaritas y la Chugchucara (plato a base de fritura de piel de cerdo), Cocada Negra (dulce a base de coco), Tamal Lojano (masa de maíz rellena), entre algunas otras.

119 VAZQUEZ MONTALBÁN, Manuel, “Saber o no saber”, Ediciones B. S.A., Barcelona, 2002, también denominado “Carvalho Gastronómico”, donde compendia distintos momentos con conocimientos culinarios en las novelas del detective Pepe Carvalho, así como un vocabulario.

120 Dato en: <https://sites.google.com/site/cocinadeautordamian/historia-de-la-cocina-de-autor>, y en <https://www.elobservador.com.uy/nota/la-cocina-de-autor-201557000>, donde se mencionan algunos chefs que realizan “Cocina de Autor” en Uruguay. Ambos links vtos. 26/setiembre/2020

121 CONVENCION DE ROMA sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961. Hasta la fecha hay 92 Partes.

https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/rome/trt_rome_001es.pdf, vto. 5/octubre/2020.

por más que en determinadas circunstancias deba improvisar o reaccionar a situaciones no guionadas. Las primeras presentaciones en televisión acompañan el surgimiento de dicho medio: dicen que el primer “chef mediático”, como le decimos hoy, fue Xavier Marcel Boulestin que protagonizó un programa en la British Broadcasting Corporation - BBC de Londres en 1937¹²². Actualmente hay propuestas de programación completa con tales contenidos, hace décadas, como por ejemplo el canal argentino de televisión cable “El Gourmet”.

Se trata de producción de obras audiovisuales, con las particularidades como obra protegida por derecho de autor que correspondan y la consideración que merezca, como programa guionado o producción audiovisual, tal como sucede en general con los diversos contenidos que se transmiten por radiodifusión o Internet.

En estas circunstancias los derechos de propiedad intelectual suelen derivar de un verdadero entramado contractual, más allá del rol del productor de la obra audiovisual que según la ley concentra los derechos patrimoniales correspondientes al derecho de autor, art. 29 de la Ley uruguaya N° 9.739.

¿De quién es la receta que el participante en un reality de cocina crea para ganar alguno de los desafíos del programa de televisión? La respuesta a esta pregunta, en los hechos, es que se suscriben contratos que aseguran que los derechos patrimoniales de las distintas creaciones correspondan a la productora audiovisual. A la previsión de cláusulas contractuales queda acotado, normalmente, en la actividad empresarial profesional toda la temática de Propiedad Intelectual en producciones audiovisuales.

11 La empresa de servicios gastronómicos y otras actividades relacionadas con la gastronomía

En torno a las creaciones gastronómicas surgen numerosas, siempre renovadas, actividades que ofrecen o potencian las creaciones culinarias. Tales actividades innovadoras también pueden ser objeto de protección por la Propiedad Intelectual, herramienta y estrategia de su desarrollo. Son muy variadas. No solamente comprenden establecimientos de servicios gastronómicos, sino también academias de enseñanza de cocina, museos gastronómicos, diseño de todo tipo de aparatos de precisión y mecánicos, así como productos para utilización de quienes se desempeñan en cocinas. Hay también aplicaciones informáticas para que cada quien organice sus recetas a modo de “recetario clasificado” y toda la nueva tecnología de inteligencia artificial en torno al acto gastronómico. Presentaremos algunas de ellas.

Uruguay aprobó dicha Convención por Decreto Ley N° 14.587 de 21 de octubre de 1976, el depósito correspondiente fue el 4 de julio de 1977. Los derechos conexos, correspondientes a artistas intérpretes se regulan en el derecho nacional por Ley N° 9.739, especialmente artículos 36 y ss.

122 “The chef’s name is Xavier Marcel Boulestin, and the show, *Cook’s Night Out*, aired on the BBC in January of 1937, for the benefit of those poor British souls whose at-home kitchen staff had vamoosed for the evening. If that sounds a little niche, consider that a television just then cost an inflation-adjusted price of more than seven thousand dollars; only the super-rich could afford them.”, “Boulestin’s omelette, white and perfect, is considered to be the very first dish ever cooked on television.”, BUSTILLOS, María, “The Chef for every Age”, <https://www.eater.com/2016/7/6/12095640/marcel-boulestin-chef-cookbook-history>, vto. 3/octubre/2020 Boulestin se presentaba cocinando de traje y corbata. Se pueden localizar y ver sus programas en el archivo de la BBC y en Youtube se escucha el archivo sonoro de su primer programa. <https://genome.ch.bbc.co.uk/70c5577a83c6414dae211f6d487fe426>, <https://www.youtube.com/watch?v=ctvxAdh6Rk>, vto. 3/octubre/2020

11. 1. La empresa de servicios gastronómicos

La producción de comidas o platos constituye el centro de la industria gastronómica, sea en establecimientos donde se sirven directamente, foodtrucks o prestación de servicios de catering. En todo caso hay un responsable creador o elaborador de recetas, menús y platos, que determina que la experiencia de consumo sea algo especial.

Estos establecimientos comerciales tienen un nombre comercial que los distingue en el mercado, que puede ser registrado como marca de servicios. Además, varias veces también coincide la denominación social de la sociedad comercial titular de la empresa, con el nombre y marca.

A veces el propio chef es el titular de la empresa, hasta su nombre personal puede ser también el nombre comercial del establecimiento. También puede tratarse de un inversor que contrata a todo el personal de cocina. En este último caso, es aconsejable que tenga resuelto quién será el titular de las recetas, de los nombres de fantasía que tengan los platos que sirva, quién será el titular de toda creación plástica (ya sea estética decorativa, o decorado de plato...). Es decir: tendrá que organizar – para su seguridad – una base de contratos en los cuales los temas de la propiedad intelectual estén presente. Una cláusula general de cesión de derechos y reconocimiento de titularidad del empresario respecto de tales creaciones es lo menos que puede pactar.

El conjunto de elementos que hacen a la decoración del establecimiento, presentando identidad en su conjunción, sean o no particularmente protegibles por la propiedad intelectual individualmente considerados, constituyen un “trade dress”. Esta figura puede ser objeto de protección marcaria en sí misma. Precisamente el leading case en materia de trade dress en el derecho norteamericano tuvo lugar en torno a la presentación de un restaurante de fast food mexicana: el caso “Two Pesos vs Taco Cabaña”¹²³. La actora comenzó su actividad comercial en el rubro restauración utilizando diversos elementos decorativos aludiendo a Mexico: colores pastel, tunas, sombrero charro, guitarra, chihuahua. Por la comida y presencia tuvo un éxito contundente, se expandió a pasos agigantados. Surgió un competidor directamente en el mismo rubro: fast food mexicana, el demandado Taco Cabaña. Este segundo adoptó una puesta del negocio que a la actora le pareció copia de la propia. En definitiva, luego de planteado el conflicto a nivel judicial se entendió que por más que ambas cadenas de restaurantes de fast food mexicano podían utilizar elementos mexicanos para su presentación comercial, la segunda no podía utilizarlos desplegados de la misma manera que la primera. Además, se consideró que el trade dress era una forma inherentemente distintiva como para ser marca. Por ello se hizo lugar al reclamo del actor y la demandada fue condenada por su acción comercial¹²⁴.

El enfrentamiento entre titulares de distintos establecimientos comerciales de servicios gastronómicos se da con cierta frecuencia, planteado en términos de “plagio”. Es

123 “Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc”, 505 U.S. 763 (1992), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-971.ZO.html>, vto. 5/octubre/2020.

124 Respecto de este caso se puede ver conceptos y links a recursos de jurisprudencia en el siguiente post de mi blog: “Trade dress” se puede proteger como marca”, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2016/12/trade-dress-se-puede-proteger-como-marca.html>, vto. 2/octubre/2020

decir: un titular se agravia porque un competidor realiza recetas de su restaurante – alguna o algunas que entiende de su creación o que lo identifican – incluso acompañando con características del local y decoración de platos. Para que exista plagio debe tratarse de la existencia de una obra protegida, de la cual el primer competidor es titular de sus derechos de autor. En caso que no se identifica una obra protegida, técnicamente no se puede hablar de plagio. Hay que analizar si hay algún tipo de infracción, que – en caso que se trate de actos de competencia que genere confusión, engaños en el consumidor, una imitación que pueda llevar a desviar clientela, por ejemplo – será un acto de competencia desleal.

Un caso muy comentado en doctrina y también en la prensa de su tiempo tuvo lugar en USA en la primera década del siglo XXI, entre Rebecca Charles, dueña del restaurante de productos marinos “Pearl Oyster Bar” contra Ed Mc Farland, que trabajó un tiempo en dicho restaurante y luego se instaló por su cuenta en el “Ed’s Lobster Bar”. El reclamo de Charles fue por el conjunto de creaciones intelectuales, las protegidas, las protegibles y todas las incorporadas en lo que apreciaba que constituyó la copia de su restaurante: la barra de mármol blanco, la pintura gris en el revestimiento de madera, las sillas y taburetes de bar con respaldo de paja de trigo, los paquetes de galletas de ostras colocados en cada mesa y el aderezo de la ensalada César. La respuesta de McFarland fue que era similar, pero no una copia estricta¹²⁵. Durante varios meses hicieron públicas las discrepancias; expertos y público opinaron sobre el tema, porque también se divulgaban consideraciones jurídicas de asesores de uno y otro. Atribuyo el impacto no solamente a la popularidad que tenían los establecimientos, sino también porque fue una manera de discutir sobre prácticas y conceptos que tenía toda la industria. En definitiva, terminó con un acuerdo extrajudicial que no fue publicado, de manera que no generó jurisprudencia.

Ha habido diversos casos, en distintos países: el resultado también ha variado, teniendo en cuenta factores como la real posibilidad de que plato o receta tengan protección por la Propiedad Intelectual, así como el alcance de los contratos firmados por los operadores de la actividad – sean empresas o creadores gastronómicos -.

11. 2. Diseño y fabricación de aparatos, vajilla, prendas para quienes trabajan en cocinas.

La actividad económica, creativa y de colocación comercial, en torno a herramientas, aparatos, enseres y prendas para uso de cocinas hace circular mucho dinero. Se trata de un mercado que exige innovación, de manera que lograr la protección por medio de instrumentos de la Propiedad Intelectual constituye una ventaja estratégica relevante.

Hay aparatos que constituyen patentes de invención o patentes de modelos de utilidad. También – en cuanto a lo ornamental o de goce estético – aparatos y enseres cuya forma se protege por diseño industrial u obra de arte aplicada.

La vajilla, mantelería y otros aditamentos del servicio en mesa tienen un componen-

¹²⁵ En el link siguiente hay fotos y comparaciones de ambos restaurantes. <https://ny.eater.com/2008/4/19/6798571/eds-lobster-bar-settles-suit-with-pearl-oyster-bar>, vto. 2/octubre/2020.

te de diseño muy importante, que hace al estilo general del restaurante e, incluso, a la propia definición de estilo de la comida y personalidad del chef. Se puede incluir en una estrategia o planteo general de la imagen de la Cocina de Autor, por ejemplo, que de esa manera da la impronta general a la imagen de empresa como un todo. Desde el punto de vista de estrategia jurídica, ello fortalece la defensa en caso de actos de competencia desleales de los competidores.

En las prendas de autor que tengan un diseño (acaso una utilidad innovadora...) como tal, se suele aplicar la marca del restaurante, de forma que todo se integre en un conjunto valorable.

12. Algunas reflexiones finales

Las alternativas de protección legal con especial referencia a la propiedad intelectual respecto de creaciones culinarias, nos provocan dos reflexiones de diversa naturaleza.

La primera de ellas, es de orden práctico. Se refiere a cómo determinar el régimen legal de la propiedad intelectual aplicable según la creación gastronómica que se trate.

Ante un plato de cocina, una comida o producto culinario, hay que plantearse una interrogante básica: ¿en qué consiste la creación intelectual que se puede o se quiere proteger? Sobre la base de la función que cumpla la innovación – tecnológica, de goce estético, de distinción en el mercado – se deberá evaluar si la referida creación intelectual cumple las funciones y las condiciones legales correspondientes. Corresponde observar que las posibilidades al respecto son muy variadas: hay situaciones de mayor, menor o inexistente posibilidad de protección por la Propiedad Intelectual, según la particularidad del esfuerzo intelectual involucrado.

También, en función de los distintos momentos del proceso de producción de las obras gastronómicas unas alternativas de protección predominan frente a otras. Me refiero a que en todo lo que es la fase de producción del plato, lo que prevalece es la innovación, particularmente en sentido técnico o tecnológico. De esta manera, las estrategias legales de protección de la innovación serán aquellas cuya aplicación se evalúe en el caso. Se trata de patentes de invención, de modelos de utilidad, secreto industrial, especialmente.

Al momento de la exhibición del producto, el foco estará en la función estética de la creación, de manera que la clave se encontrará en la protección para las obras de derecho de autor que implican un goce estético.

Tratándose de la esencia de productos o procesos de producción, cuando sean tradicionales podrán verse tutelados – incluso a nivel mundial – por mecanismos que procuran que se mantengan y que sean de acceso de todos quienes repiten ese nivel de producción¹²⁶.

126 En cuanto al Patrimonio Cultural Inmaterial y sus declaraciones, por ejemplo (viendo cómo se define la dieta mediterránea o la comida gastronómica francesa en la UNESCO), pensando en Uruguay surge en muchos que “el asado” como la reunión para el asado, o “el asado con cuero”, bien podría merecer la declaración de Patrimonio Cultural Inmaterial seguro en Uruguay, y acaso compartido con Argentina u otro país. Tenemos que cultivar más estos temas, tanto por el hecho cultural, como por el estímulo económico que representan para las comunidades directamente involucradas y el turismo.

La segunda reflexión nos lleva a preguntas básicas en relación con el alcance de la protección legal que merecen las creaciones gastronómicas como categoría creativa en relación con una actividad destinada a satisfacer necesidades de diversa índole. ¿Se debería estimular proteger o no proteger? Tratándose de alimentos, ¿corresponde que todo sea de libre acceso? ¿Es válido cultivar un ámbito sin valorar la innovación personal asignándole derechos de exclusiva?

En este punto tengo tres pensamientos o conclusiones centrales, que mencionaré a continuación.

I. Afirmo la importancia de la propiedad intelectual como elemento de protección y estímulo al impulso privado del creador, también en el ámbito de las creaciones gastronómicas. La dinámica de mercado, en la justa aplicación de los Institutos de la Propiedad Intelectual, también es positiva en este sector.

II. Considero relevante, de igual grado que el punto anteriormente mencionado, la actuación respetando el dominio público culinario como el aporte cultural de tantos hombres y mujeres a la evolución de las creaciones gastronómicas. No todo es apropiable, no lo ya existente e inmediatos derivados, ni todo lo que se hace en el presente: hay fuentes y lazos con la Historia y la Cultura que preceden directamente lo que hoy podemos encontrar en la materia. Se honra el esfuerzo de tantas personas que aportaron en cuanto al quehacer gastronómico, reconociendo con justicia todo lo que no es apropiable jurídicamente.

III. Cuando el Estado promueve la protección de la Gastronomía como manifestación cultural - ya sea estimulando las indicaciones geográficas, como apoyando estatutos específicos que garantizan que perdure la tradición en técnicas y productos -, el impacto en la economía al más amplio nivel en definitiva consolida el desarrollo social y económico.

Uruguay ha dejado abandonados muchos espacios y recursos en relación con este último punto. La idiosincrasia de “estar de paso” en este país – que sienten muchos uruguayos -, ha determinado la pérdida de recursos tradicionales en el ámbito gastronómico y, de esta manera, recursos económicos y de desarrollo se han perdido. Es un hecho que no identificamos (ni relevamos) la tradición gastronómica – ni otras -, como lo hacen en otros países. Esto nos hace perder muchas posibilidades culturales y de mercado.

Esta última afirmación nos lleva nuevamente a la primera: porque también en la valoración protegida de la tradición gastronómica del país y de sus regiones y ciudades, la clave del estímulo a la actividad económica potencia la valoración de los aportes de innovación personal consolidados a través de las disposiciones legales de la Propiedad Intelectual. Fortaleciendo el emprendimiento profesional gastronómico en un escenario de producción tradicional se sostiene la proyección económica del individuo, de la comarca y de la economía turística del país. De manera que, en esa convergencia de fuerzas y actividades humanas, la Propiedad Intelectual premiará los aportes justamente apropiables de quienes pongan trabajo y valores en la innovación, en sus distintos géneros.

El futuro seguirá exigiendo equilibrios entre el interés privado competitivo por ser titular de recursos comerciales y el interés público, cultural, que impone un acceso amplio a todo tipo de recursos. Y habremos de interpretar el Derecho para que ni unos ni otros intereses sean abusivos, impidiendo así el progreso legítimo de arte y ciencia, en este caso, arte y ciencia que se manifiesta en creaciones gastronómicas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR PIÑA, Paris, “Cultura y alimentación. aspectos fundamentales para una visión comprensiva de la alimentación humana”, en *Anales de Antropología*, vol 48, Issue 1, enero 2014, pág. 11-31, pág. 12

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185122514704874>, vto. 26/ setiembre/2020

ARAUJO MAUÉS, Adriana, ALVES DE OLIVEIRA, Rossana, AFONSO FREY, Irineu, “Receitas culinárias: uma abordagem sobre a proteção intelectual na gastronomia”, donde mencionan que a julio de 2018 habia registradas 23 recetas.

<http://www.api.org.br/conferences/index.php/ISTI2018/ISTI2018/paper/viewFile/651/368>, vto. 3/octubre/2020

BARHAM, Peter, “La cocina y la ciencia”, tr. Rosa María Oria Almudí, Acribia, Zaragoza, 2003

BRILLAT-SAVARIN, Jean Anthelme, “Fisiología del gusto”, Ed. Óptima, Barcelona, 2001.

BUGALLO, Beatriz, “El sabor de un alimento no se protege”, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2018/11/el-sabor-de-un-alimento-no-se-protege.html>, vto. 26/ setiembre/2020

-----, “La Propiedad Intelectual”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

-----, “¿Llegan o no?... Las marcas olfativas”,

<http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2017/11/llegan-o-no-las-marcas-olfativas.html>, vto. 25/ setiembre/2020

-----, “Trade dress” se puede proteger como marca”, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2016/12/trade-dress-se-puede-proteger-como-marca.html>, vto. 2/octubre/2020

BUSTILLOS, María, “The Chef for every Age”, <https://www.eater.com/2016/7/6/12095640/marcel-boulestin-chef-cookbook-history>, vto. 3/octubre/2020

CID JURADO, Alfredo Tenoch, “La semiótica culinaria y el patrimonio cultural: la

cocina colombiana”, en “Revista Chilena de Semiótica”, número 8 – julio de 2018, pag. 7 a 24. https://revistachilenasemiotica.cl/_files/200000131-7203372fe2/Cid%20Jurado_RCHS_8-7-24.pdf, vto. 26/setiembre/2020.

CORDÓN, Faustino, “Cocinar hizo al hombre”, Tusquets, Barcelona, 6ta ed., 1999

DOURNES, Jacques, “El tiempo y el menú”, en “La cocina de los antropólogos”, “The Royal Anthropological Institute”, 1977, tr. De Marcelo Cohen, Tusquets, Barcelona, 2001 2da ed.

FARAUDO DE SAINT GERMAIN, Luis, “El Libre de Saint Soví. Recetario de cocina catalana medieval.”

<https://www.raco.cat/index.php/BoletinRABL/article/view/196586/269776> , Vto. 13/setiembre/2020

GUTIÉRREZ DE ALVA, Cecilia Isabel, “Historia de la Gastronomía”, Red Tercer Milenio, Mexico, 2012

IGLESIAS, Yolanda, “Food design thinking o cómo juntar la comida, las personas y el diseño”, <https://designthinking.gal/food-design-thinking-o-como-juntar-la-comida-las-personas-y-el-diseno/>, vto. 26/setiembre/2020

LESAGO, Gina, “Recipe Writing Guideline”, explica también cuáles habrán de ser las partes o factores de la receta de cocina: “*The following factors go into writing a recipe — it must have: 1 A title 2 Number of servings and serving size; 3 Ingredient list, 4 Preparation method.*” <https://foodandnutrition.org/blogs/stone-soup/recipe-writing-guidelines/>, 6/setiembre/2020

LYMAN, Jenni, “Blog: #FoodPorn in the US – Is it Illegal?”, en Blog del “Journal of Law and Technology”, University of Richmond, sept./2015,

https://jolt.richmond.edu/2015/09/17/blog-foodporn-in-the-us-is-it-illegal/#_ftn-ref3, vto. 5/octubre/2020

LYPSZYC, Delia, “Derechos de autor y derechos conexos”, UNESCO – CERLALC – ZAVALÍA, Buenos Aires, 1993.

MEJÍA LÓPEZ, Lina Sarai, HERNÁNDEZ LÓPEZ, Ricardo, MEJÍA CASTILLO, Sonia Edith “Cocina y arte... doble significación”, en “CULINARIA Revista virtual especializada en Gastronomía”, No. 6 Julio/Diciembre 2013, pag. 7 – 22, http://web.uaemex.mx/Culinaria/seis_ne/PDF%20finales%206/cocina%20y%20arte%20ok.pdf, vto. 6/setiembre/2020

MINTZ, Sidney, “Sabor a comida, sabor a libertad. Incursiones en la comida, la cultura y el pasado.”, tr. Victoria Schussheim, Ediciones de la Reina Roja, S.A. de C.V., México D.F., 2003

MÓJICA LEGARRE, José Manuel, “Vocabulario de Cocina y Gastronomía”, https://www.academia.edu/11653900/Vocabulario_de_Cocina_y_Gastronom%C3%A1Da, vto. 6/setiembre/2020

MONROY DE SALA, Paulina, DE FLORES, Graciela, “Introducción a la Historia de la Gastronomía”, Instituto Iberoamericano de Recreación, Turismo y Gastronomía, 2da ed., <https://es.scribd.com/document/349150958/INTRODUCCION-A-LA-HISTORIA-DE-LA-GASTRONOMIA-docx-pdf>, vto. 21/setiembre/2020.

NCC Staff, “10 important Supreme Court cases about food”, <https://constitutioncenter.org/blog/10-important-supreme-court-cases-about-food>, vto. 2/10/2020.

ORTUÑO ARREGUI, Manuel, “DE RE COQUINARIA “LIBER PRIMUS” DE MARCO GAVIO APICIO.”, en “ArtyHum, Revista de Artes y Humanidades 17”, página 73 – 78. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/52186/1/Apicio.pdf>, vto. 13/setiembre/2020

PETERSEN, Valerie, “How to Write a Cookbook. Professional Advice for Cookbook Publishing” <https://www.thebalancecareers.com/how-to-write-a-cookbook-ingredients-for-success-2800048>, vto. 6/setiembre/2020

ROBERT GUILLÉN, Santiago, “Alta Cocina y Derecho de autor”, Reus, Madrid, 2017.

SALAS, Pilar, “Platos de alta cocina que han pasado a la historia... de la falsificación”, <https://www.lavanguardia.com/comer/tendencias/20161228/412925318419/platos-alta-cocina-mas-copiados-historia.html>, vto. 2/octubre/2020.

SALVÁ, Ana, “Cómo la impresión de alimentos puede revolucionar nuestro modo de comer”, https://elpais.com/elpais/2020/08/07/planeta_futuro/1596787428_315193.html, vto. 3/octubre/2020

SCHRAEMLY, Harry, “Historia de la Gastronomía”, tr. Manuel Tamayo, Ed. Destino, Barcelona, 1982.

“Sobre la etimología y significado de la palabra gastronomía (del libro “Perlas gastronómicas”, Sara Castellví, 2010)”,

<https://acgn.cat/sobre-la-etimologia-y-significado-de-la-palabra-gastronomia-del-libro-perlas-gastronomicas-sara-castellvi2010/>, vto. 13/setiembre/2020.-

VAZQUEZ MONTALBÁN, Manuel, “Saber o no saber”, Ediciones B. S.A., Barcelona, 2002

ZAMPOLLO, Francesca PhD, PEACOCK, Matthew, “Food Design Thinking: A Branch of Design Thinking Specific to Food Design.”, en *The Journal of Creative Behavior*, Vol. 0, Iss. 0, 2016, pp. 1–10, https://www.researchgate.net/publication/302917120_Food_Design_Thinking_A_Branch_of_Design_Thinking_Specific_to_Food_Design , vto. 26/setiembre/2020

BREVE REPASO: LA LEGÍTIMA DEFENSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO ACTUAL Y SU UTILIZACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA OPOSICIÓN A LA FORMALIZACIÓN

BRIEF REVIEW: LEGITIMATE DEFENSE IN OUR CURRENT SYSTEM AND ITS USE AS A BASIS FOR OPPOSITION TO FORMALIZATION

BREVE REVISÃO: A LEGÍTIMA DEFESA EM NOSSO ORDENAMENTO ATUAL E SUA UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA OPOSIÇÃO À FORMALIZAÇÃO

ALEJANDRA DOMÍNGUEZ¹ Y EVANGELINA TORRES GUGELMEIER²

RECIBIDO: 28/10/2020

ACEPTADO: 8/12/2020

RESUMEN: en el presente trabajo realizamos un repaso de las modificaciones introducidas por la Ley de Urgente Consideración en el concepto de legítima defensa. Referiremos especialmente a las presunciones establecidas por la nueva redacción así como el alcance de las mismas. Finalmente analizamos la formalización de la investigación en nuestro no tan nuevo sistema adversarial, la posibilidad de oponerse a la misma y la viabilidad de que el fundamento radique en la existencia de una legítima defensa como causa de justificación. En función a ello analizamos los distintos estándares probatorios que existen en las distintas etapas de la audiencia de formalización y los argumentos por los cuales entendemos que el análisis de las cuestiones de hecho en las que eventualmente se funde una legítima defensa no pueden ser tratadas en esta etapa procesal de formalización.

PALABRAS CLAVE: sistema penal acusatorio, causa de justificación, legítima defensa, presunción simple, formalización, estándar probatorio.

ABSTRACT: In this paper, we review the modifications introduced by the Urgent Consideration Law in the concept of legitimate defense. We refer especially to the assumptions established by this law as well as their scope. Finally we analyze the forma-

1 Fiscal Letrada Departamental. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0953-176X>. mariaala_29@hotmail.com

2 Fiscal Letrada Adscripta. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3912-6810> etorres@correo.um.edu.uy

lization of the investigation in our not so new adversarial system, and the possibility of the defense to oppose and the viability to found that opposition in the existence of the legitimate defense as a justification cause. Based on this, we analyze the different evidentiary standards that exist in the different stages of the formalization hearing and the arguments by which we understand that the analysis of the factual issues on which a legitimate defense is eventually based, cannot be dealt in this procedural stage of formalization.

KEY WORDS: adversarial system, justification cause, legitimate defense, simple assumptions, formalization, evidentiary standard.

RESUMO: no presente trabalho realizamos uma revisão das modificações introduzidas pela Lei de Urgente Consideração no conceito de legítima defesa. Referimos, especialmente, às presunções estabelecidas pela nova redação, bem como o alcance das mesmas. Finalmente, analisamos a formalização da investigação, no nosso não tão novo sistema adversarial, a possibilidade de se opor à mesma e a viabilidade de que o fundamento se estabeleça na existência de uma legítima defesa como causa de justificação. Em função disso, analisamos os diferentes padrões probatórios que existem nas diferentes etapas da audiência de formalização e os argumentos pelos quais entendemos que a análise das questões de fato, nas que eventualmente se fundamenta uma legítima defesa, não podem ser tratadas nesta fase processual de formalização.

PALAVRAS - CHAVE: sistema penal acusatório, causa de justificação, legítima defesa, presunção simples, formalização, standard probatório.

1. Introducción

De acuerdo a lo previsto en el Título II, Capítulo I del Código Penal la legítima defensa constituye en nuestro ordenamiento una de las causas de justificación que en caso de configuración eximen de responsabilidad al sujeto indicado como responsable del delito.

La redacción original del art. 26 del Código Penal ha sido objeto de diversas modificaciones introducidas en primer lugar por el art. 66 de la Ley N° 17.243 de fecha 29 de junio de 2000 y recientemente por el art. 1 de la Ley N° 19.889 de fecha 9 de julio de 2020 denominada "*Ley de Urgente Consideración*" vigente a partir del 24 de julio de 2020.

Con esta nueva norma se introdujeron importantes cambios a la redacción anterior y al igual que en las modificaciones realizadas en el año 2000, 20 años después vuelve a ser objeto de debate la introducción de situaciones que a texto expreso se reputan como legítima defensa presunta.

Es respecto a estas nuevas introducciones legislativas que nos interesa ahondar en el alcance de las mismas. A tales efectos abordaremos brevemente el concepto de esta causa de justificación así como el alcance de las modificaciones introducidas, en especial, de las nuevas presunciones incorporadas por la Ley de Urgente Consideración (en adelante "la LUC").

Finalmente y atento a que se han visto casos en la práctica en los que la defensa invoca como fundamento para la oposición a la formalización la existencia de una supuesta situación de legítima defensa, abordaremos también este tema. En efecto, analizaremos brevemente el concepto de formalización en nuestro sistema procesal penal actual (art. 266 del Código del Proceso Penal de 2017) para luego analizar si la existencia de una legítima defensa es argumento hábil para fundar una eventual oposición a la formalización.

2. La legítima defensa como causa de justificación

Desde tiempo inmemorial se ha sostenido que *“la legítima defensa no tiene historia”*, significando con ello que en las más remotas civilizaciones ya existían referencias a la licitud de la muerte del agresor injusto en nombre de la defensa legítima. Jiménez de Asúa, relata que diversos autores y códigos del Siglo XIX y de las primeras décadas del Siglo XX, se referían a esas circunstancias como *“eximentes”*, *“causas de inimputabilidad”* o *“causas de inculpabilidad”*.³

Conforme señala Lombardi, los códigos penales modernos son contestes en cuanto a que la legítima defensa es una causa de justificación que excluye el carácter antijurídico de una conducta típica, actuada en las circunstancias que allí se describen.

En nuestro país, desde la aprobación en 1934 de nuestro Código Penal el legislador reguló la legítima defensa como causa de justificación, en sintonía con la doctrina imperante.

Como señala Langón *“Quien actúa justificadamente adecua su comportamiento al derecho, no lo viola, sino que antes bien lo cumple, siendo su conducta ajustada a la norma, que no puede al mismo tiempo, por un lado prohibir y por otro, permitir la acción. En estos casos, como dice la propia ley, se “justifica” una conducta típica, ya sea permitiéndola (como en el caso del estado de necesidad o de legítima defensa), o imponiéndola (como en situación de cumplimiento de la ley)”*.⁴

A continuación, referiremos a la legítima defensa como causa de justificación en nuestro ordenamiento.

3. La regulación de la legítima defensa en nuestro ordenamiento

3.1 Evolución legislativa

La redacción original del art. 26 del Código Penal ha sido objeto de diversas modificaciones introducidas en primer lugar por el art. 66 de la Ley N° 17.243 de fecha 29 de junio de 2000 y recientemente por el art. 1 de la LUC.

Antes de su última modificación el art 26 del CP establecía:

“Se halla exento de responsabilidad:

3 Referencias extraídas de Jornada del Colegio de Abogados del 22 de mayo de 2012 aportada por E. Lombardi.

4 LANGÓN, Miguel, *“Código Penal Uruguayo y Leyes Complementarias Comentados”*, Ed. UM, Segunda Edición Actualizada, año 2018, Pág. 90.

1. *El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

A) *Agresión ilegítima.*

B) *Necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño.*

C) *Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquél que defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias.

2. *El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge, de los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.*

3. *El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el numeral 1 y la de que el defensor no sea impulsado por la venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.*

A partir de la entrada en vigencia de la LUC se introdujeron modificaciones al régimen legal de la legítima defensa. Estos cambios incluyeron aclaraciones en cuestiones que permitían opiniones encontradas de los operadores, y asimismo, se establecieron presunciones de legítima defensa que con anterioridad, no estaban establecidas.

A continuación, analizaremos dichos cambios sin perjuicio de referir previamente a las justificaciones manejadas a nivel del Parlamento para la introducción de dichas modificaciones.

3.2 La justificación de las modificaciones propuestas en la LUC

Si bien se verá que la legítima defensa no fue modificada en cuanto a los elementos requeridos para su configuración, a partir de la nueva redacción dada por la LUC se incorporaron cambios sustanciales que inciden directamente en la aplicación práctica de este instituto.

Las modificaciones introducidas en la LUC respecto a la legítima defensa, no responden a una iniciativa nueva. Al tiempo de presentada la LUC para su aprobación, ya existían otros proyectos en similar sentido a las modificaciones propuestas en la LUC.⁵ Según surge de las discusiones parlamentarias, dichos proyectos fueron considerados en el proceso de elaboración de la LUC.

⁵ Proyecto de ley sobre legítima defensa presentado por el entonces senador Gallinal del año 2011, proyecto de reformulación de la legítima defensa del exdiputado José Amy del año 2012, iniciativa presentada por el exsenador Pedro Bordaberry en el año 2015 y a aquella presentada por varios legisladores del Partido Nacional en el año 2016, el proyecto de ley del exsenador Luis Alberto Heber del año 2017.

En la sesión celebrada el día 4 de mayo de 2020 por la Comisión Especial para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración, estando en sesión el Ministro del Interior Jorge Larrañaga se señaló que el país estaba atravesando una situación de emergencia en materia de seguridad. Señaló además que lo que movía a los cambios propuestos era un cambio de paradigma. Concretamente el Sr. Ministro señaló: *“Nosotros sentimos que durante los últimos tiempos, durante los últimos años, se fue perdiendo el respeto por la autoridad, en buena parte, el respeto por la policía, como soporte de la autoridad pública. Ha habido una presunción política e ideológica en contra de la policía, una presunción en contra de quien ejerce la autoridad. (...) Siempre hemos dicho, lo dijimos, lo mantenemos, lo reafirmamos, lo apoyamos y lo vamos a llevar adelante: hay que cuidar a los que nos cuidan. Esto es fundamental. Y este proyecto apunta a recuperar la presunción a favor del buen funcionario policial, que es de lo que se trata.”*

En el Capítulo destinado a la Seguridad Pública se advierte una clara intención de respaldo al actuar policial por parte del legislador. Refiriéndose a las modificaciones propuestas al art. 26 del Código Penal, el Subsecretario del Ministerio del Interior reconoció en Sesión de la Comisión que con las modificaciones se buscó *“(...) introducir pautas que permitan objetivar la apreciación de la defensa del ataque no habilitado, descartando de plano –porque no es la intención– hablar de gatillo fácil, pero dando preferencia a la protección legal de la víctima frente al agresor o victimario, extendiendo, por lo tanto, la legítima defensa presunta prevista en la normativa”*.

Con base en estos argumentos se justificó ante el Parlamento la necesidad de profundizar en la definición legal de la legítima defensa para adecuar la redacción de la norma a una realidad que ya no es la de 1934.

3.3 Las modificaciones introducidas por la LUC en el art. 26 del Código Penal

Con base en los fundamentos ya señalados a partir del 24 de julio de 2020 y producto de la última modificación introducida por el art. 1 de la Ley N° 19.889, el art 26 del CP establece:

“Se halla exento de responsabilidad el que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

A) *Agresión ilegítima.*

B) *Necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño.*

El medio se considerará racional cuando resulte ser una respuesta suficiente y adecuada a fin de conjurar el peligro derivado de la agresión sufrida.

Cuando la defensa deba ser ejercida respecto de cualquier derecho de contenido patrimonial, la racionalidad deberá ser apreciada con prescindencia de que no haya existido o ya hubiera cesado una agresión física a la persona que se defiende.

C) *Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge o concubino, o de los padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de:

I) Aquel que defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias.

Se considerarán dependencias de la casa, en las zonas urbanas: los balcones, terrazas, azoteas, parrilleros, barbacoas, jardines, garajes y cocheras o similares, siempre que tengan una razonable proximidad con la vivienda.

Además, se considerarán dependencias de la casa en zonas suburbanas o rurales: los galpones, instalaciones o similares que formen parte del establecimiento, siempre que tengan una razonable proximidad con la vivienda.

II) El funcionario del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa Nacional que, en ocasión o con motivo del cumplimiento de sus funciones, repele una agresión física o armada contra él o un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa en forma racional, proporcional y progresiva, en cuanto eso sea posible, y en las mismas circunstancias agote previamente los medios disuasivos que tenga a su alcance, sin perjuicio de la prueba en contrario.

III) Aquel que repele el ingreso de personas extrañas, con violencia o amenazas en las cosas o personas o con la generación de una situación de peligro para la vida o demás derechos, en un establecimiento que desarrolle actividad comercial, industrial o agraria en los términos establecidos por el artículo 3° de la Ley N° 17.777, de 21 de mayo de 2004.

La nueva redacción incorporó a la norma algunos conceptos con implicancias prácticas muy relevantes.

En primer lugar, la actual redacción aporta una modificación sustancial en cuanto fija criterios para la interpretación del elemento de la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión ilegítima o impedir el daño. En efecto, la nueva redacción establece que el medio se considerará racional cuando resulte ser una repuesta suficiente y adecuada a fin de conjurar el peligro derivado de la agresión sufrida.

Asimismo, referido a la interpretación del elemento de la racionalidad del medio empleado en la nueva redacción se establece que: *“Cuando la defensa deba ser ejercida respecto de cualquier derecho de contenido patrimonial, la racionalidad deberá ser apreciada con prescindencia de que no haya existido o ya hubiera cesado una agresión física a la persona que se defiende”*.

Este nuevo inciso refiere expresamente a la legítima defensa de derechos de contenido patrimonial desligándola de la necesidad de que haya existido o ya hubiera cesado una eventual agresión física. De esta forma estando al tenor literal de la norma, en casos de legítima defensa para defender derechos de contenido patrimonial y para apreciar el

elemento de la “racionalidad del medio empleado” no se requiere -como se exigía por algunos operadores judiciales- la agresión previa o simultánea de la persona.

De todas formas, se entiende que el requisito de la racionalidad debe permanecer y será ahora el elemento clave para la interpretación de esta figura aún en casos de legítima defensa de derechos de contenido patrimonial.

Como se señaló por el Subsecretario del Ministerio del Interior en sesión de la Comisión “(...) *la correcta apreciación de este concepto va de la mano de la racionalidad, que va a permitir descartar si alguien va más allá de lo previsto por la norma, pero en cambio va a amparar, por ejemplo, a quien lo hace para evitar el robo del producido en varias jornadas de trabajo, que es el sueldo para mantener a su familia o el dinero destinado para el pago de los sueldos de sus trabajadores*”.

Otra de las modificaciones introducidas por la LUC se relaciona con el tercer requisito exigido para la configuración de la legítima defensa: la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. En relación a este elemento se incorpora la referencia expresa al concubino, equiparando por vía legislativa este concepto al de cónyuge.

Por otra parte, la LUC elimina el numeral 3 final del art. 26 del Código Penal que refería a “*El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el numeral 1 y la que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*”.

Quizás la modificación más trascendente que fue incorporada al art. 26 del Código Penal, radica en la incorporación de presunciones, en las que se entiende concurren los tres requisitos de la legítima defensa enumerados en los literales A a C del artículo.

Dada la trascendencia de la incorporación legislativa realizada en la LUC trataremos este punto en el apartado siguiente.

3.4 Acerca de las presunciones incorporadas por el artículo 1 de la ley 19.889 al art. 26 del Código Penal

Con base en lo señalado en la exposición de motivos de la LUC en cuanto al aumento de los índices de criminalidad en la sociedad, así como al incremento de la violencia empleada por los delincuentes en la comisión de los delitos sobre las personas y sus derechos y a la necesidad de consagrar mayores y mejores garantías para el cumplimiento de la función policial, en la actual redacción se incorporaron algunos incisos que vale la pena analizar separadamente.

Se trata de presunciones mediante las cuales el legislador pretendió introducir pautas que permitieran objetivar la apreciación de los casos de defensa del ataque no habilitado. Así lo expresó el Subsecretario del Ministerio del Interior Guillermo Maciel en sesión de la Comisión ante el Parlamento.

En primer lugar se incorpora el numeral I) que establece que se considera que concurren los tres requisitos previstos para la configuración de la legítima defensa (literales A a C) respecto de aquel que defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias.

Respecto a esta incorporación estando en sesión ante la Comisión el Subsecretario del Ministerio del Interior Sr. Guillermo Maciel señaló que ya en el Código Penal de 1933 Irureta Goyena había ampliado el criterio de legítima defensa a la defensa de los derechos entendiéndose por tales los previstos en el artículo 7 de la Constitución. En efecto, en Comisión se señaló que *“(...) algunos operadores judiciales descartan que una persona en defensa, por ejemplo, de su propiedad, pueda racionalmente –esta es la clave del artículo, actuar con racionalidad, la cual va a medir, entender y evaluar el juez– ejercer su defensa contra la persona del delincuente, cuando el accionar de este no ha puesto en peligro su vida o integridad física, pero sí hay que reparar en que también podrá hacerlo para impedir el daño, o sea, los derechos”*.

Nuevamente es clave para la interpretación práctica de esta presunción el análisis casuístico del requisito de la racionalidad.

Asimismo, con la incorporación de este numeral I) la LUC aportó una definición expresa en lo que refiere al concepto de dependencias del hogar, cuestión que generaba discrepancias a nivel doctrinario y jurisprudencial. A partir de esta incorporación el legislador considera como dependencias de la casa en las zonas urbanas a los balcones, terrazas, azoteas, parrilleros, barbacoas, jardines, garajes y cocheras o similares siempre que mantengan proximidad razonable con la vivienda. Por su parte, para el caso de dependencias de la casa en zonas suburbanas o rurales, se considerarán tales los galpones, instalaciones o similares que formen parte del establecimiento, siempre que tengan una razonable proximidad con la vivienda.

Por otra parte, con la LUC se incorporó el numeral II) en el art. 26 del Código Penal que establece una presunción de legítima defensa policial para funcionarios del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa que en ocasión o con motivo del cumplimiento de sus funciones repelen una agresión física o armada contra él o un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa en forma racional, proporcional y progresiva, en cuanto eso sea posible, y en las mismas circunstancias agote previamente los medios disuasivos que tenga a su alcance sin perjuicio de la prueba en contrario.

Se trata de una presunción de legítima defensa para el personal que ejerce función policial. Al exponer en sesión de la Comisión, el Subsecretario del Ministerio del Interior Guillermo Maciel señaló que lo que se pretendió fue *“consagrar mayores y mejores garantías para el cumplimiento de la función policial, estableciendo una presunción simple de la legítima defensa policial, que, obviamente, admite prueba en contrario. Se trata de una norma que trata de amparar a los funcionarios en cumplimiento del deber, expuestos a una delincuencia cada vez más violenta y agresiva, que no duda en disparar y en poner en riesgo la vida de terceros y de los propios policías”*.

Nuevamente el elemento de la racionalidad y progresión resultarán claves. Su análisis será obligatorio en cada caso concreto para entender acerca de la aplicación de esta causa de justificación.

Finalmente la LUC incorpora al art. 26 del Código Penal el numeral III) aportando otra presunción simple en cuanto se considera legítima defensa la conducta de quien repele el ingreso de personas extrañas con violencia o amenazas en las cosas o personas o con la generación de una situación de peligro para la vida o demás derechos, en un establecimiento que desarrolle actividad comercial, industrial o agraria.⁶

4. Alcance de las presunciones incorporadas al art. 26 del Código Penal por el art. 1º de la LUC

Se considera que las presunciones incorporadas al art. 26 del Código Penal por el art. 1º de la LUC son presunciones simples que como tales admiten prueba en contrario.

Ya en la redacción anterior se preveía una presunción de legítima defensa y la incorporación de otras nuevas no elimina a nuestro juicio la interpretación en cuanto al carácter relativo de las mismas. Como señala Cairoli, en materia penal deben desterrarse las presunciones absolutas por el peligro que genera el suponer probadas cuestiones sin prueba de descargo.⁷ En el mismo sentido, Bayarado y Camaño Rosa sostenían el carácter simple de las presunciones en relación a la legítima defensa.

Incluso Malet señala que en materia penal la esencialidad que tiene la verdad material no da lugar a la existencia de presunciones legales en esta materia.⁸ Entendemos entonces que las nuevas presunciones al igual que la anterior poseen el carácter de presunción simple que como tal admiten prueba en contrario.

El carácter relativo de las presunciones incorporadas por esta norma implican en la práctica que no toda situación que involucre a un funcionario del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa, así como de empleados de empresas de seguridad que repelan una agresión en cumplimiento de sus funciones, o de una persona que repela el ingreso de personas extrañas en forma violenta a un establecimiento comercial, industrial o agrario en las condiciones previstas en la ley, caerá por ese solo hecho en un caso de legítima defensa.

Entendemos que las situaciones deberán analizarse caso a caso en función a las circunstancias de hecho que rodearon el caso concreto y en función a dicho análisis determinar si en el caso se cumplen con los elementos requeridos para la configuración de la legítima defensa. Como señalamos el análisis de la racionalidad y progresión serán fundamentales.

En efecto, para la interpretación de las presunciones continúa siendo clave el análisis de los requisitos de la legítima defensa, en especial el actuar racional, el que va a ser

6 Actividad agraria definida según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley N.º 17.777 de fecha 21 de mayo de 2004.

7 CAIROLI, Milton, *“El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”*, Tomo I, *“La Ley – El Delito”* FCU, 2º ed. 2001, Pág. 231.

8 MALET, Mariana. *“Presunciones en el código penal”*, FCU, Montevideo, 1995, Pág. 160.

considerado en primer término por el Fiscal del caso a los efectos de la imputación como resultado de la investigación y luego el juez lo analizará en función a la valoración de las probanzas en el dictado de la sentencia definitiva.

La jurisprudencia ya ha señalado al respecto que deberá estarse en cada caso a la necesidad de la defensa que se justificará cuando el bien atacado sea importante y el peligro que se cierna sobre él sea grave e inminente pero no en los demás casos por más que la ley lo presuma.⁹

Entendemos que el legislador introdujo presunciones relativas que no sólo admiten prueba en contrario sino que implica que para su aplicación a un caso concreto se cumplan con los elementos exigidos para la configuración de la causa de justificación. Como enseña el Profesor Montano, si a la eximente le faltara algún elemento podrá ser considerada como legítima defensa incompleta y en ese caso aplicarse como una atenuante.¹⁰

5. La puesta a punto: el concepto de legítima defensa en la redacción actual

Sin perjuicio del detalle de las modificaciones e incorporaciones introducidas por la LUC al art. 26 del Código Penal entendemos que el concepto de legítima defensa no sufrió modificaciones.

La legítima defensa mantiene aún hoy la necesidad de que se configuren los tres elementos o requisitos: i) la agresión ilegítima; ii) la necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño y iii) la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Con relación al segundo requisito o elemento (necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión o impedir el daño), a partir de la nueva redacción del art. 26 del Código Penal aportada por la LUC, se aportan a estos efectos algunos criterios antes inexistentes.

En efecto, en su actual redacción el artículo establece que se considerará racional -refiriéndose al medio- cuando resulte ser una respuesta suficiente y adecuada a fin de conjurar el peligro derivado de la agresión sufrida.

Asimismo se aporta la referencia en cuanto a que la defensa podrá ser ejercida respecto de cualquier derecho de contenido patrimonial en cuyo caso la racionalidad deberá ser apreciada con prescindencia de que no haya existido o ya hubiera cesado una agresión física a la persona que se defiende.

En cuanto a las presunciones, nos remitimos al análisis señalado precedentemente.

⁹ CAIROLI, Milton, *“El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”*, Tomo I, *“La Ley – El Delito”* FCU, 2° ed. 2001, Pág. 234. Cita Sentencia N° 180/93 del TAP 3°.

¹⁰ MONTANO, Pedro, *“Sistema Penal Uruguayo”*, Montevideo, marzo 2020, Pág. 155.

6. La formalización en nuestro sistema procesal penal y la viabilidad de la oposición a la misma en audiencia

Definido el concepto de la legítima defensa y el alcance de modificaciones previstas en la norma corresponde referir a las aplicaciones prácticas que este instituto puede tener a nivel de los operadores.

Nos pareció interesante referir a la viabilidad de que la Defensa pueda invocar la existencia de una situación de legítima defensa para fundar su oposición a la formalización. Ello debido a que se han visto oposiciones en la práctica fundadas en la existencia de una legítima defensa. Se plantea la interrogante de si es admisible que eventualmente pueda rechazarse la solicitud de formalización ante la invocación de la existencia de una supuesta legítima defensa. O que en su defecto, ante la admisión de la formalización la defensa pueda agravarse en su apelación alegando la existencia de esta causa de justificación.

En este entendido nos pareció oportuno señalar nuestra opinión en relación a este punto. Para ello en forma previa haremos una breve referencia al concepto de formalización, el estándar probatorio exigido así como la procedencia de la oposición a la misma en nuestro actual sistema procesal penal.

6.1 La formalización en nuestro sistema procesal penal

El art 266 del CPP establece que cuando existan “*elementos objetivos suficientes*” que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables, el fiscal deberá formalizar la investigación solicitando al juez competente la convocatoria a audiencia de formalización.

Como señala Larrieu, en nuestro sistema la formalización es la comunicación que en audiencia y bajo la presencia del Juez hace la fiscalía al imputado acompañado de su abogado, en la cual le comunica los hechos que se le atribuyen, las evidencias con que se cuentan y la calificación jurídica que se le imputa. En esta instancia los cuestionamientos que se podrán realizar versarán sobre la claridad de los hechos que se narran pero no sobre el fondo del asunto.¹¹

Respecto a la manera en que se concibe la formalización en el sistema procesal penal uruguayo si bien es cierto la especial manera en que se regula en la legislación nacional en relación al derecho comparado, la jurisprudencia ya ha señalado que de todas formas “*(...) lo lógico en un sistema acusatorio es que el control de la acción persecutoria le corresponde al Ministerio Público y éste decide si ejerce o no la acción, pero una vez que decide ejercerla, lo que hace a través del tribunal es comunicar a la persona y someterla al control jurisdiccional (Arellano, Seminario Internacional, amu.org.uy). De todos modos, (...) el control judicial no debe significar un antejuicio de la culpabilidad exigiendo la demostración de los hechos y participación del imputado como infiere la defensa*”.¹²

11 LARRIEU, “La actuación del Juez en el Nuevo proceso Penal”, en “Estudios Sobre el Nuevo Proceso Penal- Implementación y Puesta en Práctica”, FCU, 2018, pág 290.

12 Tribunal de Apelaciones de 1º Turno, Sentencia N.º 435/2020 de fecha 21 de julio de 2020.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno ha señalado en el comentado fallo que: *“En nuestro sistema la formalización de la investigación no supone necesaria o regularmente un pronunciamiento judicial sobre los hechos y la participación del investigado, a la manera del procesamiento”*. (TAP 1° Turno sentencia 435/2020).

En relación a este punto es importante destacar que este análisis por parte del juez de garantía deberá realizarse en consideración al estándar probatorio exigido en esta etapa de formalización y no el correspondiente por ejemplo, al juicio oral. Y ello porque hemos visto que en la práctica se han realizado oposiciones a formalizaciones en las que la Defensa exige estándares probatorios superiores equiparando así el estándar probatorio exigido para la formalización con el correspondiente a la etapa de solicitud de medidas cautelares o incluso del juicio oral.

No compartimos este tipo de equiparaciones en tanto refieren claramente a estándares probatorios diversos.

6.2 Acerca de la oposición a la formalización en nuestro sistema procesal

Así entendida la formalización en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia mayoritaria ha zanjado el debate en cuanto a cuándo es procedente la oposición a la misma. Sobre el punto se entiende por la mayoría de nuestros Tribunales que la oposición a la formalización procede únicamente en casos de atipicidad de las conductas por las que se solicita la formalización y que en caso de oposición no corresponde ingresar al análisis del fondo del asunto. Así se han pronunciado los Tribunales de 1°, 2° y 3° Turno.¹³

La jurisprudencia ha admitido la oposición a la formalización en hipótesis en que la misma es manifiestamente improponible y ello podrá ocurrir si de la descripción de los hechos resulta imposible que se haya cometido un delito por ser tales hechos atípicos.

Sin perjuicio de ello, como bien lo señala el TAP de 1° Turno la oposición a la formalización en los casos de aparente atipicidad de la conducta *“... no significa de modo alguno que la sede actuante deba ingresar a examinar las evidencias con las que cuenta hasta ese momento la Fiscalía, ni que deba evaluar si en función de las mismas podrá arribarse o no a una eventual condena en juicio”*. (Sentencias N° 124/2018 y 435/2020).

No es raro que los contradictorios que se generan en audiencia de formalización respondan en muchos casos a la exigencia por parte de la Defensa de que el órgano acusador aporte mayor evidencia de la imputación prima facie que se pretende realizar en dicha instancia.

Este debate en torno al estándar probatorio requerido en nuestro sistema para la admisión de la solicitud de formalización lleva a discutir si la admisión de la formalización implica certeza o evidencia del hecho imputado y en ese caso con qué grado de rigurosidad le es exigido.

¹³ Así se pronunció el TAP de 1° Turno en Sentencias 124/2018, 435/2020. El TAP de 2° Turno en Sentencia 382/2020 y el TAP de 3° Turno en Sentencia N.º 95/2020.

Esta cuestión ya se encuentra zanjada en nuestro ordenamiento. La formalización no exige la acreditación del supuesto material requerido por el art. 224 del CPP para la prisión preventiva es decir, semiplena prueba, ni tampoco el estándar propio del juicio oral (art. 142 del CPP).

Ante los argumentos que en algunos casos suele exigir la Defensa en cuanto a que a su juicio las evidencias no son suficientes o que existen elementos que valorados demuestran la improcedencia de la imputación prima facie realizada en sede de formalización, consideramos que este tipo de valoraciones y argumentaciones responden a una etapa posterior: la del juicio oral.

Entendemos que en caso de argumentar la Defensa la existencia de una causa de justificación como puede ser la legítima defensa, tratándose de una cuestión de puro fondo, esto deberá analizarse en el eventual juicio oral y no en una etapa de formalización.

Por otra parte, si bien en dicha etapa de juicio es el órgano acusador quien debe probar los hechos en los que funda su imputación, de existir versiones alternativas y en función a la teoría del caso que pueda edificar la Defensa, es ésta quien deberá acreditar las versiones de hechos alternativas o “coartadas” que pueda invocar en defensa del imputado.

Pero como se señaló ello será para la etapa procesal de juicio oral, no correspondiendo en instancia de formalización el ingreso al fondo del asunto. No resulta admisible que con la oposición a la formalización invocando teorías fácticas alternativas la Defensa pretenda en dicha instancia el ingreso al fondo del asunto exigiendo que en sede de formalización se demuestre la culpabilidad del sujeto cuya formalización se pretende y que en base a ello exija estándares probatorios que no son propios de la etapa procesal en la que se encuentra (formalización).

En esta etapa no corresponde examinar si la prueba sobre la responsabilidad del imputado es suficiente en términos de plenitud porque ello es materia del juicio oral. Así se ha pronunciado la jurisprudencia. En efecto, refiriéndose al control judicial que puede existir en la formalización, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno ha sostenido en Sentencia N° 435/2020 de fecha 21 de julio de 2020 que: *“...el control judicial no debe significar un antejuicio de la culpabilidad, exigiendo la demostración de los hechos y participación del imputado como infiere la Defensa.”*

También se ha pronunciado en este sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno en reciente Sentencia N° 383/2020 de fecha 22 de julio de 2020. En efecto se ha sostenido que de acuerdo a lo preceptuado por el art. 266 del CPP *los “elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito”* implican alcanzar el estándar propio de esta etapa con la probabilidad razonada y razonable de la verificación de una conducta que se adapte plásticamente desde un ensamble de tipicidad, al delito invocado por la Fiscalía.

A nuestro juicio el argumento insoslayable de que el estándar probatorio en etapa de formalización es inferior al exigido para la imposición de la medida cautelar de prisión

preventiva y aún al estándar de juicio oral, está dado no sólo por lo dispuesto expresamente en el art. 266 del CPP sino que ello está en consonancia con lo dispuesto en otras normas que legislan en ese sentido.

En primer lugar la referencia a “elementos de convicción suficientes” a que refiere el art. 266 dista mucho de lo que se exige en el art. 224 en cuanto exige semiplena prueba o del art. 142 en cuanto exige certeza procesal.

Asimismo, el propio CPP reconoce que no corresponde exigir en esta etapa inicial del proceso una definitiva calificación delictual de los hechos relatados, ya que incluso pueden modificarse al presentar acusación. Así se dispone en el art. 127 del CPP. Es decir, la norma no exige que se realice una definitiva y final calificación delictual en la etapa de formalización.

El argumento de que en esta etapa no es exigible que el Juez de garantía llegue a un nivel de convencimiento propio de un juez de juicio resulta avalado también por lo dispuesto en el art. 265 del CPP en cuanto dispone que la investigación formalizada podrá continuar aún por hasta dos años.

En definitiva del propio CPP surge que en etapa de formalización el estándar exigido es menor a lo que en muchos casos se suele exigir por parte de la Defensa. Es ilustrativo lo dispuesto por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno en cuanto dispone que: *“El Juez de Garantías, debe valorar la razonabilidad del pedido del actor, obviamente en base a lo que se le plantea sin que implique ningún juzgamiento sobre el fondo de la cuestión y, ello, por la sencilla razón de que no se debate en la audiencia de formalización la responsabilidad del sospechoso sino sobre la existencia de los elementos objetivos con que cuenta el actor sobre determinados sucesos acaecidos que describe en su plataforma fáctica (...)”*. (Sentencia N° 382/2020 del 15 de julio de 2020).

7. La legítima defensa como fundamento de la oposición a la formalización

Tomando como base los conceptos vertidos precedentemente, entendemos que la oposición a la formalización que eventualmente pueda plantear la Defensa en audiencia, no podrá basarse en la invocación de la existencia de una supuesta legítima defensa.

En primer lugar, porque en dicha instancia procesal no se debate la responsabilidad penal del imputado, sino la existencia de elementos objetivos suficientes que justifiquen la solicitud al juez de tener por formalizada la investigación que la Fiscalía lleva a cabo contra el imputado.

En segundo lugar, porque la invocación de la existencia de una legítima defensa, será la teoría del caso de la Defensa, que deberá defender y acreditar en un eventual juicio oral, aportando para ello los elementos de prueba que considere pertinentes, en la oportunidad procesal oportuna.

En tercer lugar, porque no se trata de una situación de atipicidad, sino de aplicación al caso concreto de una causa de justificación que para su consideración en el caso con-

creto, deberán probarse los elementos que la componen y justifican su aplicación. La existencia de legítima defensa no excluye la tipicidad de la conducta, sino que refiere a una causa de justificación y por ello no corresponde analizarla en etapa de formalización.

En cuarto lugar, porque debatir en audiencia de formalización las cuestiones que hacen a la configuración de esta causa de justificación, llevará necesariamente, al análisis de cuestiones de fondo que están vedadas en esta etapa procesal.

En un caso de legítima defensa, el análisis del elemento subjetivo es primordial así como de los restantes elementos que la componen. Por el tipo de análisis que deberá realizarse, claramente se refiere a una tarea propia de la etapa de juicio oral. Recordemos que en el actual sistema procesal penal el Juez de Garantías no tiene en etapa de formalización acceso al legajo fiscal -salvo hipótesis previstas en inciso final del art. 264 del CPP- y deberá decidir únicamente en función a las argumentaciones realizadas por las partes mediante oralidad argumentativa.¹⁴

No parecería adecuado entonces, que el Juez decida acerca de la aplicación o no de una causa de justificación, únicamente en función a lo que las partes le argumentan en audiencia.

Con relación a este punto debemos considerar que durante la vigencia del sistema procesal penal inquisitivo, la jurisprudencia se había pronunciado en cuanto a que la cuestión relativa a la existencia o no de la legítima defensa, debía ser resorte exclusivo de la decisión en la sentencia definitiva.¹⁵

Los Tribunales han sostenido en pronunciamientos tramitados de acuerdo al anterior sistema, que en los casos en los que existía solicitud de definición “ab initio” respecto a si se cumplen con los requisitos legales para la aplicación de la legítima defensa, la presencia de la misma debía ser en todo caso “(...) *palmaria, prístina, sin hesitación, esto es, que no deje lugar a la menor duda sobre su procedencia, ya que de lo contrario el tema debe resolverse en la sentencia definitiva.*”¹⁶

Entendemos que si en el anterior sistema -en el cual el juez tenía acceso a todas las actuaciones al momento del procesamiento- la tendencia jurisprudencial era a no decidir la aplicación de la legítima defensa en la etapa de procesamiento, con mayor razón en este nuevo sistema las solicitudes para debatir estas cuestiones en etapa de formalización no deberían ser de recibo.

Ahora el Juez no conoce el legajo de la Fiscalía, no tiene a su disposición las evidencias y únicamente podrá decidir en cuanto a la solicitud de formalización, con base en las argumentaciones de las partes.

14 El art. 264 del CPP en su inciso final establece: “El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, salvo en los casos de los artículos 224.1, 272, 273 BIS y 273 TER de este Código.

15 Sentencia N.º 151/2016 del TAP 3º Turno, publicada como caso 208 en la Revista de Derecho Penal N.º 26 – 2018, FCU.

16 Sentencia N.º 129/2016 del TAP 2º Turno, publicada como caso 206 en la Revista de Derecho Penal N.º 26 – 2018, FCU.

Por otra parte, el hecho de llegar a esa etapa procesal de solicitud de formalización por parte de la representación fiscal, aún cuando la Defensa se oponga a la misma alegando una legítima defensa, evidencia que dicha causa de justificación no surge en forma prístina o palmaria sino que existen dudas debiendo el caso resolverse en la sentencia definitiva en juicio oral.

Consideramos que en estos casos deberá admitirse la solicitud de formalización y la Defensa podrá plantear su teoría del caso en la etapa procesal oportuna.

8. Conclusiones

En el presente trabajo se analizó la génesis de las modificaciones introducidas por la LUC en el art. 26 del Código Penal y que implicaron cambios sustanciales en la forma de aplicar la legítima defensa como causa de justificación.

Necesariamente esta amplificación –dada fundamentalmente por la introducción de nuevas presunciones- ha repercutido en la práctica en cuanto a la invocación de esta figura por parte de la defensa para plantear oposiciones a la solicitud de formalización por parte de la fiscalía.

Esta cuestión nos planteó la interrogante de si es procedente y viable fundamentar una oposición a la formalización en la existencia de una legítima defensa o si en su defecto, ello es cuestión que en todo caso deberá debatirse en un juicio oral. Nos inclinamos por la segunda opción.

En efecto, existe un reciente pronunciamiento jurisprudencial en el cual el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno señaló que: “(...) la Defensa no recurrió la decisión de formalización, lo que implica limitado a este estadio procesal, que se admitió la existencia de semiplena prueba respecto a la existencia del hecho y a la participación del imputado en el mismo. Esto sin perjuicio de sus alegaciones relativas a la legítima defensa y que ha de probar ésta causal de justificación en juicio oral”. (Sentencia N° 548/2020 de fecha 1 de octubre de 2020).

Con los argumentos ya señalados nos inclinamos por la segunda opción. Sin embargo, no se soslaya que estratégicamente sea conveniente para la defensa plantear la oposición a la formalización argumentando la existencia de legítima defensa si en etapa posterior de la audiencia se planteará también una oposición a la solicitud fiscal de medida cautelar, por ejemplo, de prisión preventiva.

Bibliografía

- XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Fernando Cardinal Piegas. Octubre 2017, Salto, Uruguay, FCU.
- AAVV, “Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”. AA.VV. Coordinadores: Santiago Pereira Campos, Leonel González Postigo,

Gonzalo Rúa. CEJA – JSCA – INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales). Ed. Universidad de Montevideo. Montevideo 2018.

ALLIAUD, Alejandra, “Audiencias preliminares al juicio oral”, Ed. Didot, Bs. As. 2016.

BINDER, Alberto, “El cambio de justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades.” en A.A.V.V. “Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “Manual del sistema de justicia penal”, Tomo II, Segunda edición actualizada, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile 2010.

GOMES SANTORO, “Derecho Procesal Penal”, Ed. La Ley Uruguay, 2019

LANGÓN, Miguel, Código Penal Uruguayo y Leyes complementarias comentadas. Ed. Universidad de Montevideo. 2017.

LORENZO, Leticia, “Manual de litigación”, Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director, Alberto Binder, Ed. Didot, Bs. As.

LARRIEU, “La actuación del Juez en el Nuevo proceso Penal”, en “Estudios Sobre el Nuevo Proceso Penal- Implementación y Puesta en Práctica”, FCU, 2018.

CAIROLI, Milton, “El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, Tomo I, “La Ley – El Delito” FCU, 2º ed. 2001.

MONTANO, Pedro, “Sistema Penal Uruguayo”, Montevideo, marzo 2020.

CAIROLI, Milton, “El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, Tomo I, “La Ley – El Delito” FCU, 2º ed. 2001, Pág. 231.

MALET, Mariana. “Presunciones en el código penal”, FCU, Montevideo, 1995, Pág. 160.

Jornada del Colegio de Abogados del 22 de mayo de 2012 aportada por E. Lombardi

EL OBTENTOR VEGETAL Y EL PRODUCTOR: UNA APROXIMACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA PRÁCTICO

THE VEGETABLE BREEDER AND THE PRODUCER: AN APPROACH FROM A PRACTICAL PERSPECTIVE

O OBTENTOR VEGETAL E O PRODUTOR: UMA APROXIMAÇÃO DESDE UM PONTO DE VISTA PRÁTICO

ELISA MARÍA MARTÍNEZ MARURI¹

RECIBIDO: 30/10/2020

ACEPTADO: 19/11/2020

RESUMEN: Hay varios factores que han generado que en nuestro país se le dé cada vez más importancia a las creaciones intelectuales y en particular a las creaciones intelectuales derivadas de la biotecnología. De esta manera, es importante comprender cuál es el rol que ocupan las distintas personas que intervienen en estas creaciones (nuevas variedades vegetales) y en su posterior comercialización, así como en su vinculación contractual. A su vez, estos actores (obtentor vegetal y productor) detentan distintos derechos sobre estas variedades vegetales: el obtentor tiene la protección legal sobre estas variedades y el productor abona un canon para poder realizar multiplicaciones y eventualmente nuevas variedades y luego comercializarlo en el mercado. Todo lo anterior debe regularse estrictamente en un contrato de valor tecnológico, siendo INASE el instituto regulador y URUPOV, la Asociación Civil que interviene en nombre de los obtentores para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

PALABRAS CLAVE: Obtentor vegetal, variedades vegetales, cultivar, productor, INASE, URUPOV.

ABSTRACT: Intellectual creations -and specially those connected to biotechnology- is an area that in our country has been given importance, due to several factors. Hence, it is important to understand which is the role that the people who intervenes in these creations (plant varieties) play, as well as its trading and contractual relationship. Also, these parties (vegetable breeder and producer) are entitled to different rights over these varieties: the breeder's creation are legally protected and the producer has to pay to the breeder a fee for the multiplication of the varieties and eventually for producing new varieties from those and trading them. All of the above must be strictly foreseen in a te-

¹ Abogada egresada de la Universidad de la República. Asociada en Dentons Jiménez de Arechaga. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9494-9510>. elisa.martinez@dentons.com

chnological value agreement, being the Seeds National Office the regulatory entity and the Uruguayan Association for the protection of plant varieties that intervenes on behalf of vegetable breeders to control the enforcement of the agreement.

KEY WORDS: Vegetable breeder, plant varieties, cultivar, producer, INASE, URUPOV.

RESUMO: São vários os fatores que têm gerado que em nosso país se dê cada vez mais importância às criações intelectuais, em particular às criações intelectuais derivadas da biotecnologia. Desta forma, é importante compreender qual é o papel que ocupam as diferentes pessoas que intervêm nestas criações (novas variedades vegetais) e na sua posterior comercialização, bem como na sua vinculação contratual. Por sua vez, estes agentes (obtentor vegetal e produtor) detêm diferentes direitos sobre estas variedades vegetais: o obtentor tem a proteção legal sobre estas variedades e o produtor paga uma taxa para poder efetuar multiplicações e, eventualmente, novas variedades e pela sua comercialização no mercado. Também deve ser estritamente regularizado em um contrato de valor tecnológico, sendo o Instituto Nacional de Sementes do Uruguai (INASE) o regulador, e a Associação Civil Uruguaia para a Proteção dos Obtentores Vegetais (URUPOV) a que intervêm em nome dos obtentores para fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais.

PALAVRAS - CHAVE: Obtentor vegetal, variedades vegetais, cultivar, produtor, INASE, URUPOV.

1. Introducción

En las últimas décadas y a nivel global, se han dictado leyes y reglamentaciones a fin de proteger la propiedad intelectual de la que son titulares -o pretenden serlo- las personas físicas y/o jurídicas. Así, por ejemplo, se ha regulado la protección de los derechos marcarios, de las patentes (de invención, modelos de utilidad y diseños industriales), de los derechos de autor y del derecho de imagen. Entre ellas, encontramos -dentro del ámbito de la biotecnología- la protección de las obtenciones vegetales, una protección intelectual *sui generis*, basada en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (“Convenio UPOV”) que fuera suscrito en París el 2 de diciembre de 1961 y modificado por actas adicionales firmadas en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978. Uruguay forma parte del Convenio UPOV desde el año 1994 en función de la aprobación de la Ley No. 16.580 del 21 de setiembre de 1994, optándose por el sistema de Derechos de Obtentor como único sistema de propiedad intelectual aplicable a las nuevas variedades vegetales. A su vez, en el año 1997 se aprueba la Ley de Semillas No. 16.811 de fecha 21 de febrero de 1997 la que fuera modificada por la Ley 18.467 del 27 de febrero de 2009 (la “Ley de Semillas”), y posteriormente los Decretos reglamentarios No. 104/997 del 02 de abril de 1997 y 438/004 de fecha 16 de diciembre de 2004², disponiéndose expresamente que, para que los cultivares estén protegidos por este régimen deben cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 69 de la Ley de Semillas³.

2 Ibarra, M., “La protección de las obtenciones vegetales en Uruguay”, disponible en <https://www.inase.uy/files/docse484d6c7112aefb6.pdf>. Fecha de última visita 27 de octubre de 2020.

3 Bugallo Montaña, Beatriz; “Propiedad intelectual”; FCU; Montevideo, 2006; pág.484-485.

En los últimos años, y particularmente en nuestro país, la protección intelectual de los cultivares ha cobrado cada vez mayor trascendencia, particularmente por dos factores: (i) la dependencia de la economía del campo y particularmente de la agricultura, lo que ha llevado a que se apoye por el Estado y por inversores privados el desarrollo de esta área transformando la agricultura tradicional en una agricultura comercial y que prioriza cultivos de alta productividad, justamente por el crecimiento de la población que derivó en un aumento de la demanda de alimentos; y (ii) a raíz de este crecimiento de la población es que se ha potenciado la necesidad de alterar y mejorar los alimentos, estando a su vez ligado a la preponderancia de la biotecnología y de la modernización de todas las creaciones intelectuales.

Este tema a su vez se vio potenciado con la aprobación de la Ley de Regulación y Control del Cannabis No.19.172 del 13 de diciembre de 2013 (la “Ley de Cannabis”), por medio de la cual se legalizó el uso de cannabis con fines recreativos, regulándolo en forma conjunta y sistemática con el uso para fines de investigación y medicinal - que ya se encontraba previsto por la legislación anterior, lo que atrajo a inversores extranjeros para desarrollar y explotar el cultivo de cannabis en nuestro país.

Dentro del tema de los cultivares existen distintos aspectos que merecen ser estudiados por la relevancia que tienen y el interés que generan en la materia, como ser: la regulación normativa, la forma de protección de los derechos de propiedad intelectual de estas creaciones vegetales, los registros existentes en el Instituto Nacional de Semillas (“INASE”), los actores relevantes en la producción y comercialización y su relacionamiento contractual, y, vinculado con todo lo anterior, la creación de la Asociación Uruguaya para la Protección de los Obtentores Vegetales (“URUPOV”) que controla que no se infrinjan derechos de propiedad intelectual de los obtentores vegetales.

De esta forma, en tanto hay una ascendiente importancia de la protección de las creaciones intelectuales y su fiscalización, para evitar acciones ilegítimas de terceros que atenten contra los derechos de propiedad intelectual es que se profundizará debajo sobre los últimos tres elementos mencionados, esto es: (i) los actores relevantes en la obtención y comercialización de los cultivares: el obtentor vegetal, el productor de semillas y el agricultor; (ii) los acuerdos de valor tecnológico; y (iii) el rol de URUPOV y de INASE en el control del cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual de los que son titulares los obtentores vegetales.

En particular, se analizará: (i) si con la firma de los contratos de valor tecnológico entre el obtentor y el productor se puede evitar la infracción de los derechos de propiedad intelectual del obtentor; (ii) si con una fiscalización rigurosa de INASE y URUPOV se pueden evitar en forma exitosa las infracciones; y (iii) cuáles son las dificultades que se pueden enfrentar a la hora de fiscalizar.

2. Desarrollo

2.1. El obtentor vegetal, el productor de semillas y el agricultor.

Las obtenciones vegetales, variedades vegetales o cultivares son, según el artículo 82 numeral tercero de la Ley de Semillas, “*un conjunto de plantas cultivadas que se distingue de*

las demás de su especie por cualquier característica (morfológica, fisiológica, citológica, química u otras) y que al reproducirse sexuada o asexualmente mantienen las características que le son propias.” En concreto, las variedades vegetales o cultivares se van encontrando a partir de la modificación genética de los propágulos (que son las partes de la planta que pueden originar nuevos ejemplares, como las semillas, las raíces, los esquejes, etc.), siendo las semillas, el mecanismo más común de propagación de las plantas.

Para clarificar con un ejemplo, los genetistas pueden tomar como punto de partida la semilla de trigo seleccionándolas de acuerdo con las aptitudes que quieren conseguir (aptitud panadera, gluten, proteína, o cualquier otra función para lograr su mejoramiento en algún aspecto concreto). Ahí, al modificarlas genéticamente, van a existir distintos cultivares dentro de la semilla de trigo, un cultivar que brindará más gluten u otro que va a tener más aptitud panadera, etc.; dependiendo de cómo se realicen esas alteraciones genéticas. A veces los obtentores simplemente buscan mejorar las características de los cultivares para que resistan ciertas condiciones climáticas y no se eche a perder la cosecha. Tomemos como ejemplo el caso del maíz, que históricamente no era un cultivo adaptado al clima de los Países Bajos y en virtud del trabajo de los obtentores vegetales, a partir del año 1970, los agricultores han podido cultivar nuevas variedades del maíz que se adaptan y sobreviven a las condiciones climáticas de los Países Bajos⁴.

Así, los obtentores vegetales realizan inversiones en investigación y desarrollo para obtener variedades de mayor rendimiento y estabilidad de producción, incorporando tecnologías de resistencia a enfermedades, insectos o herbicidas y cualidades agronómicas que favorecen una mayor rentabilidad y sustentabilidad en la producción de las variedades⁵.

Como se comentó antes, para que los cultivares estén protegidos por este régimen deben cumplir con los requisitos dispuestos en el artículo 69 de la Ley de Semillas⁶ y el titular de la obtención vegetal o cultivar será quien figure inscripto ante INASE (en el Registro de Propiedad de Cultivares para gozar de los derechos y facultades correspondientes al derecho de dominio, y en el Registro Nacional de Cultivares para poder comercializarlo).

En este contexto, es menester diferenciar al obtentor vegetal del productor, especialmente en el vínculo contractual por los negocios de semillas y los derechos que detenta cada uno sobre las variedades vegetales.

4 UPOV, Seminario sobre la protección de las variedades vegetales y la transferencia de tecnología: beneficios de la colaboración público-privada, Ginebra, Suiza, 2011, pág. 7. Disponible en https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_357_3.pdf. Fecha de última visita 27 de octubre de 2020

5 <http://www.urupov.org.uy/sitio/html/valorTecnologico>. Última fecha de visita: 15 de octubre de 2020.

6 Artículo 69 Ley de Semillas: “Para que un cultivar pueda ser objeto de la protección deberá reunir los siguientes requisitos: A) Ser nuevo (se entiende por tal que no haya sido ofrecido en venta ni comercializado con el consentimiento del creador): i) Dentro de la República, durante un período superior al año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud de protección. ii) Fuera de la República, durante más de seis años en el caso de vides y árboles o de más de cuatro años en el caso de todas las otras plantas. B) Ser claramente diferenciables de cualquier cultivar cuya existencia sea de conocimiento común en la fecha de presentación de la solicitud de protección, respecto de por lo menos una característica morfológica, fisiológica, citológica, química u otra importante, poco fluctuante y susceptible de ser descrita y reconocida con precisión. C) Ser suficientemente homogéneo en el conjunto de sus caracteres de acuerdo con su sistema de reproducción o multiplicación. D) Permanecer estable en sus caracteres esenciales, o sea que al final de cada ciclo de multiplicación realizado en la forma indicada por su creador mantendrá las características por las que éste lo definió. E) Haber recibido una denominación que sea aceptable para el registro en virtud de lo que establezca la reglamentación”.

Por un lado, el obtentor vegetal es aquel que figura inscripto ante INASE, pero en sustancia es aquel (persona física o jurídica como ser la empresa semillerista) que realiza las inversiones en investigación y desarrollo para obtener nuevas variedades, aquellas que -como se comentaba previamente- se busca que cuenten con “mejoras” genéticas mediante la introducción de tecnologías. La calidad de obtentor vegetal -derivado de la debida inscripción de la titularidad ante el Registro de Propiedad de Cultivares en INASE- confiere a éste ciertos derechos exclusivos sobre los cultivares, los que están detallados en el artículo 71 de la Ley de Semillas y son: la introducción al país, la producción con fines comerciales, la puesta a la venta, la comercialización en el país y al extranjero y la donación *“de los elementos de reproducción sexuada o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal del cultivar en cuestión”*.

En esta línea, el artículo del Acta de 1991 del Convenio UPOV sobre el derecho de obtentor (gráfico 8) expone los derechos que tiene un obtentor sobre el material de reproducción o de multiplicación de una variedad protegida; teniendo la opción de decidir quién tiene autorización para cultivar la variedad y en qué condiciones.

Por su parte, el artículo 72 de la Ley de Semillas (en su redacción actual) prevé tres excepciones a los derechos protegidos del obtentor estableciendo que se podrá usar ese cultivar registrado sin derecho a compensación de su tenedor: (i) cuando se use o se venda el producto obtenido de cultivo como materia prima o alimento; (ii) cuando se reserve y siembre semilla para uso propio, pero no para comercializar, lo que se conoce como la “excepción del agricultor” que será profundizado debajo; y (iii) cuando otros creadores lo usen con fines experimentales o como fuente de material genético para la creación de nuevos cultivares, a condición de que el cultivar protegido no sea utilizado en forma repetida y sistemática para la producción comercial de otros cultivares.

Por su parte, el productor que se relaciona contractualmente con el obtentor vegetal suele prestar servicios de diversa naturaleza, entre estos, de investigación, desarrollo, producción, multiplicación (a veces es una primera multiplicación lo que se aclara en el contrato) y comercialización de semillas de distintas variedades (por ejemplo, trigo o soja) que ha obtenido bajo licencia de un obtentor, contando con capacidad técnica y económica suficiente para producir y comercializar determinada semilla.

Este relacionamiento se regula en un contrato denominado “de valor tecnológico” conforme se verá debajo, en el cual se acuerda el pago de un canon del productor al obtentor vegetal por la explotación y/o multiplicación de las semillas respecto de las cuales el obtentor le confiere una licencia.

Como puede verse, la protección legal de los derechos del obtentor vegetal tiene como cometido que éste reciba una remuneración adecuada cuando comercialice el material de reproducción o multiplicación de esas variedades mejoradas. Si no se concediesen derechos exclusivos a los obtentores, se vería en riesgo la posición de estos ya que podría existir un aprovechamiento de terceros, en tanto el material genético que atribuye a las plantas su valor distintivo y comercial es por naturaleza autorreproducible, como la propagación por semilla u otro material de multiplicación como se refirió ut supra. Esta característica genera que las innovaciones que incorporan material biológico sean

particularmente susceptibles a la explotación ilegítima por terceros sin autorización del obtentor/innovador⁷. Y, en definitiva, esto llevaría a que los obtentores dejaran de invertir en el mejoramiento y por ende al final del día el perjuicio sería para toda la sociedad.

Sin perjuicio de esto, y en línea con lo comentado precedentemente, el Convenio UPOV y el artículo 71 de la Ley de Semillas establecen la “excepción del agricultor” por la cual los actos ejecutados en privado, y sin fines comerciales no entran en el ámbito del derecho de obtentor. Así, en los casos en que la “agricultura de subsistencia” atañe a la reproducción o la multiplicación de una variedad por un agricultor con el fin exclusivo de producir un cultivo alimentario para su propio consumo y el de las personas a su cargo que viven en la misma explotación, los miembros de la UPOV podrán considerar que dicha agricultura queda fuera del alcance del derecho de obtentor (lo que sucede en Uruguay)⁸. Al respecto, la Dra. Bugallo ha expresado que “*El fundamento del privilegio del agricultor se encuentra en conceder la posibilidad de uso de la semilla de su propia cosecha para la siembra que él mismo realice en sus propias tierras para la siguiente producción*”⁹, agregando que esta disposición ha dado lugar a abusos.

2.2. Los acuerdos de valor tecnológico.

Como viene de expresarse, el obtentor vegetal invierte para mejorar genéticamente las plantas y crear nuevas variedades que, por sus características mejoradas, pueden ser objeto de protección legal con su registro ante el INASE.

¿Cómo sigue la cadena? Habiendo logrado el desarrollo de estas nuevas variedades vegetales, el obtentor se suele vincular contractualmente con los productores de semillas a través de la firma de contratos de valor tecnológico. En estos contratos el obtentor recupera un porcentaje de la inversión realizada en investigación y desarrollo genético cobrando un canon por la licencia que se confiere para el uso de tales cultivares, lo que se acuerda y estipula justamente en dicho documento, generándose un compromiso de pago por parte del productor hacia el obtentor, por el beneficio de la genética mejorada, para que este continúe generando nuevas variedades. Así, el productor que decide sembrar tales variedades reconoce como “contraprestación” esta tecnología novedosa y adhiere a este sistema, sólo sobre la base de la semilla efectivamente sembrada. El productor deberá abonar al obtentor vegetal en concepto de regalías por el uso y goce de los derechos de propiedad intelectual inherentes a las semillas un importe que en general es el correspondiente a cada variedad por bolsa (de determinada cantidad de kg) que contengan esas variedades, las que se exigirá sean semillas certificadas y originales de conformidad con lo preceptuado en la Ley de Semillas.

Aparte del pago de la regalía, el productor también se obliga a divulgar y hacer conocer a sus clientes el sistema de valor tecnológico por las sucesivas multiplicaciones pro-

7 Laurence R. Helfer, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales: una visión de conjunto con opciones para los gobiernos nacionales”, Estudio legislativo de la fao en línea n°31, Julio de 2002, pág. 5. disponible en http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo31-s.pdf. Última fecha de visita 27 de octubre de 2020.

8 UPOV, Seminario sobre la protección de las variedades vegetales y la transferencia de tecnología: beneficios de la colaboración público-privada, Ginebra, Suiza, 2011, pág. 11. Disponible en https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_357_3.pdf. Fecha de última visita 27 de octubre de 2020

9 Bugallo Montaña, Beatriz; Ob. Cit. Pág. 489

ducidas a partir de la semilla original provista por el obtentor, debiendo hacer cumplir y respetar este régimen a todos sus clientes y terceros adquirentes.

En el curso de dicha producción, es importante que el obtentor asegure distintos aspectos para que la protección de la propiedad intelectual de sus creaciones no sea fácilmente vulnerada. Para el caso de que el productor subcontrate a un tercero para que realice la producción y/o multiplicación de ese cultivar, el productor deberá informar al obtentor quienes son estos terceros subcontratados y asimismo hacer cumplir a estos los derechos de propiedad intelectual de las tecnologías.

El obtentor deberá asegurar que el productor realice las cosechas -tanto propias como las producidas por terceros- a su debido tiempo, minimizando los daños mecánicos posibles y su calidad física y genética, evitando la mezcla de cultivares durante todo el proceso. Para ello, el obtentor podrá -y con el alcance que quede regulado en el contrato- realizar los controles de calidad que considere necesarios para asegurar la pureza física y genética del cultivar, incluyendo verificaciones en la siembra, cosecha, almacenaje y procesado. Así, se podrá prever en el contrato que, de comprobarse la mezcla de variedades, la semilla certificada será rechazada por el obtentor no pudiendo ser destinada a la comercialización como tal, siendo obligatorio su destino a consumo.

Una vez abonado el precio de la semilla certificada, por ejemplo, el productor se convertirá en propietario de la totalidad de la producción de esa semilla certificada, no así de la propiedad intelectual de las variedades registradas por el obtentor en el Registro de Propiedad de Cultivares, ni de las tecnologías propias y/o de terceros en su caso, con lo que deberá pagar al obtentor el precio de la regalía sobre dicha producción.

En general en los contratos de valor tecnológico, es decir, el que se celebra entre el obtentor vegetal y el productor, se dispone que el productor es el responsable frente a los terceros de la calidad de esa semilla certificada que comercializa bajo la marca del obtentor vegetal o bajo su propio nombre, inclusive en cuanto a sus aptitudes de poder germinativo y pureza genética, y que será responsable de los daños y perjuicios provenientes de la comercialización de esta. A su vez, se podrá regular la prohibición de vender las bolsas de semilla procesadas sin el previo análisis de calidad de dicha semilla y aprobación en forma escrita por el obtentor haciéndose el productor pasible y responsable de cualquier daño que pudiese ocasionar a un tercero por no acatar dicho proceder.

Pero ciertamente que es muy difícil lograr una trazabilidad en el cumplimiento de estos contratos y de los derechos emergentes de ellos, justamente por la masividad que tienen los cultivos – así se venden lotes de variedades vegetales que luego se siembran, o no y se venden por ejemplo a otro productor cuando esto no está autorizado por contrato- vulnerando así los derechos de propiedad intelectual del obtentor vegetal que confió en un determinado productor para que sea este quien siembre esos cultivares y genere nuevas variedades vegetales.

Además de los controles que realiza INASE y URUPOV (lo que será objeto de estudio del capítulo subsiguiente) ¿existen otras formas de poder forzar ese cumplimiento? El artículo 81 de la Ley de Semillas, prevé expresamente la imposición de una multa

disponiendo que quien ponga a la venta o comercialice, sin autorización de su titular (léase obtentor), material de reproducción sexual o de multiplicación vegetativa, de cultivos inscriptos en el Registro de Propiedad de Cultivos será castigado con multa equivalente a diez veces el valor de las ventas que haya efectuado. A su vez agrega la responsabilidad civil por los daños generados por dicho uso ilegítimo según las normas generales en la órbita del Derecho Civil. Naturalmente que el obtentor intentará incluir cláusulas penales, las que pueden ya sea limitarse al contenido de la disposición legal o prever algo adicional.

Como cierre de este apartado, es menester mencionar lo preceptuado por el artículo séptimo del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (“ADPIC”) ratificado por Uruguay por la Ley No. 16.671 de fecha 13 de diciembre de 1994, el que mira la transferencia y difusión de la tecnología como uno de los puntos centrales estableciendo que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben contribuir con esto en pos del beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos. Esto se ve potenciado y va ligado a lo preceptuado en el numeral segundo del artículo 66 del ADPIC donde se establece que los países desarrollados ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países en vías de desarrollo, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable.

Es decir, existen instrumentos internacionales que llaman la atención sobre este tema y motivan los desarrollos tecnológicos y la transferencia de estos, lo que evidencia la actualidad e importancia de los contratos de valor tecnológico.

2.3. URUPOV e INASE: la fiscalización en el cumplimiento de los derechos de los obtentores vegetales.

En materia de fiscalización/control de los derechos de los obtentores vegetales, tenemos en nuestro país, por un lado, la intervención de INASE y por otro lado la participación de URUPOV.

En relación con INASE, el artículo tercero de la Ley de Semillas dispone en sus literales C y E respectivamente que este instituto tendrá como objetivos proteger las creaciones y los descubrimientos fitogenéticos, y fiscalizar el cumplimiento de la normativa legal en la materia.

Por otro lado, en diciembre del año 1994 se creó la Asociación Civil Uruguaya para la Protección de los Obtentores Vegetales denominada URUPOV que entre sus fines, tiene los siguientes: (i) defender activamente los intereses y derechos de los obtentores vegetales en todas sus formas y orígenes propendiendo a la aplicación irrestricta de la legislación vigente y su perfeccionamiento, combatiendo las prácticas de producción y comercialización ilícita; y (ii) coadyuvar con las entidades públicas, estatales y no estatales en la fiscalización y control de las semillas, transportadas, procesadas multiplicadas, vendidas u ofrecidas o expuestas, a la venta, comercializadas o transferidas a cualquier título, para determinar si dichas semillas cumplen con los requisitos legales y reglamentarios.

En definitiva, URUPOV cumpliría un rol de apoyo o colaborador de INASE, que es el instituto que tiene las potestades legales de ejercer el control y fiscalización del comercio de semillas de comunicar, informar y también fiscalizar, controlar y sancionar.

Complementando el capítulo precedente, es de estilo que en los contratos de valor tecnológico el obtentor solicite la inclusión de una cláusula en la que se permita el libre acceso de URUPOV, además del propio obtentor, y/o a quien éstos designen a los campos de cultivo, depósitos y planta acondicionadora del productor, con el objeto de obtener muestras y efectuar todos los controles y verificaciones que razonablemente estimen necesarios.

Según la información on-line de URUPOV, a los efectos de realizar una eficiente fiscalización algunas de las técnicas que implementan son: el manejo de bases de datos, cruzamiento de información, relevamiento de áreas sembradas, de lugares de depósito y almacenaje de semillas; así como el uso de kits de detección de presencia o ausencia de la tecnología intacta en soja y el empleo de imágenes satelitales de alta resolución¹⁰.

Sin dudas todos los avances en las técnicas de fiscalización son herramientas útiles para disuadir los incumplimientos. Sin embargo, es también un hecho que es mucho más dificultoso tener un control minuto a minuto de la trazabilidad de las ventas/entrega de los cultivares de los obtentores y por ende evitar los incumplimientos de estos derechos, justamente por la naturaleza de estos. Es decir, no dejan de ser cultivares que se siembran en campos lo que denota una masividad que no existe en otras áreas de la propiedad intelectual, como por ejemplo con los incumplimientos de los derechos marcarios que al detectar el uso de la marca es mucho más inmediato y tangible que el caso de la venta de semillas en forma indebida y en contravención al contrato de valor tecnológico.

2.4. En este contexto, ¿dónde queda el cannabis?

Si bien los cultivares siempre fueron importantes en la mirada comercial y a nivel político por la relevancia de la agricultura en nuestro país, en los últimos años esto se ha visto fuertemente potenciado por la aprobación de la Ley de Cannabis.

A pesar de no ser éste el eje central del artículo, no se puede dejar de mencionar que, con la aprobación de la mencionada ley, las inversiones en este rubro han aumentado exponencialmente, colocando a Uruguay como actor protagónico en este tema a nivel internacional. Aún así, es menester notar que este boom se puede “frenar” a futuro si Uruguay deja de ser competitivo en cuanto a los costos operativos que insume la producción del cáñamo (cannabis no psicoactivo, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural es inferior al 1% de su volumen) o del cannabis psicoactivo (cuyo contenido de (THC) natural es igual o superior al 1% de su volumen), en comparación con los países vecinos. Por ello, entre otras cosas, es que se debe -por parte del Estado, en las regulaciones que dicta y por parte de los privados en las inversiones- coadyuvar para promover y facilitar las exportaciones y des obstaculizar las dificultades prácticas especialmente en la producción y comercialización del cannabis.

¹⁰ <http://www.urupov.org.uy/sitio/html/fiscalizacion>. Última fecha de visita 15 de octubre de 2020.

Vinculado con lo anterior, ya sea en la industrialización de productos finales o en generar variedades/genéticas propias que sean protegibles legalmente, si se cumpliera con las condiciones que se vienen de señalar, Uruguay podría ser un país exportador de paquetes tecnológicos a futuro en este sector (genéticas + *know-how*). De esta manera, los nuevos inversores en producción de cannabis utilizarán como ventana para lograr genéticas propias el numeral iii) del artículo 72 de la Ley de Semillas (fuente de material genético para la creación de nuevos cultivares, a condición de que el cultivar protegido no sea utilizado en forma repetida y sistemática para la producción comercial de otros cultivares).

De esta forma, según un estudio realizado por Uruguay XXI en mayo del corriente año (2020), la trayectoria de Uruguay (vinculado con la existencia de los registros y la evaluación y medición con respaldo oficial) como multiplicador de genética de soja y maíz lo posicionan adecuadamente para el trabajo en genética de cannabis, ya sea que las empresas se instalen para hacer trabajos de multiplicación o para desarrollar sus propias genéticas en Uruguay. Este estudio también hace notar la importancia que tiene para Uruguay contar con una política de desarrollo de genéticas nacionales de cannabis, lo que debe partir de un relevamiento de genéticas existentes y de un llamado a validación de genéticas de cannabis¹¹.

3. Conclusión

Como conclusiones generales, se puede señalar:

(i) Que, si bien con la firma de contratos de valor tecnológico se puede lograr disuadir los incumplimientos de los derechos del obtentor por parte del productor y/o terceros, como todo contrato, esto dependerá de la voluntad de la parte obligada y en tal caso se estará a las consecuencias de los incumplimientos contractuales; lo que naturalmente se derivará en responsabilidad civil. Es evidente que, a mayor penalidad y fiscalización, es de esperar un mayor respeto por estos derechos.

(ii) Vinculado con el punto precedente, cuanto más rigurosa sea la intervención de INASE y URUPOV, mayor será la disuasión de los incumplimientos. De todas maneras, esto no implica que sea completamente exitoso ya que, en esta área, el controlador se encuentra con una dificultad adicional que es la masividad que tienen los cultivares; por la naturaleza de estos, es evidentemente más dificultoso hacer una trazabilidad de las sucesivas multiplicaciones y respeto de los derechos de los obtentores vegetales.

Considerando los dichos vertidos previamente, es importante también remarcar a modo de conclusión que la comercialización ilegal (incluso con semilla de dudosa calidad) ocasiona graves perjuicios a los agricultores y a las empresas que invierten en investigación para la búsqueda de nuevas variedades, no contando con garantía para la obtención de resultados justamente por las características de esas semillas. Lo anterior sin dudas podrá redundar también en un perjuicio para el consumidor final, quien con-

11 Uruguay XXI, "Oportunidades de inversión – Cannabis", mayo 2020, disponible en <https://www.uruguayxxi.gub.uy/uploads/informacion/37fbeded8d4e83cb31bf340aee41d1958ee6e3f9.pdf>. Última fecha de visita 27 de octubre de 2020.

sumirá los alimentos con la expectativa de que el alimento cuente con las mejores características y garantías en su producción desde el inicio: esto es, desde la semilla.

Vinculado con lo anterior, podemos mencionar la aprobación de la Ley 19.317 del 18 de febrero de 2015 de Regulación de disposiciones para la promoción de la biotecnología, por la cual se declaró de interés nacional el desarrollo de la Biotecnología y sus aplicaciones como factores fundamentales para la innovación tecnológica, la productividad, la competitividad, el desarrollo sostenible y el bienestar de la población. Una vez más, un instrumento legal nacional que fue aprobado para promover la correcta utilización de la biotecnología que, en definitiva, tiene como último objetivo velar por el interés del consumidor final.

BIBLIOGRAFÍA

IBARRA, M., “La protección de las obtenciones vegetales en Uruguay”, disponible en <https://www.inase.uy/files/docse484d6c7112aefb6.pdf>.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz; “Propiedad intelectual”; FCU; Montevideo, 2006; pág.484-485.

LAURENCE R. Helfer, “Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales: una visión de conjunto con opciones para los gobiernos nacionales”, Estudio legislativo de la fao en línea n° 31, Julio de 2002, pág. 5. disponible en http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo31-s.pdf.

UPOV, Seminario sobre la protección de las variedades vegetales y la transferencia de tecnología: beneficios de la colaboración público-privada, Ginebra, Suiza, 2011, pág. 11. Disponible en https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_357_3.pdf. Fecha de última visita 27 de octubre de 2020

Uruguay XXI, “Oportunidades de inversión – Cannabis”, mayo 2020, disponible en <https://www.uruguayxxi.gub.uy/uploads/informacion/37fbeded8d4e83cb31bf340aee41d1958ee6e3f9.pdf>.

URUPOV, <http://www.urupov.org.uy/sitio/html/valorTecnologico>.

CONVENIO DE CIADI: ¿PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS INVERSORES O TAN SOLO APARENTE? DENUNCIA DE LOS ESTADOS PARTE Y SUS CONSECUENCIAS

ICSID CONVENTION: EFFECTIVE PROTECTION OF INVESTORS OR MERELY APPARENT? DENOUNCIATION BY STATE MEMBERS AND ITS CONSEQUENCES

CONVENÇÃO CIADI: PROTEÇÃO EFETIVA DOS INVESTIDORES OU MERAMENTE APARENTE? DENÚNCIA DOS ESTADOS PARTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

LUCÍA VILASECA¹ Y MELANIE OLLERO²

RECIBIDO: 31/07/2020

ACEPTADO: 15/08/2020

RESUMEN: El CIADI es una de las instituciones dedicadas a la resolución de disputas relativas a inversiones más reconocidas del mundo. La Convención CIADI, que le da origen y regula el funcionamiento del Centro, fue creada con el fin de proteger a los países signatarios y a sus inversores. Sin embargo, hoy en día se evidencia una debilidad en su regulación que podría poner en duda el sistema en su totalidad. Por ese motivo, resulta necesario un análisis y eventualmente una reforma de ciertas disposiciones de la Convención de modo que el sistema pueda efectivamente cumplir con su objetivo: proteger tanto a los inversores como a los países signatarios.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, Arbitraje de Inversión, CIADI, Denuncia de los Estados miembros, Protección a inversores

ABSTRACT: The ICSID Convention is one of the world's most recognized investment dispute resolution institutions. The ICSID Convention, which is the Centre's framework, was crafted with the aim of protecting the Contracting States and their investors. However, nowadays, there is an important flaw that could challenge the functioning the whole system. For that reason, an in depth analysis and a possible adaption of the Convention

1 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0334-4370>. lvilaseca@guyer.com.uy

2 Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5682-2378>. mollero@ferrere.com

becomes necessary in order to allow ICSID to fully obtain its purpose: protecting both the investors and the Contracting States.

KEY WORDS: Arbitration, Investment arbitration, ICSID, Denunciation of Host States, Protection of Investors

RESUMO: O ICSID é uma das instituições dedicadas à resolução de disputas relativas a investimentos mais reconhecidos do mundo. A Convenção ICSID, que lhe dá origem e regula o funcionamento do Centro, foi criada para proteger os países signatários e os seus investidores. No entanto, hoje em dia, se evidencia uma debilidade na sua regulamentação que poderia colocar em dúvida todo o sistema. Por esse motivo, é necessária uma análise e, eventualmente, uma reforma de certas disposições da Convenção para que o sistema possa efetivamente cumprir com o seu objetivo: proteger tanto os investidores, como os países signatários.

PALAVRAS – CHAVE: Arbitragem, Arbitragem de Investimento, ICSID, Denúncia dos Estados-Membros, Proteção aos investidores

1. Breve reseña sobre arbitraje de inversión

En el arbitraje de inversión, el punto de mira se encuentra en los tratados que brindan protección a los inversores. Estos tratados pueden ser bilaterales³ o multilaterales.⁴ Asimismo, podemos encontrar acuerdos que, si bien no refieren específicamente a la promoción y protección de inversiones, establecen cláusulas que deben ser tenidas en consideración por los inversores dado que les brindan protecciones.⁵

Los inversores, al momento de surgir una disputa, mirarán qué tratado vincula al país del cual es nacional, con el Estado donde llevo a cabo la inversión. De esta forma, podrán determinar cuáles son los métodos de resolución de controversias que tiene disponibles. En este sentido, si por ejemplo un ciudadano suizo tiene una inversión en Uruguay, y surge una disputa, mirará el Tratado Bilateral de Inversiones entre Uruguay y Suiza. En efecto, esto fue lo que ocurrió en el caso *PMI v. Uruguay*.⁶

En este marco, existen tratados que regulan este sistema de protección de inversores, a través del establecimiento de un sistema de resolución de disputas, el cual se encuentra

3 A vía de ejemplo, algunos de los tratados bilaterales concluidos por Uruguay son los siguientes: TBI Japón – Uruguay, firmado el 26 de enero de 2015, en vigor desde el 14 de abril de 2017; TBI Chile – Uruguay, firmado el 25 de marzo de 2010, en vigor desde el 18 de marzo de 2012; TBI Vietnam – Uruguay, firmado el 12 de mayo de 2009, en vigor desde el 9 de setiembre de 2012.

4 Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, firmado el 17 de enero de 1994, suscripto por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En su art. 9 establece que “*Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión*” podrá ser dirimida por arbitraje, el que podrá ser llevado “*al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación*”.

5 A vía de ejemplo, el tratado de Libre Comercio entre México y Uruguay, firmado el 15 de noviembre de 2003, en vigor desde el 15 de julio de 2004.

6 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c/ República Oriental del Uruguay (Caso CIADI No. ARB/10/7). TBI aplicable: Suiza – Uruguay.

administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”). Múltiples países se encuentran adheridos a este sistema, eligiendo establecer al CIADI como jurisdicción competente a través de los tratados bilaterales y multilaterales suscriptos.

2. Marco jurídico del Convenio CIADI. Antecedentes en materia de denuncias realizadas por los Estados.

El CIADI fue establecido en el año 1966 por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “**Convenio**”), en el marco del Banco Mundial.⁷

Fue instaurado con el objetivo de fomentar las inversiones. Se buscaba que a través de este se pudiera fomentar la confianza en el proceso de resolución de disputas, mediante el establecimiento de un centro independiente, apolítico y eficaz.

Esto porque, cuando un sujeto considera si invertir o no, en cierto país, necesariamente considerará las protecciones que tendrá, en caso de que surja una disputa. Cuando un sujeto de un país parte del CIADI, invierte (transformándose en “inversor”) en otro Estado Parte del Convenio, gozará de su protección. Esto es, en caso de surgir una disputa, el inversor podrá recurrir a su resolución en el marco del CIADI, lo cual hace aplicables varias normas, tales como el Reglamento, Reglas de Arbitraje, Reglas de Mediación, y otras.

La fuerza de este Convenio proviene de que, en total, el CIADI cuenta con 163 Estados Parte.⁸ De aquí nace la fuerza de este marco normativo, ya que, al ser aplicable en una amplia cantidad de países, su protección resulta más fuerte.⁹

En calidad de miembros del CIADI, cada Estado participa en el Consejo Administrativo, a través del cual se determinan los lineamientos generales de la organización, y también se realizan designaciones y notificaciones (designación de organismos públicos a efectos jurisdiccionales, notificación de las clases de diferencias que un Estado aceptaría someter al CIADI, designación de tribunales o autoridades a efectos del reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos, medidas legislativas, y designación de personas para figurar en las Listas de Árbitros y Conciliadores,¹⁰ entre otras).¹¹

Dado que el vínculo entre el CIADI y los Estados Miembros se origina en el consentimiento de estos últimos, es el mismo consentimiento el cual les permite desvincularse

7 Información acerca del Convenio CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>.

8 Base de datos de Estados Miembros del CIADI. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Data-base-of-Member-States.aspx>

9 Uruguay firmó el Convenio el 28 de mayo de 1992, y el Convenio entró en vigor con respecto a Uruguay el 8 de septiembre de 2000.

http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/colonia/pcoloniaText_s.asp#Art1

10 Actualmente, Uruguay ha designado ocho personas para formar parte de estas listas. Dentro de la Lista de Árbitros, se encuentran el Dr. Paul Arrighi, el Cr. Jorge Enríquez, el Dr. Fernando Jiménez de Aréchaga, y el Dr. Ricardo Olivera.

11 Rol de los Estados Miembros en el Consejo Administrativo. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Role-of-Member-States.aspx>; ver también Medidas de los Estados miembros. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/Measures-by-Member-States.aspx>

del Convenio. No obstante, la desvinculación de los Estados no está determinada de forma tan clara, como lo está su adhesión. Esto porque, el Convenio establece, por un lado, el derecho de los Estados de dejar de formar parte del CIADI; y, por otro lado, que seguirán vinculados al mismo por un plazo de seis meses.

En otras palabras, del mismo modo que un país libremente puede decidir comenzar a formar parte del Convenio, puede decidir desvincularse. El único límite es que, al decidir desvincularse, el Estado igualmente se encontrará de cierta forma vinculado por el plazo de seis meses.

Esta regulación ha dado lugar a dudas, ya que el Convenio no establece de forma expresa si durante el plazo de seis meses, por el cual el Estado permanece vinculado al CIADI, pueden iniciarse nuevos arbitrajes bajo esta convención.

La denuncia del CIADI por diferentes países¹², y los arbitrajes que se iniciaron posteriormente durante el período de seis meses, dieron lugar a interpretaciones diametralmente opuestas. En virtud de ello, resulta necesario analizar el tema.

3. Regulación del derecho de denunciar el Convenio CIADI que poseen los Estados Parte y sus consecuencias jurídicas

Los artículos relevantes en este punto son los artículos 71 y 72 del Convenio, que establecen:

Artículo 71:

*“Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.*¹³
(Destacado propio)

Artículo 72:

*“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.*¹⁴
(Destacado propio).

12 Los países que procedieron a denunciar el Convenio CIADI son los siguientes: Bolivia (denuncia recibida por el depositario el 16 de mayo de 2007); Ecuador (denuncia recibida por el depositario el 7 de enero 2010) y; Venezuela (denuncia recibida por el depositario el 24 de enero de 2012). Asimismo, Nicaragua y Cuba hicieron pública su intención de abandonar el Convenio en el año 2007, pero hasta el día de hoy no han concretado su denuncia.

13 Convención CIADI, artículo 71.

14 Convención CIADI, artículo 72.

Estos artículos, en casos en los cuales se iniciaron arbitrajes durante el período de seis meses, dieron lugar a interpretaciones contradictorias. Por un lado, se entendió que el plazo de seis meses refiere a todos los efectos que se despliegan de la denuncia de la Convención. Como resultado, un inversor podría aceptar la oferta de arbitrar bajo el CIADI contenida en un TBI y así iniciar un arbitraje. Esto porque, luego de denunciar el Convenio, ese Estado permanecería igualmente vinculado al CIADI por seis meses.

Por otra parte, se consideró que el plazo de seis meses refiere únicamente a las obligaciones y derechos del Estado como miembro del CIADI. Pero, que los derechos y obligaciones del Estado como parte de un arbitraje se regulan por el artículo 72 y, como resultado, solo sobreviven a la denuncia del Convenio los arbitrajes iniciados con anterioridad a la misma.

a. Postura actualmente predominante: la denuncia comienza a surtir efectos luego de transcurridos los seis meses desde la denuncia

En jurisprudencia, ha predominado la primera postura: se pueden iniciar arbitrajes en el plazo de seis meses.¹⁵

Así fue entendido en el arbitraje CIADI *Blue Bank c/. Venezuela*¹⁶ del año 2017. Venezuela había denunciado el Convenio el 24 de enero de 2012, y el inversor presentó la Solicitud de Arbitraje el 25 de junio del mismo año (casi cinco meses después de la denuncia).

La mayoría del Tribunal entendió que los artículos 71 y 72 debían ser considerados, siendo el punto de partida el artículo 71, mientras que el 72 solo refiere a la supervivencia de ciertas acciones luego de la denuncia.¹⁷ Así, interpretó que el artículo 71 tiene un lenguaje imperativo, al establecer que la denuncia “*producirá efecto*”, de lo cual fluye que la denuncia de la Convención tiene efecto luego del vencimiento del plazo de seis meses.¹⁸ Asimismo, agrega que “*otra interpretación haría que el plazo de seis meses, no tuviera ningún efecto, y por lo tanto sería contrario al principio de effet utile, que es uno de los principales postulados de la interpretación de los tratados. Así, si la intención hubiera sido darle a la denuncia un efecto inmediato, no hubiera tenido sentido especificar en la segunda parte del artículo 71, un período de espera de seis meses*”.¹⁹ (Traducción propia).

15 A vía de ejemplo, esta postura ha sido seguida por los tribunales arbitrales en los casos *Venoklim Holding c/ Venezuela*, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c/ Venezuela*, *IGB c/ España* y *Euro Telecom c/ Bolivia*.

16 *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd c/ Venezuela* (Caso CIADI N° ARB12/20), laudo de fecha 26 de abril de 2017. Tribunal arbitral compuesto por Christer Söderlund, (Presidente), George Bermann, y Loretta Malintoppi. TBI aplicable: Barbados – Venezuela.

17 *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd c/ Venezuela* (n° 9), ¶. 118, establece: “*If, as the majority finds, an agreement to arbitrate was formed between the Claimant and the Respondent before denunciation under Article 71 took effect, there is no reason to inquire further into Article 72, inasmuch as Article 72 deals only with the post-termination survival of certain of a State’s rights or obligations*”.

En el mismo sentido, en el caso *Quiborax c/ Bolivia*, Solicitud de Arbitraje se había presentado dos años antes de que se denunciara el Convenio. Posteriormente Bolivia denunció el CIADI, y el arbitraje finalizó diez años luego de esa denuncia. Esto refleja de forma clara que los arbitrajes iniciados con anterioridad a la denuncia, no son afectados por la misma, puesto que en estos casos, aplica sin lugar a dudas el artículo 72 de la Convención. (ver *Quiborax S.A. Non metallic Minerals. S.A. and Allan Fosk Kaplun c/ Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/06/2), laudo de fecha 16 de setiembre de 2015).

18 *Blue Bank International c/ Venezuela* (n° 9), ¶. 119, establece: “*The relevant language is mandatory.*”

19 *Blue Bank International c/ Venezuela* (n° 9), ¶. 119, establece: “*Any other interpretation of this provision would render the*

De esta forma, el Tribunal en su mayoría consideró que la demanda fue correctamente presentada dentro del plazo de seis meses, ya que durante ese período Venezuela seguía siendo parte de la Convención. El árbitro disidente, Soderlång, manifestó que coincidía con la mayoría, en cuanto a que Venezuela seguía formando parte del CIADI durante ese plazo, pero no coincidía en la forma en que se había interpretado el artículo 72.²⁰ Él explica que, en su posición, el artículo 72 no aplicaría cuando existe un TBI aplicable y que, en virtud del TBI, el consentimiento de Venezuela no habría expirado inmediatamente con la notificación de la denuncia.²¹

Del mismo modo, en el caso *Venoklim Holding c/. Venezuela*,²² la Solicitud de Arbitraje se presentó el 23 de julio de 2012, (cinco meses y veintinueve días luego de la denuncia de Venezuela). El Tribunal reconoció que la denuncia del CIADI es un derecho de cada Estado, pero como tal, tiene límites.²³ Así, explica que “la denuncia, entonces, no tiene efectos retroactivos sino que se aplica de cara al futuro”.²⁴ Luego continúa explicando que, si se tomara la postura que no permite iniciar arbitrajes en el plazo de seis meses, “se estaría dando un efecto inmediato a la denuncia, en contradicción con el límite temporal que el mismo Convenio dispone en el Artículo 71”.²⁵

Asimismo, el Tribunal explica que, si se interpretaran los artículos 71 y 72 como lo proponía Venezuela, “ello llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI. Precisamente para evitar este tipo de inconvenientes ese Convenio estableció en su Artículo 71 un período de seis meses contados a partir de la fecha del recibo de la notificación de denuncia, para que los interesados pudieran actuar conforme al Convenio CIADI en ese lapso”.²⁶

reference to a six-month time period devoid of any meaning, and would run directly contrary to the principle of effet utile (ut res magis valeat quam pereat), which is one of the fundamental tenets of treaty interpretation. If the intention was for the denunciation to take immediate effect, it would have made no sense to specify, in the second sentence of Article 71, that there should be a further waiting period of six months after receipt of the notice before the denunciation becomes effective”.

20 Blue Bank International c/ Venezuela, Opinión disidente Soderlång de fecha 3 de abril de 2017, ¶. 56, establece: “The fact that a post-termination request under a BIT would be registered at the ICSID does not answer the question whether a tribunal would consider itself competent to deal with the dispute. It would not be appropriate to delve into that issue for purposes of the present case where I share my co-arbitrators’ conclusion that the Request was filed within the six-month notice period stipulated in Article 71 of the Convention. The purpose of this opinion is to provide an explanation why Article 72 does not apply in the presence of a BIT and why Venezuela’s consent did not expire immediately upon its notice of denunciation as provided in Article 72”.

21 Blue Bank International c/ Venezuela, Opinión disidente Soderlång de fecha 3 de abril de 2017, (n° 13) ¶. 56.

22 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (Caso CIADI N° ARB/12/22), laudo de fecha 3 de abril de 2015. Tribunal arbitral compuesto por Yves Derains (Presidente), Enrique Gómez Pinzón y Rodrigo Oreamuno Blanco. TBI aplicable: Venezuela – Holanda.

23 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 58, establece: “Como todo derecho, la denuncia tiene sus límites, particularmente tratándose del respeto a las obligaciones adquiridas con anterioridad a la denuncia”.

24 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 59, establece: “La denuncia, entonces, no tiene efectos retroactivos sino que se aplica de cara al futuro. A pesar de esta clara conclusión, lo cierto es que algunas situaciones complejas pueden presentarse. Una de ellas es la que se presenta en este caso. Se trata entonces de determinar a partir de qué momento surte efectos la denuncia. Para aclarar esta cuestión, el Tribunal acudirá a los términos del tratado denunciado, es decir al Convenio CIADI”.

25 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 62, establece: “El Tribunal considera que interpretar las anteriores normas de la manera que propone la Demandada sería contrariar el sentido común de ellas, toda vez que por esta vía se estaría dando un efecto inmediato a la denuncia, en contradicción con el límite temporal que el mismo Convenio CIADI dispone en el Artículo 71”.

26 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 63, establece: “Además, si se interpretaran los Artículos 71 y 72 como la Demandada lo propone, ello llevaría a la violación de principios básicos de seguridad jurídica, porque ningún inversionista podría saber de antemano en qué momento un Estado va a denunciar el Convenio CIADI. Precisamente para evitar este tipo de inconvenientes ese Convenio estableció en su Artículo 71 un período de seis meses contados a partir de la fecha del recibo de la notificación de

Por otra parte, considera el Tribunal que la distinción entre normas especiales y generales no es aplicable a los Artículos 71 y 72 del Convenio CIADI ya que los dos son normas especiales relativas a la denuncia, con contenidos y alcances diferentes. En efecto, mientras el Artículo 71 aporta soluciones a los problemas que la denuncia pueda generar de cara al futuro, el Artículo 72 consagra el respeto de los derechos y obligaciones adquiridos con anterioridad a la denuncia y establece el carácter no retroactivo de esta.²⁷

Una vez que un Estado ha hecho una oferta de arbitraje internacional válida, una de sus principales obligaciones es la de cumplir con la misma, inclusive durante el periodo de seis meses previsto por el Convenio CIADI para que la denuncia surta efectos.²⁸

De este modo, en este caso el Tribunal también rechazó la objeción de jurisdicción planteada por el Estado.

En conclusión, hay jurisprudencia constante que apunta hacia la posición de considerar que dentro del plazo de seis meses pueden iniciarse demandas contra el Estado, en base al consentimiento otorgado en un TBI.

b. Postura innovadora, ¿dará lugar a una nueva tendencia en el arbitraje CIADI?

Si bien la mayoría de los tribunales arbitrales se han inclinado por sostener la posición antes explicada, recientemente, en noviembre de 2017, el tribunal arbitral en el caso *Fábrica de Vidrios c/ Venezuela*²⁹ plasmó una postura que podría dar un giro a la interpretación sostenida por los tribunales, e incluso tornar necesario repensar una modificación del Convenio CIADI a los efectos de zanjar esta discusión.

Tal como explicamos anteriormente, los artículos relevantes en cuanto a la denuncia de la Convención son los artículos 71 y 72.

De acuerdo con la interpretación sostenida por el Tribunal antes mencionado, el artículo 71 y el artículo 72 tienen diferentes campos de aplicación. El artículo 71 establece el derecho de los Estados de denunciar la Convención y regula las consecuencias que surgen del ejercicio de dicho derecho con respecto a su posición como Estado Parte de la Convención. Por el contrario, el artículo 72 regula las consecuencias que acarrea el ejercicio de este derecho con respecto a su posición como parte o potencialmente parte de un arbitraje CIADI.³⁰

denuncia, para que los interesados pudieran actuar conforme al Convenio CIADI en ese lapso”.

27 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 64. (Cita textual completa).

28 Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela (N° 15), ¶. 66. (Cita textual completa).

29 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/12/21), laudo de fecha 13 de noviembre de 2017. Tribunal arbitral compuesto por Hi-Taek Shin (Presidente), Yves Fortier y Zachary Douglas. TBI aplicable: Estados Unidos – Venezuela.

30 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela* (N° 22), ¶. 269, establece: “This division of labour between Article 71 and Article 72 is important. Article 71 establishes the right of denunciation of the ICSID Convention and regulates the consequences that flow from the exercise of that right in respect of the Contracting State’s position as a state party to the ICSID Convention. This is clear from the ordinary meaning of the terms “[a]ny Contracting State may denounce this Convention” in Article 71. Article 72 regulates the consequences that flow from the exercise of the right of denunciation in Article 71 on the Contracting State’s position as a party (or potential party) in an ICSID arbitration”.

En consecuencia, tal como establece el artículo 71, la denuncia de la Convención realizada por un Estado surte efectos pasados seis meses de recibida la notificación de la misma por el depositario.³¹ Esto quiere decir que, durante los seis meses que transcurren tras la notificación de la denuncia, el Estado podrá participar del Consejo Administrativo,³² nominar miembros para la Lista de Árbitros y Conciliadores,³³ proponer modificaciones de la Convención.³⁴ Asimismo, el Estado deberá contribuir a la financiación del Centro,³⁵ otorgar inmunidades y privilegios al Centro dentro de su territorio,³⁶ entre otras cosas.

Sin embargo, todos estos derechos y obligaciones refieren al Estado como Miembro de la Convención³⁷. En cuanto al Estado como parte de un arbitraje CIADI, el artículo 72 establece que la denuncia no afectará los derechos y obligaciones “nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.³⁸ Por lo tanto, dado que en lo relativo a la jurisdicción del Centro, la Convención estableció que los únicos derechos que no serían afectados son los nacidos con anterioridad a la denuncia, el Tribunal entendió que en este caso específico la denuncia tenía efectos inmediatos.³⁹

Asimismo, el Tribunal hizo notar que esta distinción entre los Estados como Miembros de la Convención y Estados como Parte en un arbitraje CIADI no es exclusiva en materia de denuncia, sino que se permea a lo largo de toda la Convención⁴⁰.

Para determinar el alcance de esta interpretación realizada por el Tribunal, es necesario determinar qué debe entenderse por “consentimiento a la jurisdicción del Centro”.⁴¹ El Tribunal entendió que, ateniéndonos al sentido ordinario de este artículo, podríamos entender que se refiere tanto al consentimiento unilateral brindado por una parte (en este caso, por parte del Estado a través del TBI) o el consentimiento mutuo brindado por

31 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 267, establece: “In accordance with Article 71, a Contracting State’s withdrawal from the ICSID Convention takes effect six months after the Bank’s receipt of the notice of denunciation”.

32 Convención CIADI, artículos 4 a 7.

33 Convención CIADI, artículo 13.

34 Convención CIADI, artículo 65.

35 Convención CIADI, artículo 17.

36 Convención CIADI, artículo 19.

37 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 269, establece: “Article 71 establishes the right of denunciation of the ICSID Convention and regulates the consequences that flow from the exercise of that right in respect of the Contracting State’s position as a state party to the ICSID Convention”.

38 Convención CIADI, artículo 72, establece: “Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”. (Destacado propio).

39 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 282, establece: “The Tribunal concludes based upon the ordinary meaning of the terms of Article 72 in their context that it is only where consent to arbitration to the jurisdiction of the Centre is perfected, such that it generates rights and obligations under the ICSID Convention, that those rights and obligations persist following the receipt of a notice of denunciation by a Contracting State pursuant to Article 71”.

40 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 269, establece: “This division of labour is not unique to Articles 71 and 72: the contrast between provisions that are addressed to the Contracting States as parties to an international treaty, and provisions that are addressed to parties in ICSID arbitration proceedings, permeates the entire ICSID Convention”.

41 Convención CIADI, artículo 72.

las partes,⁴² el cual puede materializarse a través de un acuerdo arbitral, de una manifestación de voluntad del inversor aceptando la oferta plasmada en el TBI o directamente a través de la decisión de un inversor de someter una disputa a arbitraje.

Dependiendo de la interpretación que le demos al término consentimiento, será suficiente con tener un TBI firmado por el Estado para que su obligación a someter las disputas a arbitraje CIADI no se vean afectadas tras la denuncia o, por el contrario, se requerirá que el inversor también formalice su consentimiento con anterioridad a la denuncia.

En este sentido, el Tribunal entendió que, si bien el texto del artículo 72 admite ambas interpretaciones, analizando la Convención como un todo es claro que es necesario contar también con el consentimiento del inversor para que el consentimiento a arbitrar las disputas bajo CIADI se encuentre perfeccionado⁴³. Esto se debe: en primer lugar, porque si se refiriera a consentimiento unilateral no tendría sentido que el artículo 72 hablara de los derechos y obligaciones “*de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro*” (Destacado propio),⁴⁴ puesto que, contrario a lo que sucede en el caso de los Estados, el consentimiento unilateral de los inversores no genera derechos y obligaciones bajo CIADI; en segundo lugar, porque el artículo 25, el cual regula la jurisdicción del Centro, establece que “*El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*”.⁴⁵ No tendría ningún propósito hablar de consentimiento dado por las partes si no se hablara de consentimiento mutuo.⁴⁶

Por lo tanto, a los efectos del artículo 72, para que nazcan derechos y obligaciones del consentimiento a la jurisdicción del Centro, no alcanza con que el Estado firme un TBI. El TBI es una oferta para arbitrar las disputas y, como toda oferta, para que la misma sea perfeccionada es necesario que el inversor la acepte. Ambas cuestiones deben darse con anterioridad a la denuncia de la Convención para que existan derechos y obligaciones vinculantes para el Estado denunciante.

El Tribunal hizo notar que esta interpretación es acorde con las características que tiene CIADI. Contrariamente, por ejemplo, a lo que sucede con las Reglas de Arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), el arbitraje CIADI no es aplicable por referencia, sino que solo se en-

42 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 273, establece: “*The starting point is that the ordinary meaning of “consent to the jurisdiction” could encompass either interpretation proffered by the parties because it is perfectly possible to use those words to mean the unilateral act of consenting (i.e. one party’s engagement to submit to the jurisdiction of the Centre which needs to be met by another party’s engagement to result in an arbitration agreement) or the multilateral result of consenting (i.e. the one party’s engagement to submit to the jurisdiction of the Centre which has been matched by another party’s engagement and as thus resulted in an arbitration agreement)*”.

43 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 273, establece: “*The “jurisdiction of the Centre” is thus founded upon perfected consent (...)*”.

44 Convención CIADI, artículo 72.

45 Convención CIADI, artículo 25, establece: “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally*”.

46 Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Nº 22), ¶. 277, establece: “*The “jurisdiction of the Centre” is thus founded upon perfected consent and that is hardly surprising as the consent of all parties to ICSID arbitration is the sine qua non of arbitration under the ICSID Convention*”.

cuentra disponible para las Partes cuando las mismas cumplieron con las condiciones previstas en la Convención.⁴⁷

4. Consecuencias de esta nueva interpretación sobre la protección brindada a los inversores

Podría sostenerse que esta nueva interpretación corre el riesgo de dejar a los inversores desprotegidos, dado que los mismos realizan su inversión teniendo en consideración la protección brindada por el TBI y luego pueden perder dicha protección, sin siquiera contar con un previo aviso por parte del Estado. Sin embargo, el Tribunal al momento de plantear su interpretación tuvo en cuenta esta cuestión y brindó una serie de razones por las cuales consideró que esto no representaría un problema.

En primer lugar, indicó que raramente la denuncia de una convención de esta magnitud es impredecible para los inversores, sino que generalmente existen previas discusiones parlamentarias y se hace pública la intención del Estado, de forma que los inversores tienen tiempo para tomar medidas al respecto.⁴⁸

En segundo lugar, consideró que, en todo caso, el Tribunal no tiene por qué intentar eliminar las consecuencias negativas que tiene la denuncia de la Convención sobre los inversores. Todo sistema basado en el libre consentimiento de los Estados corre el riesgo de que dicho consentimiento pueda ser retirado, y de esa forma eliminar la protección brindada a los inversores con anterioridad.⁴⁹

Asimismo, debe tenerse en consideración que los inversores pueden aceptar la oferta contenida en el TBI una vez realizada la inversión, antes de que surja ninguna disputa. Un inversor diligente, que invierte en un país teniendo en cuenta la protección que el respectivo TBI le brinda, puede manifestar su consentimiento y quedar protegido por el mismo, incluso aunque no llegue a ser necesario hacer uso de esta protección. De hecho, han existido casos en los cuales los inversores optaron por consentir a arbitrar disputas, antes de someter una disputa a arbitraje. Esto sucedió por ejemplo en los casos Lanco

47 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (N° 22)*, ¶. 259, establece: “Arbitration under the UNCITRAL Rules is not directly regulated by a multilateral treaty and does not depend upon the existence of a multilateral treaty. Consent to the UNCITRAL Rules has the effect of incorporating those rules into the parties’ arbitration agreement and that incorporation would be impervious to any subsequent changes that might be made to the UNCITRAL Rules. The legal operation known as incorporation by reference cannot, however, apply to a multilateral treaty. The ICSID Convention cannot be incorporated by reference into the parties’ arbitration agreement because, as an instrument of international law recording a set of interrelated obligations binding upon all the contracting state parties to it, it has a life of its own”.

48 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (N° 22)*, ¶. 290, establece: “The Tribunal also notes that a denunciation of the ICSID Convention will rarely come as a complete surprise. The denunciation of an important multilateral convention is a major step for any State to take. The decision is unlikely to be made without debate in the relevant political organs of the State in question. In many States there is a formal constitutional procedure that must be followed. The possibility of investors being caught completely by surprise by a Contracting State’s denunciation is therefore remote”.

49 *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (N° 22)*, ¶. 287, establece: “Once again, however, it is not this Tribunal’s function to seek to eliminate any negative consequences that might flow from a Contracting State’s denunciation of the ICSID Convention. Any system of adjudication founded upon consent is vulnerable to the possibility that consent may be withdrawn”.

c/ Argentina⁵⁰, Azurix c/ Argentina⁵¹ y ADC c/ Hungría⁵². De este modo, al surgir la disputa, la vía del arbitraje CIADI sería permitida, con independencia de si el Estado sigue siendo miembro de la Convención.

5. Reflexiones finales

En conclusión, resulta clara la existencia de esta situación. Ante denuncias posibles, aunque no sean probables, la única respuesta es la incertidumbre. No existe una respuesta uniforme a la pregunta: ¿puede el inversor iniciar un arbitraje CIADI en el período de seis meses desde realizada la denuncia?

Podría discutirse cuál sería la mejor solución. Sin embargo, es indiscutible que la solución que otorga más seguridad jurídica es que la Convención lo determine de manera expresa, ya sea pronunciándose a favor de que el inversor pueda iniciar arbitrajes bajo CIADI en ese plazo o, por el contrario, pronunciándose a favor de que solo pueda iniciar este tipo de arbitrajes con anterioridad a la denuncia.

Si se eligiera la primera opción, estaría inclinando la balanza a favor de los inversores. Esto porque, al momento de realizar la inversión en ese país determinado, el inversor debió tomar en consideración la protección que la Convención le brindaba en caso de surgir una disputa. Al determinar expresamente que durante los seis meses sí pueden iniciar arbitrajes CIADI, se protege a los inversores, quienes tendrán claro que, si el Estado denuncia la Convención, aunque lo haga de manera repentina, tienen un plazo de seis meses para iniciar reclamos. Por el contrario, el Estado se vería en cierto modo perjudicado, puesto que podría recibir oleadas de arbitrajes bajo CIADI durante ese plazo, a pesar de su decisión de desligarse de la Convención.

Si se tomara la segunda opción, se beneficiaría a los Estados, y a su consentimiento, quienes tendrán la certeza de que, al decidir denunciar el Convenio, desde ese instante, no podrán recibir solicitudes de arbitraje CIADI.

No consideramos que alguna de las dos opciones sea más conveniente que la otra, pero sí entendemos que lo más beneficioso para todas las partes involucradas es que exista una solución inequívoca, para evitar que continúe la posibilidad de laudos en sentido contrario.

Este tema es particularmente importante dada la situación coyuntural en la que nos encontramos hoy en día como consecuencia de la aparición del nuevo virus COVID-19.

50 Lanco International Inc. c/. Argentina, (Caso CIADI No. ARB/97/6). Laudo del 8 de diciembre de 1998. Tribunal arbitral compuesto por Bernardo M. Cremades, Guillermo Aguilar Álvarez y Luiz Olavo Baptista. TBI aplicable: Estados Unidos – Argentina. El consentimiento a arbitraje fue enviado por el inversor el 17 de setiembre de 1997 y la solicitud para arbitrar la disputa fue enviada el 1 de octubre de 1997.

51 Azurix Corp. c/. Argentina, (Caso CIADI No. ARB/01/12). Laudo del 8 de diciembre de 2013. Tribunal arbitral compuesto por Andrés Rigo Sureda (Presidente), Elihu Lauterpacht y Daniel H. Martins. TBI aplicable: Estados Unidos – Argentina. El consentimiento a arbitraje fue enviado por el inversor el 12 de julio de 2001 y la solicitud para arbitrar la disputa fue enviada el 19 de setiembre de 2001.

52 ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c/. Hungría, (Caso CIADI No. ARB/03/16). Laudo del 2 de octubre de 2006. Tribunal arbitral compuesto por Hon. Charles Brower, Albert Jan van den Berg y Neil Kaplan (Presidente). TBI aplicable: Chipre – Hungría. El consentimiento a arbitraje fue enviado por el inversor el 29 de noviembre de 2002 y la solicitud para arbitrar la disputa fue enviada el 7 de mayo de 2003.

Lamentablemente, los arbitrajes en contra del Estado son una consecuencia natural de la misma. Por lo tanto, entendemos que este es el momento para que Uruguay se plantee determinadas interrogantes: ¿es el CIADI la mejor protección para sus intereses? ¿la protección brindada a los inversores se ve materializada en la cantidad de inversiones recibidas por Uruguay?

Este es el momento para plantearse este tipo de preguntas, y no al momento de vislumbrar una disputa, como fue el caso de Venezuela o Bolivia, lo que le costó defender su caso ante el Tribunal en reiteradas ocasiones, todo lo cual se traduce en un costo económico para el Estado.

De esta forma, la realidad mundial actual, intensifica la relevancia de esta discusión. No solo resulta necesario considerar la posición de Uruguay ante el Convenio, sino el resto del mundo, debido a que es razonable concluir que, en esta nueva realidad, probablemente los Estados tomen medidas para proteger a su población y a su economía, y al hacerlo puedan afectar los derechos de un inversor. Si a esto además se agrega la incertidumbre sobre la desvinculación del CIADI, el único resultado posible es el caos. Cuando la controversia ya surgió, es demasiado tarde.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c/. Hungría, (Caso CIADI No. ARB/03/16). Laudo del 2 de octubre de 2006. Tribunal arbitral compuesto por Hon. Charles Brower, Albert Jan van den Berg y Neil Kaplan (Presidente). TBI aplicable: Chipre – Hungría.

Azurix Corp. c/. Argentina, (Caso CIADI No. ARB/01/12). Laudo del 8 de diciembre de 2013. Tribunal arbitral compuesto por Andrés Rigo Sureda (Presidente), Elihu Lauterpacht y Daniel H. Martins. TBI aplicable: Estados Unidos – Argentina.

Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd c/ Venezuela (Caso CIADI N° ARB12/20). Laudo de fecha 26 de abril de 2017. Tribunal arbitral compuesto por Christer Söderlund, (Presidente), George Bermann, y Loretta Malintoppi. TBI aplicable: Barbados – Venezuela.

Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c/ Venezuela (Caso CIADI N° ARB/12/21). Laudo de fecha 13 de noviembre de 2017. Tribunal arbitral compuesto por Hi-Taek Shin (Presidente), Yves Fortier y Zachary Douglas. TBI aplicable: Estados Unidos – Venezuela.

E.T.I. Euro Telecom International N.V. c/ Bolivia. (Caso CIADI N° ARB/08/28). Resolución de la Corte de Apelaciones de Inglaterra del 22 de julio del 2008.

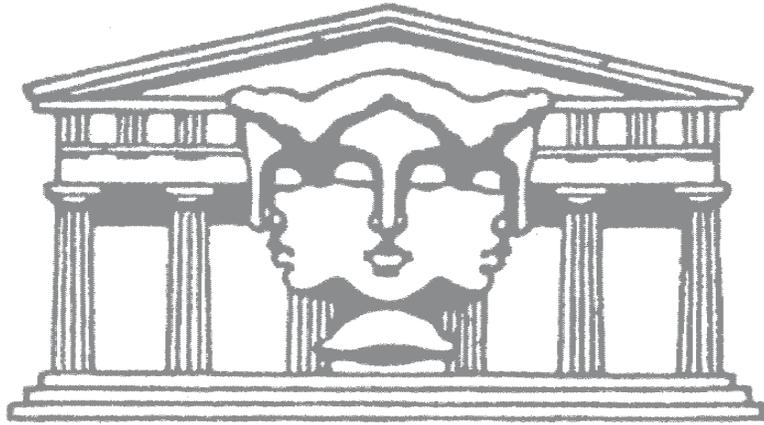
Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. c/ España. (Caso CIADI N° ARB/12/17). Tribunal arbitral compuesto por Rodrigo Oreamuno Blanco. Laudo de fecha 14 de agosto del 2015. TBI aplicable: Costa Rica - España

Lanco International Inc. c/. Argentina, (Caso CIADI No. ARB/97/6). Laudo del 8 de diciembre de 1998. Tribunal arbitral compuesto por Bernardo M. Cremades (Presidente), Guillermo Aguilar Álvarez y Luiz Olavo Baptista. TBI aplicable: Estados Unidos – Argentina.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c/ República Oriental del Uruguay (Caso CIADI No. ARB/10/7). Tribunal arbitral compuesto por Piero Bernardini (Presidente), Gary Born, James Crawford..TBI aplicable: Suiza – Uruguay.

Quiborax S.A. Non metallic Minetals. S.A. and Allan Fosk Kaplun c/ Bolivia (Caso CIADI N° ARB/06/2). Laudo de fecha 16 de setiembre del 2015. Tribunal arbitral compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Marc Lalonde, Brigitte Stern. TBI aplicable: Chile – Bolivia.

Venoklim Holding B.V. c/ Venezuela. (Caso CIADI N° ARB/12/22). Laudo de fecha 3 de abril de 2015. Tribunal arbitral compuesto por Enrique Gómez Pinzón (Presidente), Rodrigo Oreamuno Blanco, Yves Derains. TBI aplicable: Holanda – Venezuela.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DE LA FUENTE, Juan Ángel
El notariado 3.0

LORENZO, María Josefina; NESSAR DE LENOBLE, Silvana;
FISCHER, Gustavo
Derecho Administrativo y tecnología: el teletrabajo en la función
pública en el Uruguay

EL NOTARIADO 3.0 LOADING ...¹

NOTARY PUBLIC 3.0 LOADING ...

NOTARIADO 3.0 LOADING...

JUAN ANGEL DE LA FUENTE²

RECIBIDO: 10/11/2020

APROBADO: 20/11/2020

La especie humana evoluciona día a día, pero lo novedoso es que hoy lo está haciendo a una velocidad que no se había dado antes y obviamente, los sistemas jurídicos y el Notariado no son ajenos a esta evolución.

Pero la evolución no implica un cambio, la “evolución” es un proceso fáctico y biológico, por el contrario “el cambio” es un acto volitivo del ser humano, y sobre esto quiero compartir con Ustedes algunas reflexiones que no buscan tener la razón, me basta con que el lector se quede pensando.

Hace ya unos años, mi padre que es colega y fue mi socio durante 20 años, sugirió que el *slogan* de nuestra Escribanía fuera “Notariado, profesión de tradición y futuro”[®], lo pensamos mucho y lo discutimos bastante con nuestro equipo y finalmente quedó; la *tradición* del notariado uruguayo no tiene discusión y estoy convencido que ha sido artífice de la tan reconocida “seguridad jurídica”, con la que Uruguay se vende al mundo, pero el *futuro* se construye y ello debe ser producto no de procesos biológicos evolutivos, sino de cambios de paradigmas que acompañen la sociedad.- José Ingenieros, decía que “los pueblos en decadencia viven sólo acordándose de dónde vienen, los pueblos fuertes sólo necesitan saber a dónde van”, entonces vayamos hacia el Futuro.-

De lo dicho surge el título de este artículo, parafraseando las versiones de las actualizaciones del software, creo que estamos en una etapa de “carga” de un nuevo sistema notarial, nos encontramos frente a uno de los desafíos más trascendentes a los que se ha enfrentado el Notariado moderno.

Para preparar la instalación del “Notariado 3.0” necesitamos un trípode, que debe actuar de manera concomitante y coordinado, basta que falle alguno de los elementos, para que la carga no se efectúe de manera eficiente.

¹ Conferencia online dictada el miércoles 22 de julio de 2020, organizada por el centro de Maestrías y Postgrados en Derecho de la Universidad de Montevideo.

² Escribano. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3788-8974>. jadelafuente@delafuente.com.uy

Este trípode lo integran: un elemento *legal*, un elemento *tecnológico* y un elemento (el más importante) *cultural*.

La creación del elemento “*legal*” es relativamente sencillo por varias razones.- Tenemos excelentes profesores especialistas en Derecho Notarial y Registral que nos ilustrarán muy correctamente, respecto de los ajustes legislativos necesarios para que instrumentos electrónicos, generados en unos pocos segundos por seguros y robustos sistemas informáticos, tengan el valor legal que nos permita dar la máxima seguridad jurídica que se merece Uruguay y por lo cual somos reconocidos en el mundo; por otra parte Uruguay ya ha creado y aprobado leyes que dan validez y eficacia jurídica a los instrumentos electrónicos.-

Deben aprovecharse estas herramientas regulatorias, para hacer un “*up date*” -en esta versión 3.0- de algunas circunstancias operativas que hagan más eficientes la labor notarial, haciendo coincidir comportamientos socioculturales con herramientas tecnológicas existentes, a vía de ejemplo: leemos redes sociales, pero la ley cree que la información trascendente debe de publicarse en Edictos en papel, en Diarios que nadie lee; miramos planillas Excel, pero cuando inscribo un tipo social moderno (SAS) la ley me exige presentar en el Registro de Personas Jurídicas, libros de comercio, con tecnología de más de dos siglos; y seguramente hay cientos de ejemplos más que generan una operativa costosa, compleja de implementar y que además implica un importante daño al ambiente, colaborando poco con los impulsos del “Notariado Green”.-

El elemento “*tecnológico*” es el más fácil de concretar, porque tenemos un país con altísima conectividad y contamos con los Ingenieros más destacados a nivel mundial, por lo cual este elemento no significa un problema.- Por experiencia personal, puedo afirmar que los Ingenieros uruguayos tienen la capacidad de enfrentar e interactuar con cualquier situación que haya que resolver y traducirlo en un software de alto desempeño y de operación sencilla, sólo debemos contarles que necesitamos y ellos darán una solución que generará una mejor calidad profesional.- Quizás en este tema se haga necesaria una decisión política de asignación de recursos, para lo cual, sin duda, se puede apelar a organismos internacionales, que velan por la despapelización de procesos, la economía verde y la seguridad jurídica, cosas que contempla ampliamente esta propuesta.-

Pero seguramente, el elemento en el que más debemos poner énfasis es en el cambio “*cultural*”, porque los cambios culturales en tecnología no se imponen por ley, sino por conveniencia, se imponen porque sirven o benefician a alguien y no porque una ley lo disponga.

Basta ver la amplia legislación que existe en materia tecnológica notarial y lo poco que se usa; con la legislación existente, todos usaríamos masivamente el soporte electrónico notarial y no es así; los números de solicitudes de papel notarial de actuación versus el soporte electrónico notarial, son de alarmante supremacía del papel sobre el soporte en “bits”.- El Art 303 de la Acordada 7533 prevé los “Traslados notariales electrónicos”, y la verdad es que lo usamos muy poco.- Así como poco uso le damos a los certificados notariales electrónicos.- Por lo cual la primera conclusión es evidente, el aspecto a mejorar es el “*cultural*” y no tanto el “*legal*” y “*tecnológico*” ya existente.-

La UM ha entendido perfectamente el cambio y está incorporando a sus carreras jurídicas una fuerte capacitación técnica y cultural para preparar a los Escribanos 3.0; colegas que serán formados con los drivers del Nuevo Notariado.

Necesitamos también que esta versión traiga un Notariado *sustentable ecológicamente*, sin tantos traslados ni uso de papel; más *inclusivo e igualitario*, que permita que un colega que recién comienza y trabaja en una ciudad del interior del Uruguay, esté en pie de igualdad con el que ejerce en la capital, por el uso de las herramientas tecnológicas disponibles; que se distinga sólo por la calidad del servicio y los conocimientos y no por el arte de reunir documentos con más velocidad, por cercanía geográfica.-

La tecnología, viene de tecno: *habilidad o técnica* y logos: *discurso o conocimiento*, es la aplicación de la ciencia a la resolución de problemas concretos. Generalmente la tecnología sirve para hacer mejor y más fácil la vida de las personas; para que las personas pasen mejor, hagan las cosas más rápidamente, sean más sanas, pudiendo vivir más cómodas y felices, ser más precisas, tener menos esfuerzos, ser más eficientes etc., todo apunta al logro del bienestar de las personas.

Todo lo que hagamos para agregar tecnología a la profesión notarial no debe ser “para quedar modernos”, sino que lo haremos siempre para agregar valor y el valor que nosotros agregamos es la seguridad jurídica y sin duda que la seguridad jurídica mejora la calidad de vida.

Contrariamente a lo que muchas veces se cree, la tecnología nos hace más humanos, nos deja más tiempo para atender todo aquello que un software no puede resolver, y en ese ámbito nuestra profesión aporta un valor agregado muy importante.- Existe una sensación que hoy todo lo está haciendo un algoritmo, pero hay muchas cosas que no las podrá hacer un algoritmo y en eso es lo que debemos centrarnos, ahí está el agregado de valor al mundo que se viene, es más valioso el Escribano estructurando jurídicamente un negocio que esperando largos turnos en la fila de un Registro, y para ello la tecnología tiene la solución, sólo resta ponerla culturalmente en práctica, esa aplicación volverá al Notariado más justo, más eficiente, con menos tensiones, más preciso, más moderno y adecuado y como dije ese es el rol que puede desarrollar la tecnología, para mejorar la calidad de vida de las personas.-

Como operadores jurídicos debemos captar y atender el entorno social y cultural en el cual se empieza a producir el cambio. Los próximos 5 años serán intensos y desafiantes, los Escribanos debemos ser partícipes y actores en este cambio. Hay tecnologías que desafiarán a la profesión y debemos ser conscientes de lo que va a pasar, para tomar provecho, obtener buenos resultados y agregar valor.-

Big data, inteligencia artificial, sharing economy, experiencia de usuario, blockchain, robots, coches autónomos, tokens representando derechos, FinTech, entre otras cosas nos desafiarán como profesión, no podremos estar en una burbuja aislada de estos cambios que están llegando, por lo que hago un “*call to action*”, esta profesión nos necesita atentos y activos partícipes de los cambios y el sistema necesita el máspreciado valor que es la “confianza”, que es el motor del sistema y la confianza se puede dar cuando hay

seguridad jurídica y ello está en nuestra manos y ese es la construcción del futuro que les dije antes.- Como dice Julio Decaro: no hay que entender todo, sólo “darse cuenta”.-

Yo no sé cómo será el futuro de la profesión notarial, pero lo que sí creo es que existirán para cargar esta nueva versión, deberemos tener en cuenta 3 cosas importantes: 1) *La Velocidad*: Todo será más rápido. 2) Habrá un *pasaje del “Átomo” al “Bits”*: estamos creando un universo paralelo de “Bits” y 3) Tendremos que crear *nuevas Reglas*, que nos permitan adecuar nuestro actuar al nuevo mundo.

El Notariado 3.0 pasará de entornos *piramidales y centralizados*, es decir que hay un orden jerárquico y todo termina en un vértice que generalmente es el Estado o una organización privada de reconocida jerarquía, a entornos *compartidos y en red*, donde el agregado de valor cambia de eje, el poder compartir globalmente datos auténticos hace que el valor se pueda agregar en varias partes a la vez, disminuyendo las brechas.

La primera versión del Notariado de la era moderna fue el **1.0**, fue la del notariado soporte papel, distinguido por un trato muy personalizado, en donde el Escribano era una referencia del acto que se otorgaba no sólo por su sabiduría jurídica, sino también por su imagen e investidura; los Escribanos tenían “clientes” y el servicio notarial era un “*Speciality*” generando la capacidad de construir y mantener sistemáticamente ventajas comparativas que permitían alcanzar, sostener y mejorar una determinada posición en su entorno económico y social.-

No quiero aventurar años, pero efectivamente mi generación (comencé a ejercer en 1995) es donde se empezó a gestar la versión **2.0**, que entiendo es la versión que se está ejecutando; a nivel de operaciones esta versión es un “híbrido” entre papel y algunas tímidas, pero eficientes herramientas tecnológicas.

Pudimos reducir notablemente los tiempos de respuestas registrales, se comienza a dar una ágil comunicación en la vinculación con los demás actores de la cadena de trabajo (colegas, sistema financiero, Estado, etc.) a través del uso de mails, web, ftp y posteriormente servicios de mensajería instantánea, videoconferencias y demás plataformas de comunicación que permiten intercambiar mucha información a gran velocidad y circular versiones documentales a todos los involucrados.

Pero esta versión vino con algunos inconvenientes, como la masificación y todas las situaciones complejas que ello genera, vg. problema de distribución desigual y asimétrica del trabajo, cumplimiento de aranceles, seguridad social, competencia desleal, carga excesiva de controles tributarios, controles de lavados de activos, etc.; estas circunstancias y otras que no forman parte de este análisis, muchas veces hacen percibir al Escribano no como un asesor jurídico calificado con “fe pública”, sino como un profesional cuyo rol principal es reunir una innumerable cantidad de documentos exigidos por la legislación y la burocracia, un saltador profesional de vallas administrativas, un gimnasta especialista en subir escaleras en el Edificio del Notariado, un atleta que resiste largas colas, horas de mostrador o atrás de una pantalla para conseguir un turno para ingresar un documento y otras vicisitudes que todos las conocen, por lo que no vale la pena su enumeración.-

Lo dicho, hace sin duda desaprovechar en tareas meramente operativas y físicas a un profesional que está formado para otra labor, es bueno en otra cosa y obviamente que ello trae cansancio, estrés, malestar, tensiones y disconformidad, lo mismo que si el Maestro Tabárez insistiera en colocar a Suárez al arco, en lugar de “9”.- Y para mí lo más preocupante de esta versión, es que los Escribanos estamos dejando de tener clientes y pasamos a tener “usuarios”, lo que implica el pasaje de una relación de fidelidad a la de un encuentro casual determinado por la conveniencia del momento y eso implica un riesgo importante, que es que el servicio notarial pase de ser un “*Speciality*” a ser un “*Commodity*”, lo que implica el cumplimiento de un estándar mínimo con independencia de quien lo genera, cuyo precio lo fija el mercado.-

Creo que es hora de empezar a cargar la versión 3.0 que a mi entender no será un cambio de soporte, sino un cambio cultural.

Necesitamos imperiosamente comenzar a cargar esta versión, pero esto no es algo que podamos hacer solo los que nos dedicamos a las nuevas tecnologías, implica que haya un cambio de paradigmas a nivel global, con un compromiso de todos los actores y una participación desde la construcción de nuevas cosas.

A vía de ejemplo, hoy existiría la posibilidad tecnológica de que interconectando sistemas y bases de datos, que podrían estar en un entorno Blockchain, habilitaría para cargar un número de padrón y en cuestión de segundos a través de un sistema sofisticado, pero de uso sencillo tengamos por ese bien: información registral del Registro de la Propiedad y a través de un sistema de IA, información de Actos Personales por los últimos 30 años, Registro de Prendas de Derechos por propietarios de últimos 5 años, contribución inmobiliaria y demás tributos municipales, CUD, certificados (especial o común) de BPS y DGI, impuesto de enseñanza primaria, escaneo de los últimos 30 años de procedencias, OSE, seguros de incendios, Catastro -cédula catastral y demás información gráfica relevante de planos que da el MTOP-, si fuera rural Colonización, DIN-AGUA, DINAMIGE, planes de uso de suelo, DINAMA etc. etc.- A su vez generado el documento notarial, se devolvería por la misma plataforma al Registro o las Oficinas que corresponda.- Todo esto en unos pocos segundos y con pago electrónico a través de una transferencia o tarjeta de crédito y desde la tranquilidad de su Oficina u hogar.

Con la emisión de este “*Mega Certificado*” de información, expedido con firma digital y validado por nodos de Blockchain, pasarían muchas cosas buenas, la primera es que el Escribano se dedicaría a hacer realmente lo que sabe hacer y para lo que se formó, que es el estudio y análisis de la documentación, redacción de los documentos, asesoramiento de los clientes y cumplimientos de las formalidades propias de la función; esta situación generaría un tratamiento igualitario para todos los colegas con independencia de su ubicación geográfica donde vivan y con la infraestructura con que cuenten (oficinas, empleados, gestores, contactos, etc.), ya que basta solo un ordenador, una conexión a internet y una firma digital, para operar el sistema.

Este sistema es más democrático, porque permite el acceso a todos los colegas en igualdad de condiciones, sobre todo para quienes somos del interior, acelera los tiempos de procesamiento de información, concentra horas “Premium” del Escribano para

el asesoramiento y escucha activa del cliente, en vez de ser un atleta sube-escaleras y permite trabajar en la preciada seguridad jurídica, además a hacer una distribución más simétrica del trabajo.

En esto es lo que en mi opinión puede hoy ayudar la tecnología a la profesión, las leyes y las infraestructuras tecnológicas son importantes, pero como vieron no son suficientes, necesitamos el compromiso de todos los involucrados, sin temer a los cambios.

En esta Universidad hemos trabajado todo este año en la Tesis de un “Protocolo Electrónico”, que fue entregado el pasado setiembre, pero si bien es una aspiración sobre la cual aún estamos lejos de la meta fijada, es el norte al que debemos apuntar la proa de esta versión. Esta versión debe de cargar otros “drivers” importantes como es la conservación de los grandes logros en materia de seguridad social, la tecnología puede ayudar en esto también; me imagino un sistema en el cual los clientes no paguen directamente a los Escribanos, sino que deban efectuar el pago de los honorarios en una cuenta de la CNSS, la que a fin de mes retendrá el aporte, el fondo gremial para AEU y vierta los honorarios al Escribano, pero el sistema tendría una particularidad, que no permite que avance la actuación notarial en ninguna oficina pública o privada hasta tanto no se constate que se haya efectuado el depósito correspondiente en la CNSS. Muchos colegas me han dicho que para concretar los cambios que promuevo son necesarios grandes cambios estructurales en la organización de la profesión notarial, la verdad que es un tema que desconozco, pero les aseguro que para realizar lo que les comento, nos basta con generar una plataforma de interconexión sobre sistemas informáticos seguros, una ley que lo valide y que *culturalmente lo aceptemos*.

Hacia todo esto vamos. ¿Me acompañan?

DERECHO ADMINISTRATIVO Y TECNOLOGÍA: EL TELETRABAJO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL URUGUAY¹

ADMINISTRATIVE LAW AND TECHNOLOGY: TELEWORKING IN THE PUBLIC SERVICE IN URUGUAY

DIREITO ADMINISTRATIVO E TECNOLOGIA: O TELETRABALHO NA FUNÇÃO PÚBLICA NO URUGUAI

MARÍA JOSEFINA LORENZO²,
SILVANA NESSAR DE LENOBLE³
Y GUSTAVO FISCHER⁴

RECIBIDO: 30/10/2020
ACEPTADO: 18/11/2020

RESUMEN: El Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo ya en 2009 abordó el estudio del fenómeno del “teletrabajo” en la Administración Pública, al reflexionar sobre el Decreto No. 420/007 de 7 de noviembre de 2007 y sus modernas formas de prestación de la función pública. La realidad de la pandemia de COVID-19, que ha puesto de relieve esta modalidad de trabajo, justifica retomar aquellas ideas y analizarlas en su desarrollo y bajo la nueva realidad, con el ánimo de aportar al estudio y discusión de esta forma de prestación de función pública. Así, en este trabajo se releva y actualiza el fenómeno del teletrabajo en la Administración Pública en el derecho comparado, específicamente en España, y en el Gobierno Federal de los Estados Unidos. Pasando luego al análisis de la normativa existente en el Derecho

1 Trabajo elaborado por el Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, coordinado por Silvana Nessar de Lenoble.

2 Abogada por la Universidad de la República. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4426-3318>. jlorenzo61@hotmail.com

3 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Procuradora del Estado Adjunta en lo Contencioso Administrativo. Profesor Titular Derecho Administrativo I y II, Titular Taller Recursos y Acción Anulatoria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular Programa Master Derecho de la Empresa y Derecho Administrativo Económico, Módulo Recursos Administrativos y Acción Anulatoria y Módulo Acción Reparatoria y Acción de Inconstitucionalidad. Coordinadora Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-2898>. mnessar@correo.um.edu.uy

4 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. Miembro del Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular de Contenciosos de Derecho Público en Programa Master en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8981-2424>. gfisher@fisher.com.uy

Positivo de Uruguay, y el examen de los antecedentes normativos en el área de teletrabajo y tecnología. Para, finalmente, valorar virtudes, defectos y prospectiva del teletrabajo en la Función Pública.

PALABRAS CLAVE: Teletrabajo, Función Pública, Tecnología, Derecho Administrativo, Uruguay.

ABSTRACT: The Research and Study Group in Administrative Law of the University of Montevideo already in 2009 addressed the study of the phenomenon of "telework" in the Public Administration, reflecting on Decree No. 420/007 of November 7, 2007 and its modern forms of civil service provision. The reality of the COVID-19 pandemic, which has highlighted this type of work, justifies taking up those ideas and analyzing them in their development and under the new reality, with the aim of contributing to the study and discussion of this form of provision of public function. Thus, in this work the phenomenon of teleworking in the Public Administration in comparative law is surveyed and updated, specifically in Spain, and in the Federal Government of the United States. Moving on to the analysis of the existing regulations in the Positive Law of Uruguay, and the examination of the legal and regulatory background in the area of telework and technology. Finally, to assess the virtues, defects and prospects of telework in Civil Service.

KEY WORDS: Telework, Civil Service, Technology, Administrative Law, Uruguay.

RESUMO: O Grupo de Pesquisa e Estudo em Direito Administrativo da Universidade de Montevideú já havia abordado, em 2009, o estudo do fenômeno do "teletrabalho" na Função Pública, refletindo sobre o Decreto nº 420/007 de 7 de novembro de 2007 e suas formas modernas de prestação de serviços públicos. A realidade da pandemia de COVID-19, que põe evidência esta modalidade de trabalho, justifica retomar aquelas ideias e analisá-las em seu desenvolvimento e sob a nova realidade, com o intuito de contribuir ao estudo e discussão desta forma de prestação de função pública. Assim, neste trabalho, se aborda e atualiza o fenômeno do teletrabalho na Administração Pública no direito comparado, especificamente na Espanha, e no Governo Federal dos Estados Unidos. Seguindo com a análise da normativa existente no Direito Positivo do Uruguai, e o exame dos antecedentes normativos na área de teletrabalho e tecnologia. Finalmente, valorizar virtudes, defeitos e prospectiva do teletrabalho na Função Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho, Função Pública, Tecnologia, Direito Administrativo, Uruguai.

SUMARIO

1. Justificación del trabajo. 2. Teletrabajo en el Derecho Comparado: 2.1 Actualización Normativa: Teletrabajo en España. 2.2 Actualidad del Teletrabajo en el Gobierno Federal de los Estados Unidos. 3. Derecho Positivo en Uruguay. 3.1. Antecedentes Normativos. Teletrabajo y Tecnología. 3.2 Intersección entre teletrabajo en la función pública y otras normas. Protección de Datos Personales. Ciberseguridad. 4. Reflexiones finales. Virtudes, defectos y prospectiva.

1.1. Justificación del trabajo.

El Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo, creado a instancia de nuestro muy querido y siempre recordado Prof. Dr. Mariano Brito, ya en el año 2009 tuvo la inquietud de abordar el fenómeno del “teletrabajo”, oportunidad en que lo hizo con motivo de reflexionar a propósito del Decreto 420/007, de 7 de noviembre de 2007 y sus modernas formas de prestación de la función pública ⁵.

En esta ocasión nos convoca una muy distinta y triste realidad para retomar aquellas ideas expuestas en nuestro primigenio trabajo, realidad aparejada por el COVID-19 que nos enfrentó a una pandemia que hizo que esa modalidad de trabajo se impusiera a lo largo y ancho de todo el mundo.

El Derecho Administrativo, que entre sus características destaca su movilidad, no puede estar ajeno a esta situación, sino que debe responder a las necesidades de la comunidad, creando derecho acorde a esa nueva realidad.

En efecto, todos los autores son contestes en resaltar esas características tan particulares del Derecho Administrativo en relación a su movilidad y constante evolución ⁶.

En ese sentido Brito, de inmejorable manera señaló: “El Derecho es contenido y forma dispuesta y organizada para permanecer, pero también en respuesta al acaecimiento vital, cambiante, y siempre prospectiva. La elaboración del Derecho Administrativo reclama su atención sin pausa a lo óntico que el hombre radica-aquello que él es y en él se da...” ⁷.

No menos acertada frente a esta nueva realidad es la reflexión de Mario E. Federico, citado por Brito, cuando señala: “...el Estado no puede dejar de concebirse como agente de realización del bien común público y para ello debe disponer de todos los recursos que, en el marco de las convicciones colectivas universales que impulsan los derechos Humanos, le permiten superar las situaciones excepcionales en el marco de la razonabilidad de sus intervenciones inexcusables...” ⁸.

De manera que, sin hesitación alguna, al Derecho Administrativo se le reclama y debe por tanto cumplir con esa su propia razón de existir – equilibrio entre el Estado y el Individuo - erigiéndose en fuente normativa que atiende esas necesidades actuales de la persona humana ⁹.

5 Grupo de Investigación y Estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, “Reflexiones a propósito del Decreto 420/007 y las formas modernas de prestación de la función pública”, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, 2009, No. 16.

6 Rotondo, Felipe, “Manual de Derecho Administrativo”, 7ª. edición, Ediciones del Foro, Año 2009, pág. 24 y ss.

7 Brito, Mariano, “Derecho Administrativo, Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva”, UM, Mvdeo, Año 2004, pág. 9 y ss.

8 Federico, Mario E. “Gobernabilidad democrática y Estado de Derecho frente a las emergencias económicas y sociales”, citado por Brito, Mariano, op. cit., pág. 15.

9 Meilán Gil, José Luis, citado por Rotondo Felipe op. cit., pág. 24 y ss.

Por ello la regulación de esta modalidad de trabajo – el “teletrabajo” - no tan nueva ahora como aventuramos en aquel ya indicado trabajo, es una tarea en la que debe pues embarcarse esta rama del Derecho.

En ese sentido, en esta nueva incursión en el tema el Grupo se abocó a reflexionar sobre esta modalidad de trabajo en el ejercicio de la función pública tanto en nuestro derecho positivo como en el derecho comparado.

Para finalmente concluir con una valoración de la realidad actual y prospectiva del teletrabajo en la función pública en Uruguay.

1. Teletrabajo en el Derecho Comparado.

2.1 Actualización Normativa. Teletrabajo en España.

Incursionando inicialmente en la normativa aprobada en forma reciente en España, es de destacar que el 22 de setiembre de 2020 se emitió el Real Decreto –ley No. 28/2020 de trabajo a distancia, de aplicación para la actividad privada, y - en lo que en relación a este trabajo importa - el 29 de setiembre de 2020, se aprobó el Real Decreto –ley No. 29/2020 que regula el teletrabajo para la actividad pública.

Esta última norma – el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de setiembre de 2020 - adopta medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

En lo referente al teletrabajo en las Administraciones Públicas, la finalidad de la norma, es asegurar el normal funcionamiento de aquéllas, impulsando nuevas formas de organización y estructuración del trabajo de los empleados públicos para el mejor servicio a los intereses generales, mediante el uso de nuevas tecnologías de la información y el desarrollo de la administración digital.

Se expresa en la exposición de motivos del Real Decreto-ley que durante la crisis sanitaria por COVID-19, las tecnologías de la información y comunicación han constituido una herramienta clave para reducir el impacto de las medidas de contención y restricciones en el trabajo de los empleados públicos en el contexto de incertidumbre, al tiempo que sienta las bases de una forma de organización de la prestación de servicios flexible y adaptable a cualesquier circunstancia que se pueda dar en el futuro.

En dicha exposición de motivos, se citan como antecedentes normativos el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, suscrito en julio de 2002 y revisado en 2009; la Orden APU/1981/2006, del 21 de junio por la que se promovió la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales y organismos públicos, así como otras normas que refieren al impulso de una buena administración, en la calidad y la eficacia de los servicios públicos mediante el uso de nuevas tecnologías.

Dichas normas refieren al fomento de la conciliación y la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, y otras tratan del reconocimiento de derechos relacionados con el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, como por ejemplo derechos digitales en la negociación colectiva, derecho a la intimidad y uso de dispositivos en el ámbito laboral y derecho a la desconexión digital.

Se expresa que la implantación del teletrabajo y su uso efectivo en las Administraciones Públicas no se había concretado en forma mayoritaria hasta marzo de 2020, donde por decreto Real 463/2020 del 14 de marzo, se declara la crisis sanitaria por COVID-19, adoptándose esta forma de trabajo en forma generalizada en las Administraciones Públicas, pero con carácter excepcional y temporal.

Este Real Decreto-ley modifica el texto de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo No.5/2015 de 30 de octubre, introduciendo un nuevo artículo - 47 bis - en el que se define el teletrabajo como aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse - siempre que las necesidades del servicio lo permitan - fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

Se establece que el teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento, y ha de servir para la mejor consecución de los objetivos de la administración en su servicio a los intereses generales.

La modalidad de teletrabajo debe ser expresamente autorizada, a través de criterios objetivos y será compatible con la modalidad presencial que seguirá siendo la modalidad ordinaria de trabajo.

Los funcionarios que presten servicios de esta manera, tendrán los mismos deberes y derechos que el resto de los funcionarios públicos, debiendo la administración proporcionar y mantener los medios tecnológicos necesarios para desarrollar la actividad, siendo además de aplicación en lo pertinente la normativa de prevención de riesgos laborales.

En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible, salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados

El desempeño concreto del teletrabajo se realizará en los términos de las normas de cada Administración Pública, siendo objeto de negociación colectiva en cada ámbito.

2.1.2 Texto del Artículo 1 del Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de setiembre de 2020.

Por su vigencia y actualidad, juzgamos de interés ilustrar debajo la norma recientemente aprobada en España y comentada precedentemente, que regula la modalidad de teletrabajo en las Administraciones Públicas en dicho país:

“Artículo 1. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Se introduce un nuevo artículo 47 bis en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 47 bis. Teletrabajo.

1. Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio.

El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.

3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

5. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo.»”.

2.2 Actualidad del Teletrabajo en el Gobierno Federal de los Estados Unidos.

Veamos ahora cuál es la situación actual en el Gobierno Federal de Estados Unidos.

En el estudio a propósito del Decreto 420/007 llevado adelante por el Grupo de Investigación y Estudio en 2009, se daba cuenta de la génesis y desarrollo del fenómeno del teletrabajo en el gobierno federal de los Estados Unidos a partir del año 2000.

Indicábamos en aquella oportunidad que la base legislativa del teletrabajo en dicho ámbito la constituía la Ley Pública 106-346 del 23/10/2000 que encomendaba a la OPM (Oficina de Administración de Personal) delinear las políticas y lineamientos para aplicar dicha modalidad de trabajo.

Desde entonces, y hasta el presente, el teletrabajo ha continuado expandiéndose y se ha consolidado como forma de organizar el trabajo de los funcionarios públicos a nivel de las diversas Agencias del Gobierno Federal.

A nivel normativo, diez años después de la Ley Pública 106-346 antes mencionada, se aprobó la Ley Pública 111-292 del 9/12/2010, denominada “Ley de Mejora del Teletrabajo de 2010”.

La Sección 2 de la Ley contiene una definición de “teletrabajo”, con el siguiente alcance:

“El término “teletrabajo” refiere a un acuerdo de trabajo flexible bajo el cual un funcionario público desempeña tareas y responsabilidades inherentes a su cargo, y otras tareas autorizadas, desde un lugar de trabajo aprobado que es distinto al lugar desde el cual el funcionario público trabajaría de otro modo”.

La norma contiene previsiones sobre “Elegibilidad para Teletrabajar” encomendando a las autoridades de cada agencia con funciones ejecutivas:

A) establecer una política conforme a la cual los funcionarios elegibles de la agencia puedan ser autorizados a teletrabajar;

B) determinar la elegibilidad de todos los funcionarios

de la agencia para participar en el teletrabajo, y

C) notificar a todos los funcionarios de la agencia sobre su elegibilidad para teletrabajar.

La regla general tiene, no obstante, limitaciones.

Así, por ejemplo, un funcionario no puede teletrabajar de acuerdo a las políticas contenidas en la Ley Pública si:

A) fue objeto de un procedimiento disciplinario por faltas no justificadas por más de 5 días en cualquier año calendario; o

B) si el funcionario fue oficialmente sancionado por violaciones a las normas del Código de Conducta Ética de los Funcionarios de la Rama Ejecutiva por visualizar, descargar o intercambiar pornografía en una computadora del Gobierno Federal o mientras desempeñada deberes oficiales del Gobierno Federal.

En relación con la participación de los funcionarios en el programa de teletrabajo, la Ley manda que las políticas que establezcan las agencias federales deberán:

(i) asegurar que el teletrabajo no disminuya el desempeño del funcionario o las operaciones de la agencia;

(ii) requerir un acuerdo escrito entre las autoridades de la agencia y el funcionario autorizado a teletrabajar, que establezca el acuerdo de trabajo específico al que se haya arribado, como requisito obligatorio para que el funcionario pueda participar en el teletrabajo;

(iii) establecer que un funcionario no podrá ser autorizado a teletrabajar si su desempeño no cumple con los términos del acuerdo escrito entre las autoridades de la agencia y dicho funcionario; y

(iv) prever que excepto en situaciones de emergencia, la modalidad de teletrabajo no se aplicará a ningún funcionario de la agencia cuyos deberes oficiales requieran, en su trabajo diario, manejar material de seguridad que la agencia juzgue no es apropiado para la modalidad de teletrabajo, o realizar actividad en el lugar de trabajo que no pueda ser realizada o desempeñada remotamente o en otra ubicación.

Asimismo, la Ley establece que las agencias deberán incorporar el teletrabajo como parte de sus planes de continuidad de operaciones en caso de emergencia.

Es interesante advertir que estas disposiciones datan de hace 10 años, y que no obstante, adquieren en el actual contexto de pandemia de COVID-19 particular vigencia.

La Ley Pública prevé asimismo que cada agencia ejecutiva deberá poner en práctica un programa de entrenamiento en teletrabajo interactivo dirigido a todos los funcionarios que resulten elegibles para participar en el programa de teletrabajo de la agencia, y para todos sus supervisores.

La norma también deja en claro que todos los funcionarios que desempeñen sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo estarán en igualdad de condiciones con los restantes funcionarios públicos en todo lo atinente a (i) evaluación de desempeño, (ii) oportunidades de capacitación, incentivos, promociones, reasignaciones, reducciones en escalafón, retención, o destitución, y (iii) exigencias de trabajo.

Para determinar los parámetros de lo que constituye “bajo rendimiento del funcionario”, la agencia consultará los lineamientos de desempeño establecidos de la Oficina de Administración de Personal (OPM) del Gobierno Federal.

Cada agencia de la rama ejecutiva deberá designar un funcionario de la agencia como Oficial de Administración del Teletrabajo, cuyos deberes serán vigilar el desarrollo e im-

plementación de los programas de teletrabajo de la agencia, asesorar al liderazgo de la agencia y a funcionarios y supervisores, y ser el punto principal de contacto en asuntos de teletrabajo entre la agencia y la OPM.

Finalmente, resultan de interés las normas en materia de seguridad de la información. La ciberseguridad era, y continúa siendo, una preocupación fundamental, y de especial atención en el desarrollo de la modalidad de teletrabajo en el gobierno federal.

La Ley Pública dispone que el gobierno federal deberá emitir lineamientos y políticas que, como mínimo, deberán prever los requisitos para:

A) el control del acceso a la información y a los sistemas de información de la agencia gubernamental;

B) proteger la información de la agencia, incluyendo la información de datos personales, y sus sistemas de información;

C) limitar la introducción de vulnerabilidades;

D) proteger los sistemas de información usados para teletrabajar, que no sean controlados por la agencia;

E) salvaguardar la infraestructura inalámbrica y de telecomunicaciones usada para teletrabajar; y

F) prevenir el uso inapropiado del tiempo y los recursos de la agencia que viole el Código de Ética de los Funcionarios de la Rama Ejecutiva.

Las estadísticas muestran un constante desarrollo y afianzamiento de la modalidad en el gobierno federal de los Estados Unidos a lo largo del tiempo.

Las cifras de una de las agencias pioneras en la adopción de esta modalidad de trabajo – la Oficina Estadounidense de Patentes y Marcas (USPTO) - son elocuentes. En el último informe publicado sobre el teletrabajo, la USPTO reporta que el 88% de la plantilla de funcionarios públicos de la Oficina trabaja remotamente de uno a cinco días de la semana, distribuyéndose en 47 estados de los Estados Unidos.

La agencia valora como extremadamente positiva la experiencia, con un alto impacto en la retención de talento en todo el país, mejora en la retención y la promoción de los funcionarios, aumento de la eficiencia, y mejora en las oportunidades de acceso a un trabajo flexible.

La USPTO subraya el aumento en la resiliencia de la agencia en materia de continuidad de operación ante eventos naturales (como por ejemplo cierres relacionados con eventos climáticos adversos), y un mayor compromiso de los funcionarios con los objetivos de la agencia. La USPTO tenía al 2018 más de 11.000 funcionarios desempeñándose en la modalidad de teletrabajo, de un total de 11.800 cargos elegibles para teletrabajar en toda la agencia, con un índice del 94% de cargos que resultan elegibles para dicha

modalidad. Entre 2008 y 2018, casi se cuadruplicó el porcentaje de ahorro de la USPTO por la adopción del teletrabajo, y el número de funcionarios que trabajan remotamente aumentó de forma constante.

En materia de sostenibilidad y medio ambiente, el teletrabajo en la agencia implicó evitar manejar más de 70 millones de millas en un año, ahorrar millones en combustible, reducir emisiones en más de 37 mil toneladas/año.

El teletrabajo en el gobierno federal de los Estados Unidos aparece en la actualidad como un fenómeno probado y consolidado en la función pública, con información estadística cuantificable, y que cobró especial relevancia para la continuidad de la labor de la Administración ante el evento del COVID-19.

2. Derecho Positivo en Uruguay.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una normativa específica para funcionarios públicos ni privados en Uruguay en materia de teletrabajo.

Actualmente se encuentra a consideración del Poder Legislativo un proyecto de ley para su regulación en la actividad privada.

Sin embargo, dada la realidad que se impuso como consecuencia de la pandemia por COVID-19, los funcionarios públicos en Uruguay pasaron a ejercer sus funciones - en los casos en que fue posible - desde sus domicilios.

Entre las normas que determinaron dicha situación encontramos las que se detallan a continuación:

1) El Decreto N° 93/020, de 13 de marzo de 2020, que declaró Estado de Emergencia Nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19 (Coronavirus).

En este Decreto se disponen una serie de medidas relacionadas con dicha declaración.

Así, se suspenden los espectáculos públicos, se cierran centros turísticos termales públicos y privados, se habilita al Poder Ejecutivo a disponer el cierre de todos aquellos lugares de acceso público que se determinen, así como imponer todo otro tipo de medidas en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en espacios públicos, se suspenden a nivel nacional eventos que impliquen aglomeración de personas.

Se encomienda asimismo a los Ministerios competentes la ejecución de todos los actos y operaciones materiales necesarias para el cumplimiento del decreto. Se exhorta a Entes Autónomos y Servicios Descentralizados a adoptar por decisiones internas las normas establecidas en el mismo.

En ese sentido, a través de estos instrumentos del Estado Social de Derecho - “actos de directiva” - el gobierno nacional busca acomodar toda la estrategia a seguir para enfrentar esta pandemia con criterios uniformes para todo el país.

2) Posteriormente, el Decreto No. 94/020, de 16 de marzo de 2020, amplía las medidas dispuestas por la norma anterior, No. 93/020, con el fin de mitigar y prevenir las consecuencias de la propagación del virus COVID-19.

Entre otras disposiciones, su artículo 6 contiene una referencia expresa al “teletrabajo”, que aplica tanto a la actividad privada como a la pública.

Establece dicho artículo:

“Exhórtase a todos los empleadores a instrumentar y promover, en todos los casos que sea posible, que los trabajadores realicen sus tareas en sus domicilios.

Esta situación deberá ser comunicada a la Inspección General de Trabajo a sus efectos. El empleador deberá suministrar los implementos necesarios para realizar la tarea encomendada”.

3) Asimismo debe destacarse que la Ley N° 19.879, de 30/4/2020 efectúa la declaración de FERIA Jurisdiccional Extraordinaria y suspensión de plazos procesales.

En esta norma también encontramos disposiciones referidas a teletrabajo.

Así, en su artículo 2 se establecen disposiciones especiales aplicables a la FERIA Judicial Extraordinaria, donde se dispone que los jueces y los ministros de los Tribunales de Apelaciones, de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo deberán realizar todos aquellos actos que sea posible cumplir y disponer, en guardias mínimas que aseguren el funcionamiento, a esos efectos de las oficinas judiciales, incluso en modalidad de teletrabajo.

En el mismo sentido se pronuncia con respecto a las oficinas de los distintos órganos jurisdiccionales, de acuerdo con lo que dispongan la Reglamentación de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sus respectivos ámbitos de actuación.

Para los procedimientos administrativos se dispusieron medidas transitorias durante la FERIA Jurisdiccional Extraordinaria y durante la Emergencia Sanitaria, estableciéndose el uso y difusión de vías electrónicas y telemáticas de relacionamiento remoto con los interesados.

3.1 Antecedentes Normativos. Teletrabajo y Tecnología.

Como antecedente normativo en materia de teletrabajo en Uruguay, resulta interesante destacar la creación de la AGESIC.

En efecto, en los artículos 73 y siguientes de la Ley No. 19.355 de 19 de diciembre de 2015 se crea la “Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento” (AGESIC), con el objetivo de promover y desarrollar estrategias de simplificación, priorización y puesta en línea de trámites en

todas las entidades públicas, y en ese sentido se puede considerar como un avance en la instauración de herramientas tecnológicas que posibilitan el desarrollo del teletrabajo en la Administración Pública.

En esta norma se reconoce el derecho de las personas a relacionarse con las entidades públicas por medios electrónicos, para lo cual las entidades públicas deberán constituir domicilios electrónicos para el relacionamiento entre sí y con los administrados.

Entre otras disposiciones para simplificar trámites, se dispone que las entidades públicas deberán publicar en sus sitios web y en el Portal del Estado Uruguayo cada uno de los trámites que ofrecen, indicación de los requisitos que el interesado debe cumplir para su realización, el costo total que debe abonar, la duración del trámite y la dependencia donde debe realizarse el mismo.

Se establece que las entidades públicas deberán proveer medios electrónicos para la notificación de sus actuaciones a los interesados, proporcionando seguridad en cuanto a la efectiva realización de la diligencia y su fecha.

Se determina asimismo que las copias electrónicas que tengan indicación de haber sido realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos, emitidos por el propio interesado o por las entidades públicas, serán consideradas copias auténticas con la misma eficacia que el documento electrónico original, siempre que la información de firma electrónica permita comprobar su coincidencia.

La implementación de esta norma en las diferentes Instituciones públicas ha posibilitado que el funcionario público pueda desarrollar su tarea desde cualquier lugar, en la medida que esté conectado a los servidores informáticos de la entidad pública para la cual se desempeña.

3.2 Intersección entre teletrabajo en la función pública y otras normas. Protección de Datos Personales. Ciberseguridad.

El fenómeno del teletrabajo en la función pública da lugar al encuentro entre el Derecho y la Tecnología y a la intersección entre esta modalidad y otras normas.

Dentro de ellas, reviste particular interés la incidencia de normativa de protección de datos personales en este contexto.

El derecho a la privacidad tiene raigambre constitucional en Uruguay, y deriva de la Constitución de la República. A pesar de no estar nombrado expresamente en la misma, el derecho a la protección de la intimidad y de los datos personales, es considerado un Derecho Humano, incluido por la vía del artículo 72 de la Constitución, que establece:

“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”.

El marco legal incluye también las Convenciones Internacionales de las que Uruguay forma parte, entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Uruguay por Ley No. 15.737 del 8 de marzo de 1985. El artículo 11 de la Convención consagra la “Protección de la Honra y de la Dignidad” y en particular, dispone que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”, gozando toda persona del derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En Uruguay, la primera norma específica relativa a la Protección de Datos Personales fue la Ley No. 17.838 del 24 de setiembre de 2004, que reguló la protección de los datos personales utilizados en informes comerciales, y también la acción de Habeas Data.

Fue reemplazada por la Ley No. 18.331 del 11 de agosto de 2008 sobre Protección de Datos Personales y la Acción de Habeas Data), referida de aquí en adelante como “LPDP”.

Si bien, como se mencionó arriba, la Constitución de Uruguay no menciona expresamente el derecho a la protección de los datos de carácter personal, su protección ingresa en la Constitución de forma implícita, por su carácter de Derecho Humano incorporado por el Artículo 72 de la Carta, al cual se refiere expresamente la LPDP en su artículo 1.

Entre otras normas que completan el marco legal en Uruguay, resultan de interés a la temática que analizamos en este trabajo, las relativas a seguridad de la información, la Ley No. 18.362 del 6 de octubre de 2008 que creó el “Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática” (CERTuy), y Ley No. 19.670, de 15 de octubre de 2018, de aprobación de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 2017. Esta última establece condiciones para la aplicación extraterritorial de la ley uruguaya sobre protección de datos. Impone obligaciones y condiciones del informe de vulneraciones de seguridad y pérdida de datos. Establece la obligación de que ciertas entidades cuenten con un Delegado de Protección de Datos.

El ámbito subjetivo de aplicación de la normativa en materia de privacidad y protección de datos personales, abarca tanto a personas privadas, como públicas.

En este marco, y en el contexto de la pandemia de COVID-19, el 10 de agosto de 2020 la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay (URCDP), puso a disposición una serie de recomendaciones para la “protección de datos personales en tiempos de teletrabajo”. Estas recomendaciones están relacionadas con la protección de datos personales en la implementación de estrategias de teletrabajo en las organizaciones públicas y privadas.

La URCDP parte de constatar que la emergencia nacional sanitaria, declarada por el ya mencionado Decreto N° 93/020 de 13 de marzo de 2020, dictado a consecuencia de la pandemia de COVID-19, y que ello “ha generado, y en muchos casos potenciado, el empleo de instrumentos de teletrabajo”¹⁰.

¹⁰ URCDP, “La protección de datos personales en tiempos de teletrabajo”, en <https://www.gub.uy/unidad-regulado->

La Unidad apunta que “se han vuelto comunes las herramientas que permiten reuniones a distancia, su grabación y almacenamiento, el intercambio de archivos, la utilización de la nube, entre otros; lo que se traduce además en un incremento exponencial en el tratamiento de información personal a través de Internet”.

Las recomendaciones recogen buenas prácticas para el el tratamiento de datos personales en el marco del teletrabajo, que tengan en cuenta y aseguren el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Protección de Datos No. 18.831 y protejan adecuadamente los derechos de los titulares de los datos.

Lo anterior se complementa con las recomendaciones de la URCDP de carácter técnico – para organizaciones tanto públicas como privadas - para realizar teletrabajo, que incluyen pautas sobre el uso seguro de equipos y medios informáticos, cuidado de la información, canales de comunicación, continuidad de las operaciones y Planes de Continuidad, atención de los usuarios, ciberseguridad, y adopción de programas de videoconferencias ¹¹.

3. Reflexiones Finales. Virtudes, defectos y prospectiva.

De esta breve reseña de la regulación del teletrabajo en el Derecho Comparado y en nuestro Derecho Positivo, si algo podemos concluir es que esta modalidad de trabajo – no ya tan nueva – se ha visto afianzada y potenciada como consecuencia de la situación de pandemia – y vino para quedarse.

Sin lugar a dudas, y como fluye del rápido relevamiento realizado, en Derecho Comparado existe una mayor regulación en relación a su forma de prestación, que la incipiente que surge en nuestro ordenamiento.

En la medida en que las realidades sean similares, podremos beneficiarnos con la experiencia de otros países para adaptar y de ser el caso, adoptar, algunas de las previsiones normativas aprobadas en otras jurisdicciones.

No puede soslayarse que esta modalidad de prestación de la función pública, tiene sus beneficios y sus desventajas, lo que no hace más que confirmar esa constante tensión entre autoridad y libertad a que nos referíamos inicialmente, inherente al Derecho Administrativo.

Entre sus beneficios, y sin ánimo de agotar la lista, podemos mencionar una mayor protección del medio ambiente, en tanto se disminuye la circulación de vehículos y demás medios de transporte; brinda mayor flexibilidad en la realización de las tareas; favorece además, sin duda alguna el trabajo para personas con capacidades diferentes o incluso aquellas personas que por motivos familiares deben permanecer en sus domicilios, evitando ausentismo de los funcionarios por estos motivos. Asimismo esta modalidad fomenta la realización del trabajo a través de la fijación de metas y objetivos y no

[ra-control-datos-personales/comunicacion/noticias/proteccion-datos-personales-tiempos-teletrabajo](https://www.gub.uy/ra-control-datos-personales/comunicacion/noticias/proteccion-datos-personales-tiempos-teletrabajo).

11 URCDP, “Recomendaciones técnicas para realizar teletrabajo”, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/recomendaciones-tecnicas-para-realizar-teletrabajo>.

en función de un horario de cumplimiento, lo que en definitiva redundaría en una mejor eficiencia en los servicios públicos.

En el otro extremo, como elemento negativo, la no concurrencia a los lugares de trabajo puede determinar que las asociaciones gremiales o sindicales pierdan fuerza en sus reclamos ya que varias de las medidas que adoptan en sus reivindicaciones suponen necesariamente la presencia del trabajador en su lugar de trabajo.

Por otra parte, no puede soslayarse que esta forma de prestación puede favorecer el aislamiento, lo que puede redundar en forma perjudicial para el desarrollo en sociedad de las personas.

Pero más allá de considerar esos beneficios y desventajas, virtudes y debilidades, lo que debe tenerse en cuenta es, como señala Ivanega que "...el trabajo es condición propia del hombre, constituye una dimensión fundamental de su existencia sobre la tierra; pero a la vez, por conformar una actividad humana, no se la puede separar de quien la cumple. Así es parte de su dignidad"¹².

El respeto, pues, al trabajo, a la hora de regular su prestación - cualquiera sea su modalidad - es un pilar que debe tener en cuenta el creador del derecho, y en especial en relación a la función pública, ya que no puede perderse de vista que el empleador es una Administración Pública.

De manera inmejorable, el Papa Juan Pablo II, en su Encíclica *Laborem Exercens*, se refirió al trabajo en estos términos:

"El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar, solamente él puede llevarlo a cabo, llenando a la vez con el trabajo su existencia sobre la tierra. De este modo el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad, el signo de la persona activa en medio de una comunidad de personas; este signo determina su característica interior y constituye en cierto sentido su misma naturaleza"¹³.

BIBLIOGRAFÍA

Grupo de Investigación y Estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (2009). *Reflexiones a propósito del Decreto 420/007 y las formas modernas de prestación de la función pública*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, No. 16.

Rotondo, Felipe (2009). *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. edición, Ediciones del Foro, pág. 24 y ss.

¹² Ivanega, Miriam "Las relaciones de empleo público frente a la globalización del Derecho Administrativo" en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, FCU, 1ª. Edición, Año 2011, pág.167 y ss.

¹³ Citado por Ivanega, Miriam, Op. Cit., pág. 168.

Brito, Mariano (2004). *Derecho Administrativo, Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*, Ed. Universidad de Montevideo, pág. 9 y ss.

Federico, Mario E. *Gobernabilidad democrática y Estado de Derecho frente a las emergencias económicas y sociales*, citado por Brito, Mariano (2004), *Derecho Administrativo, Su Permanencia-Contemporaneidad-Prospectiva*, Ed. Universidad de Montevideo, pág. 15.

Meilán Gil, José Luis, citado por Rotondo Felipe (2009), *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. edición, Ediciones del Foro, pág. 24 y ss.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2020). En https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11415.

USPTO (United States Patent and Trademark Office) (2018). *Telework Annual Report*. En: https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/Telework_Annual_Report_2018%20508%20Compliant.pdf

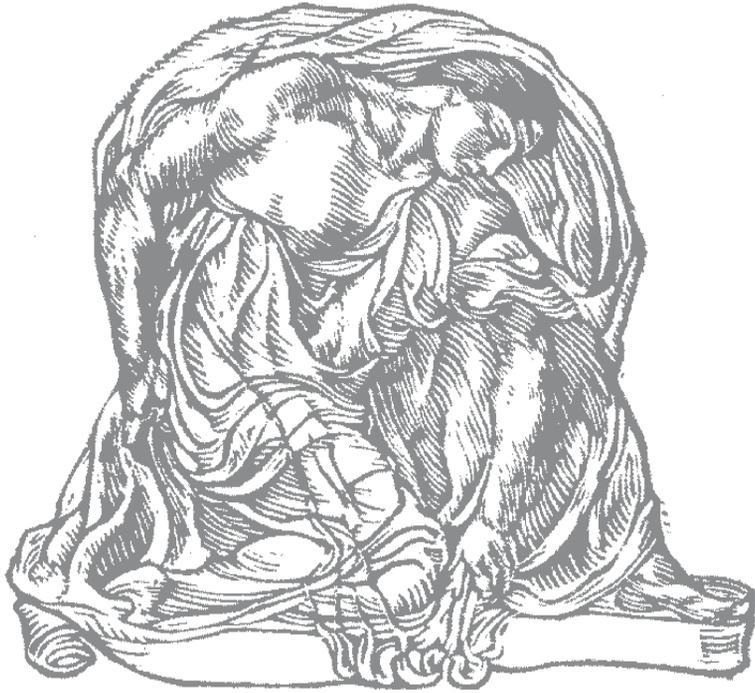
IMPO - Centro de información Oficial (2020). Sección Normativa y Avisos Legales del Uruguay. En <https://www.impo.com.uy/cgi-bin/bases/consultaBasesBS.cgi?tipo-Servicio=3>.

URCDP (2020). *La protección de datos personales en tiempos de teletrabajo*, en <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/comunicacion/noticias/proteccion-datos-personales-tiempos-teletrabajo>.

URCDP (2020). *Recomendaciones técnicas para realizar teletrabajo*, en <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/recomendaciones-tecnicas-para-realizar-teletrabajo>.

Ivanega, Miriam (2011). *Las relaciones de empleo público frente a la globalización del Derecho Administrativo*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, FCU, 1ª. Edición, pág.167 y ss.

Papa Juan Pablo II (1981). *Encíclica Laborem Exercens*, citado por Ivanega, Miriam (2011), *Las relaciones de empleo público frente a la globalización del Derecho Administrativo*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo, FCU, 1ª. Edición, pág. 168.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

RIVADAVIA, Nicolás

Intimación al reintegro de un trabajador efectuada vía whatsapp

INTIMACIÓN AL REINTEGRO DE UN TRABAJADOR EFECTUADA VÍA WHATSAPP

NOTIFICATION OF REINSTATEMENT TO THE WORKPLACE THROUGH WHATSAPP

CONVOCAÇÃO DE RETORNO AO TRABALHO EFETUADA VIA WHATSAPP

NICOLÁS RIVADAVIA¹

RECIBIDO: 16/11/2020

APROBADO: 20/11/2020

RESUMEN: el presente trabajo tiene por objeto abordar el análisis de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno N° 222/2020. Puntualmente, se analizará lo resuelto por el Tribunal sobre la intimación efectuada por el empleador vía WhatsApp a un trabajador que se había ausentado de su puesto de trabajo sin aviso.

PALABRAS CLAVE: Abandono, Intimación, Reintegro, WhatsApp

ABSTRACT: this paper has the objective of approaching the analysis of the 1° Labor Court of Appeal judicial ruling N° 222/2020. Specifically, it will be analyzed the Court resolution regarding the notification executed by the employer through WhatsApp to an employee that had been absent to the workplace without previous notice.

KEY WORDS: Unjustified absence, Notification, Reinstatement, WhatsApp

RESUMO: o presente trabalho visa abordar a análise do acórdão do Tribunal de Apelações do Trabalho do 1° Turno N° 222/2020. Precisamente, será analisada a decisão do Tribunal sobre a convocação feita pelo empregador via Whatsapp a um trabalhador que se havia ausentado de seu posto de trabalho sem aviso prévio.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono, Convocação, Retorno, WhatsApp

¹ Doctor en Derecho egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Cursando Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado de la Universidad de Montevideo. Abogado Senior en Estudio Hughes & Hughes. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0076-5359>. nrivadavia@hughes.com.uy

1. Introducción

La sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno N° 222/2020, de fecha 7 de octubre de 2020 (en adelante, la “**Sentencia**”), desestimó en todos sus términos la demanda planteada por el actor, no haciendo lugar al reclamo de los rubros indemnización por despido indirecto, descanso intermedio, horas extras e incidencias de horas extras en los rubros licencia, salario vacacional y aguinaldo, confirmando in totum lo resuelto en primera instancia por el Juzgado Letrado de Paysandú de 5° Turno.

Se analizará a lo largo del presente comentario, la intimación efectuada por la empresa al trabajador reclamante, convocándolo a reintegrarse a su puesto de trabajo a través de la aplicación de celular WhatsApp, elemento que fue tomado en cuenta por el Tribunal al momento de pronunciarse sobre el despido indirecto alegado y reclamado por el actor.

Resulta de particular interés a los efectos de este análisis, las consideraciones plasmadas por el Tribunal respecto a la prueba incorporada por el empleador de imágenes de WhatsApp, a efectos de demostrar en el proceso haber cumplido con la carga de intimar el reintegro del trabajador ante su ausencia sin aviso y la configuración del abandono del trabajo.

2. El caso

Conforme surge de la Sentencia, el proceso tiene su origen en la pretensión movilizadora por el trabajador reclamante quien se desempeñaba como maquinista, en una empresa que gira en el rubro forestación.

En su demanda, el actor reclamó el pago de los rubros descanso intermedio, horas extras, incidencias de horas extras en los rubros licencia, salario vacacional y aguinaldo e indemnización por despido indirecto provocado por supuestos incumplimientos de su empleador. El reclamo de la indemnización por despido se fundó concretamente en el no pago de horas extras, no goce de descanso intermedio y en la modificación en la forma de remuneración acordada (de jornalero a mensual), lo que llevaron a que el trabajador no se presentara más a trabajar.

Al contestar la demanda, la empresa empleadora controvirtió en todos sus términos el reclamo planteado por el actor, y en lo que refiere específicamente al despido indirecto, expresó que no existió ninguno de los incumplimientos alegados.

Asimismo, el empleador alegó haber cumplido con la carga de intimar al trabajador al reintegro a su puesto de trabajo luego de su ausencia sin aviso por algunos días.

Según surge de la Sentencia, el trabajador se desempeñaba como maquinista en una empresa forestal, luego de una interrupción de las tareas por razones climáticas, reanudadas las mismas, el actor no se reintegró a su puesto de trabajo, motivo por el cual, la empresa le aplicó una suspensión por reiteradas faltas injustificadas por el término de 10 días, la cual el trabajador se negó a firmar.

Una vez cumplida la suspensión, la secretaria de recursos humanos de la empresa, le envió al trabajador un mensaje vía WhatsApp, solicitando su presencia para reintegrarse a las actividades, mensaje que no fue respondido por el actor.

Días después, la empresa le envió un nuevo mensaje vía WhatsApp, el cual tampoco fue respondido por el trabajador. Al día siguiente de haber recibido esta última comunicación, el actor envió un mensaje vía WhatsApp al número desde el cual el empleador le había remitido los mensajes, consultando si el dueño de la empresa estaba en las oficinas, a lo cual la secretaria de recursos humanos respondió que en ese momento no.

El diálogo continuó luego de algunos días, cuando la empresa enviara al actor un audio vía WhatsApp, mediante el cual, nuevamente se lo convocaba a reintegrarse a sus tareas, respondiendo el trabajador que lo haría una vez se le abonara lo que se le debía, dando a entender que se refería a los días que había estado suspendido por faltas injustificadas.

Como prueba de las comunicaciones y de la intimación practicada, la empresa agregó acta de constatación notarial de las conversaciones mantenidas con el trabajador por WhatsApp, demostrativas del interés de esta en continuar la relación de trabajo con el actor.

3. Intimación al reintegro y abandono del trabajo

Como lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia laboral, para que se entienda configurado el abandono del puesto de trabajo por parte de un trabajador, el empleador debe intimar el reintegro o aportar prueba que permita concluir la voluntad de rescisión unilateral del contrato de trabajo por parte del empleado, conforme a las reglas de la carga de la prueba del artículo 139 del Código General del Proceso (CGP).

Por tanto, para que el abandono se configure, es necesario que haya por parte del trabajador un incumplimiento voluntario, sin causa que lo justifique, siendo necesario demostrar no sólo que el empleado no trabajó sino que ello obedeció a su intención de disolver el vínculo laboral por parte de este.

Por tal razón, el empleador debe constituir en mora al trabajador ante el incumplimiento de su obligación principal, que es justamente, trabajar o al menos estar a la orden para hacerlo.

Respecto al abandono del trabajo, se ha señalado por parte de nuestra jurisprudencia que:

"Todo acto o conducta que sea revelador del propósito deliberado de dar por terminado el contrato, de que el trabajador por decisión propia no se entiende ya ligado por él...". "Por tanto, para que el abandono pueda considerarse configurado, debe probarse no sólo que el obrero no trabajó, sino que ello obedeció al propósito deliberado de su parte de disolver el vínculo contractual." (Cf. Manuel Alonso Olea, "Derecho del Trabajo", pág.289)... "El patrono debe en ese caso, si entiende que continúa la relación laboral **intimar el reintegro al trabajo o aportar prueba suficiente**

*que permita concluir en la voluntad de rescisión unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador”.*² (El destacado me pertenece).

Por su parte, BARBAGELATA afirma que *“Doctrinariamente se ha dicho que en los casos de abandono del trabajo, el patrono asume la carga de indagar las causas de la deserción del trabajador; por ello, frente a una ausencia, que exceda lo normal, y siguiendo los usos profesionales, deberá cursar intimación de reincorporarse al puesto o justificar su ausencia. Las prácticas profesionales han adoptado la fórmula del telegrama colacionado”.*³

Por tanto, la jurisprudencia laboral vernácula, ha realizado grandes aportes respecto al abandono del puesto de trabajo y respecto a la carga que recae sobre el empleador de intimar el reintegro o de aportar prueba que acredite que la rescisión del contrato de trabajo fue unilateral del empleado. Comúnmente se ha sostenido que la intimación puede realizarse por telegrama colacionado u otro medio idóneo. Así, se ha expresado que *“... El envío de telegrama no resulta en realidad ser la única prueba válida ya que no existe disposición legal alguna que así lo disponga, de donde cuenta el empleador con todos los medios de prueba a su alcance. Lo que sí se requiere, tal como lo postulara la Sala de Primer Turno es que: “para que pueda tener lugar el abandono del trabajo debe constar fehacientemente, ya sea tácita o expresamente, la voluntad del empleado de no continuar la relación, lo que, como ya se expresara puede constatar por cualquier medio de pruebas y no exclusivamente mediante el envío de telegrama colacionado...”*⁴ (El destacado me pertenece).

En igual sentido, se manifestó el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno *“El envío del telegrama constituye una forma de acreditar la existencia de un posible abandono pero no la única. Si impidiésemos la acreditación por otros medios del abandono estaríamos no sólo elevando el envío de telegrama a un requisito de solemnidad, sin disposición que específicamente lo establezca sino también limitando los medios probatorios de que puede disponer el demandado para acreditar el abandono que alega y en definitiva cercenando su derecho de defensa”.*⁵ (El destacado me pertenece). Su homólogo de tercer turno expresó: *“Lo que debe acreditar quien esgrime abandono es que la desvinculación operó por la libre voluntad del empleado de no continuar la relación, y para ello puede el empleador interesado recurrir a cualquier medio de prueba”.*⁶ (El destacado me pertenece).

Tradicionalmente, el medio más utilizado por los empleadores para constituir en mora a un trabajador que se ausentaba sin aviso de su lugar de trabajo, era el envío de telegrama colacionado con acuse de recibo intimando el reintegro. En efecto, el telegrama gozaba y goza de cierto grado de certeza que garantiza al empleador la posibilidad de probar haber cumplido con su carga de intimar el reintegro del trabajador en un eventual y futuro litigio.

2 Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3° T, Sentencia N° 101/2007, BJNP. Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo del Trabajo 2° T, Sentencia SEF – 0013-000092/2014, BJNP. Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3° T, Sentencia N° 526/2010, BJNP.

3 Barbagelata, H.H.; Derecho del Trabajo, T. I, pág. 341.

4 Uruguay, Juzgado Letrado de Trabajo 14°, Sentencia N° 111, de fecha 19.10.2004, AJL 2004, Caso 9.

5 Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° T, Sentencia N° 223, de fecha 25.5.2004, AJL 2004, Caso 10.

6 Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° T, Sentencia SEF – 0014-000035, de fecha 13.5.2015, AJL 2015 Caso 7.

Sin perjuicio de que el telegrama colacionado continúa siendo un medio idóneo, el avance de la tecnología, su uso masivo y su accesibilidad por parte de la gran mayoría de las personas, ha llevado a que las formas de comunicarse entre los seres humanos haya ido cambiando y evolucionando. De esta forma, hoy día, la tecnología está presente en la vida cotidiana de las personas y la relación laboral no es ajena a ello.

En efecto, en la actualidad existen otros medios que pueden ser considerados idóneos para intimar el reintegro de un empleado a su puesto de trabajo, teniéndose presente que no existe disposición legal que establezca formalidad alguna para dicho acto.

En virtud de lo señalado, la Sentencia viene a dar un paso importante en este tema, asentándose de esta forma lo afirmado con anterioridad. Esto es: la intimación al reintegro a efectos de constituir en mora al trabajador ausente, puede realizarse por diversos medios de los que podrá disponer el empleador en cada caso concreto, distintos al telegrama colacionado.

4. La intimación vía whatsapp analizada por la sentencia

En la Sentencia, el Tribunal entendió que si bien el empleador no intimó el reintegro del trabajador vía telegrama colacionado durante el período de inasistencia, surge de autos otra prueba que cumplió la misma función. En este sentido se expresa: *“...si bien es cierto que el empleador directo no intimó el reintegro del trabajador durante su inasistencia al trabajo se reveló otra prueba que cumplió la misma función”*.

Según analizaré a continuación, acertadamente el Tribunal consideró que el empleador cumplió con la función de demostrar su interés en la continuación de la relación de trabajo con el actor y lo constituyó en mora por incumplimiento de su obligación principal, que era precisamente trabajar o por lo menos estar a la orden de la empresa.

Lo trascendente e innovador de la Sentencia comentada consiste en la admisión de que puedan existir otros medios (en este caso un medio digital) hábiles para efectuar la referida intimación. Expresa en este sentido: *“De allí que pueden existir otros medios de obtener el mismo propósito. Hoy por hoy la tecnología con presencia en la vida de las personas y también en la relación de trabajo con los connaturales límites a los derechos fundamentales del trabajador podría sustituir la clásica intimación por telegrama. Podría, en caso de que reportara al trabajador las mismas garantías de defensa y respeto a su intimidad y vida privada al tiempo de cumplir la misma función de constituirlo en mora demostrando el interés del empleador en la continuación de la relación de trabajo, que, ha sido el caso de autos como se verá”*.

En este sentido, el Tribunal entendió que las comunicaciones enviadas vía WhatsApp mediante las cuales la empresa convocó al trabajador, cumplieron la misma función que el telegrama colacionado, en virtud de que quedó demostrado que el trabajador recibió los mensajes en el número de teléfono indicado –y probado– por la empresa como propio del trabajador, no habiendo sido desconocido ni objetado este punto por el actor en el juicio.

A su vez, el empleador demostró que dichas comunicaciones fueron realizadas por la secretaria de recursos humanos de la empresa, desde su teléfono celular, lo cual fue

reconocido y ratificado en audiencia por esta trabajadora. Este punto, también es de relevancia en el caso concreto, en virtud de que la demandada fue diligente y procuró reforzar el valor probatorio de la intimación realizada por medio digital.

5. De la forma de aportación de los mensajes enviados vía whatsapp

Otro elemento importante a destacar de la Sentencia, es la forma en que el demandado incorporó al proceso las comunicaciones mantenidas con el trabajador vía WhatsApp. Según se detalla, el empleador aportó un acta de constatación notarial con “foto de imágenes del aparato...”, dicho de otro modo, capturas de pantalla de la aplicación WhatsApp efectuadas desde un teléfono celular del cual se indica su número e identificándose además, el número a donde se enviaron los mensajes.

Asimismo, la actuación notarial constata, las fechas de los mensajes e imágenes extraídas de dicha aplicación y también hace referencia a mensajes de audios que fueron escuchados por la escribana actuante e incorporados como prueba al proceso.

En la Sentencia, expresamente se hace alusión a la falta de oposición de la contraria respecto a las formalidades en las que fue aportada dicha prueba, así se manifiesta en reiteradas oportunidades: “...Este medio probatorio digital fue incorporado al proceso ante el ofertorio de la parte demandada y, primero, no recibió objeciones de la parte contraria en el aspecto formal” y luego reitera: “Y como se ha dicho, esta formalidad procesal no resultó cuestionada por el accionante”.

Más allá de las diferentes posturas que existen sobre la forma de aportación en juicio de este tipo de probanzas -en las cuales no ahondaré en el presente trabajo por exceder el objeto del mismo- considero correcta la solución arribada por el Tribunal.

En efecto, como correctamente destaca ALMEIDA, “...las exigencias previstas en el art. 72.1 del CGP, parecerían resultar anacrónicas con los avances tecnológicos que se presentan en la era digital...” y “...parece necesario que el derecho probatorio esté un paso adelante de los avances tecnológicos, y a la luz del principio de libertad de la prueba, se analice la posible admisibilidad de estas simples capturas, las que deberán ser consideradas con las debidas cautelas, en atención a la manipulación que pudieran sufrir estas comunicaciones”⁷.

En síntesis, se entiende que ha sido correcta la forma de aportación de la prueba por parte de la demandada y asimismo, correctas las consideraciones elaboradas por el Tribunal.

6. El actor no desconoció el contenido de los mensajes de whatsapp

Como se viene de decir, el actor tampoco formuló objeciones respecto al contenido material de los mensajes incorporados al proceso. Del acta de constatación notarial surge un número de teléfono celular, el cual la empresa empleadora lo identifica como perteneciente al actor, lo que no fue objetado por este.

⁷ Almeida, Rodrigo, LOS DESAFÍOS PROBATORIOS CON LOS QUE ACARREAN LOS MENSAJES DE INSTAGRAM Y DE WHATSAPP, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal en homenaje a Gonzalo Uriarte, FCU, año 2019, pág. 71.

Por tanto, el trabajador no desconoció que el número al cual la secretaria de recursos humanos de la empresa envió los mensajes de WhatsApp, no fuera suyo. Tampoco el actor, expresó en el proceso no haber recibido los mensajes en su celular, ni desconoció que los audios que fueran reproducidos en audiencia, no hayan sido recibidos ni enviados por él.

Estos elementos resultan trascendentes en el caso de autos, en tanto, el no desconocimiento por parte del actor en los términos previstos por el art. 170 del CGP, derivan en la autenticación del documento privado aportado por su contraparte.

Lo expresado, pone de manifiesto que la convocatoria a trabajar efectuada por la empresa por este medio digital, con el objetivo de constituir en mora al trabajador, resultó idónea, en virtud que el empleado efectivamente tomó conocimiento de la intención de su empleador de continuar el vínculo laboral.

7. La eventual relevancia del contrato de trabajo

Las sentencias de ambas instancias no hacen referencia alguna al contrato de trabajo existente entre el trabajador y el empleador.

Sin perjuicio de ello, corresponde mencionar que al ingresar a trabajar a la empresa, el trabajador suscribió un contrato de trabajo pero en el mismo no se reguló ningún aspecto referido a la comunicación entre las partes.

Por tanto, el hecho que el contrato de trabajo no estableciera nada al respecto, abre a mí entender, un espectro de diferentes canales por medio de los cuales se podrían cursar las comunicaciones entre empleador y trabajador, tal como aconteció en el caso comentado.

8. Inexistencia de incumplimiento y configuración de abonado del trabajo

En el caso de autos, al igual que lo sostuvo la Sede en primera instancia, el Tribunal entendió que no se relevaron los incumplimientos alegados por el actor, y por tanto, su no presentación a trabajar careció de fundamentos: *“De allí que ante el llamado al reintegro que puede interpretarse de los documentos digitales, la condición invocada por el trabajador carecía de sustento real”*.

En virtud de ello, habiendo el empleador intimado el reintegro al actor, y dado que los incumplimientos alegados por este carecieron de respaldo probatorio, el Tribunal consideró que se configuró una hipótesis de abandono del puesto de trabajo por parte del empleado: *“En definitiva la finalización de la relación de trabajo puede entenderse que obedeció al abandono de trabajo y no al despido indirecto”*.

En definitiva, la empresa empleadora demostró en el proceso que la relación laboral con el actor finalizó por voluntad unilateral de este, habiendo constituido en mora al trabajador ante su ausencia injustificada al trabajo. Por tal razón y al no haber existido los incumplimientos alegados por el empleado, acertadamente el Tribunal entendió configurado el abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador.

9. Conclusiones

El avance y el desarrollo de la tecnología han generado grandes cambios en los medios de comunicación y en la forma de interactuar entre las personas.

En la actualidad, dicha interacción se da en gran medida a través de medios tecnológicos tales como el correo electrónico, la aplicación WhatsApp, redes sociales, entre otros.

En este escenario, las relaciones laborales no son ajenas a los cambios en los medios y formas de comunicación entre las personas. Así, durante el vínculo laboral entre el empleador y el empleado, se presentan un sinnúmero de situaciones en las cuales se utilizan vías de comunicación distintas a las tradicionales.

Por tal razón, uno de los grandes desafíos para la justicia en la actualidad, es conciliar la legislación existente con los nuevos medios de comunicación que a diario utilizamos.

En este sentido, el fallo analizado es trascendente en virtud de que integra el elenco de los primeros pronunciamientos de la justicia laboral a favor de la aceptación de elementos probatorios provenientes de la aplicación WhatsApp, con la finalidad de acreditar situaciones tales como la renuncia o la intimación al reintegro de un trabajador, considerando que la normativa no establece requisitos de solemnidad con respecto a dichos actos.

Bibliografía

Barbagelata, Héctor Hugo, Derecho del Trabajo, T. I., FCU, año 1992.

Almeida, Rodrigo, Los desafíos probatorios con los que acarrearán los mensajes de Instagram y de Whatsapp, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal en homenaje a Gonzalo Uriarte, FCU, año 2019.

Uruguay, Juzgado Letrado de Trabajo 14°, Sentencia N° 111, de fecha 19.10.2004, AJL 2004, Caso 9.

Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° T, Sentencia N° 223, de fecha 25.5.2004, AJL 2004, Caso 10.

Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3° T, Sentencia N° 101/2007, BJNP.

Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo 3° T, Sentencia N° 526/2010, BJNP.

Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo del Trabajo 2° T, Sentencia SEF – 0013-000092/2014, BJNP. Uruguay, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° T, Sentencia SEF – 0014-000035, de fecha 13.5.2015, AJL 2015 Caso 7.



INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y postgrados

NOTICIAS DE GRADO Y POSGRADO

Prueba indiciaria en el delito de lavado de activos

FDER organizó un webinar con la participación del Dr. Jorge Díaz



Créditos foto: Diego Battiste - El Observador

El Dr. Jorge Díaz, fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, expuso el jueves 30 de julio en la clase virtual en el marco del curso de prevención de lavados del Postgrado en Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la UM.

Bajo la temática “prueba indiciaria en el delito de lavado de activos”, el Dr. Díaz explicó que la legislación sustantiva del lavado de activos ha cambiado a lo largo del tiempo y desarrolló distintos puntos, como la carga de la prueba, sus connotaciones, el camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio, su valoración y eficacia. También puntualizó en la sentencia y la necesidad de motivación fáctica, la prueba en el caso de delito de lavado de activos, su estructura y presunta inseguridad, los indicios más frecuentes manejados por la jurisprudencia española, entre otros temas.

La conferencia, que se realizó mediante Microsoft Teams, cerró con preguntas de los participantes.

El Dr. Jorge Chediak expuso sobre lavado de activos

El Secretario Nacional para la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo expuso en un encuentro organizado por el área de maestrías y postgrados de la Facultad de Derecho.



El Dr. Jorge Chediak durante una conferencia organizada por FDER en 2017.

Más de 120 personas participaron de la conferencia virtual “Lavado de Activos” organizada por la Facultad de Derecho (FDER) de la UM. El expositor fue el Dr. Jorge Chediak, Secretario Nacional para la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, expresidente de la Suprema Corte de Justicia y exsecretario permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Participaron del evento el Dr. Pablo Genta, director de las Maestrías y Postgrados de FDER y el Dr. Leonardo Costa, profesor del curso “Lavado de Activos”.

Durante en el encuentro *online* el 4 de agosto, el Dr. Chediak habló sobre el rol de la secretaría que dirigirá en los futuros cinco años y la nueva estrategia nacional de riesgo. Anunció que el equipo que lidera pronostica realizar unas 350 inspecciones por año durante el quinquenio, que serán programadas previamente. El objetivo de la secretaría es detectar fondos que puedan ser utilizados como vehículos de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo.

Relató que están concentrando esfuerzos en los profesionales y empresas que son más vulnerables a lavado de activos. Dijo también que la secretaría incorporó a una persona idónea en inteligencia, que proviene del Ministerio de Defensa y a un informático con experiencia previa en esta área. Además, explicó que están trabajando para que el organismo tenga un perfil docente enfocado en la prevención de este tipo de delitos.

Nuevos programas a nivel local e internacional

La FDER lanza un programa con University of London, otro de estancias en University of Delaware, y una innovadora propuesta que combina los estudios de Derecho con las áreas de Economía y de Negocios



A partir de 2020, la FDER ofrecerá nuevas herramientas a sus alumnos, que apuntan a construir un diferencial para sus egresados, promoviendo e intensificando la internacionalización en su formación académica.

Por un lado, FDER fortalecerá el programa en derecho anglosajón (*US Law Program*) a través de un convenio con University of Delaware, por el cual los alumnos podrán realizar cursos en forma intensiva durante cierto período del año en EEUU, según los distintos programas que escojan. De esta forma lograrán una verdadera inmersión en la cultura jurídica norteamericana y darán un paso adelante en los estudios de US Law.

Además, la FDER se sumará a los *Programas de University of London* que ya se han desarrollado con excelentes resultados en la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía de la UM (FCEE). La Universidad ofrece a sus alumnos la posibilidad de obtener un **diploma de grado en Derecho Comercial de University of London (*Graduate Diploma in Commercial Law*)**, además del título de grado local. Los cursos de University of London se dictan en inglés por profesores de la UM y, al finalizar los períodos, los alumnos deberán rendir un examen internacional por módulo.

También se lanzan este año dos diplomas en conjunto con la FCEE: *Diploma in Economics and Law* y *Diploma in International Business and Law*. Ambos apuntan a que el abogado UM no solo cuente con una sólida formación jurídica, sino que también sea capaz de abordar asuntos complejos en materia de negocios locales e internacionales y de economía. Tanto en el área del comercio internacional como en el área empresarial, la educación en negocios internacionales y economía contribuyen a que el estudiante entienda la realidad a la que se enfrenta en forma global, con comprensión de todas las derivaciones del negocio de su cliente, que lo convertirán en un mejor asesor.

El *Diploma in International Business and Law* le da al alumno de Derecho una visión global de los negocios, conocimientos en áreas como marketing, comercio exterior y logística, estrategia y análisis financiero internacional. El diploma ayuda al alumno a entender la realidad de las empresas internacionales en Uruguay y en otras partes del mundo, lo prepara para asesorar a sus clientes desde el punto de vista jurídico en forma integral, con soluciones creativas y ajustadas a las necesidades específicas del cliente.

El *Diploma in Economics and Law* tiene por objetivo que el alumno de Derecho pueda interpretar tendencias generales de un mercado, de las finanzas nacionales y del sistema económico global. Permite que el estudiante profundice en dos áreas. Por un lado, en el asesoramiento corporativo empresarial privado, elaborando proyecciones en la toma de decisiones empresariales. Y, por otro, en los principios de economía, oferta, demanda, competencia y monopolio. Con este diploma los estudiantes también pueden ahondar en conocimientos en el ámbito del derecho público, ya que el conocimiento en el área de economía permite entender el diseño de las políticas públicas, de la normativa y sus efectos en la economía. Esto es muy importante al momento de la ejecución y de la litigación en el terreno público.

Alumnos de FDER participaron de programa en Nueva York

Valentina Scarpelli y Federico Miller formaron parte de la experiencia Legal English Program en la Universidad de Fordham



A través del acuerdo entre la Universidad de Montevideo (UM) y la Universidad de Fordham, Valentina Scarpelli y Federico Miller, alumnos de la Facultad de Derecho de la UM, fueron a Nueva York a participar al Legal English Program por un período de casi cuatro meses.

En el centro de Manhattan, a pocas cuadras del Central Park y de Columbus Circle, adquirieron formación, entre estudiantes y graduados, especialmente en el Derecho anglosajón y el funcionamiento del sistema legal estadounidense, además de distintas áreas del Derecho y la mejora de habilidades del idioma desde un enfoque técnico.

En su estadía conocieron la ciudad, así como estudios jurídicos de gran prestigio, entre ellos Proskauer, del que es socio el profesor del curso Legal English en la UM, Carlos Martínez. “Fue una experiencia muy enriquecedora, el estudio y sus instalaciones eran espectaculares”, comentó Scarpelli, “estamos muy agradecidos de que nos haya dedicado tiempo en su apretada agenda”, agregó.

Además de destacar el nivel académico y la constante atención por parte de las autoridades y profesores del programa, haber compartido clases con estudiantes de otras partes del mundo fue de gran valor: “No solo conocimos cómo funcionan los diversos sistemas legales en sus países -personas de lugares que nunca en mi vida hubiese imaginado conocer-, sino también sus formas de vida”, compartió Miller.

Ambos concuerdan que la proyección internacional es uno de los aportes más valiosos que la UM les ha brindado: “Desde el segundo año de la carrera, la Universidad brinda cursos de inglés jurídico con profesores que vienen de Estados Unidos, como Martínez, promueve la participación en competencias de arbitraje internacional y cada vez ofrece más programas internacionales”, comentó Miller.

“Tuve la oportunidad de viajar a la competencia de arbitraje internacional Vis Moot en Viena y ahora siento que con esta beca nos dio la chance de seguir ampliando nuestro horizonte y conocer distintos mundos jurídicos”, concluyó Scarpelli.

Graduados en ciclo de charlas de la ACADECO

Tres graduados de la UM expusieron en webinars de la Academia Nacional de Economía



El Consejo Directivo de la Academia Nacional de Economía (ACADECO) realizó una serie de encuentros con el objetivo de elevar propuestas de políticas económicas al actual gobierno. De estas sesiones tomaron parte graduados y docentes de la Universidad de Montevideo.

En las instancias virtuales que se realizaron entre el 17 y el 21 de agosto, participaron académicos con sus puntos de vista y propuestas para la economía del país a través de dos grupos: “Grupo de jóvenes sub 30” y un “Grupo de notables o seniors”.

Los graduados de la UM que participaron como oradores fueron: la Ec. María Soares de Lima (Facultad de Ciencias Empresariales y Economía) durante la sesión del 17 de agosto, titulada "Hacia una agenda para la internacionalización del país"; el Dr. Carlos Loaiza (Facultad de Derecho) que participó en la charla del 20 de agosto, titulada "¿Uruguay puede ser *hub* regional para la exportación de servicios? Principales propuestas"; y el Dr. Julián Barquín (Facultad de Derecho) que fue parte de la charla "¿Podemos mejorar el desempeño fiscal y al mismo tiempo la calidad de vida de los contribuyentes?", ofrecida el 21 de agosto.

La licenciada en Economía María Soares de Lima habló de propuestas que apuntan a perfeccionar la internacionalización del país de forma realista, contemplando el contexto actual de la economía uruguaya. Ahondó en la facilitación del comercio y apoyo a la competitividad, analizando la Tasa Consular y la recaudación en la última década a través de aduanas, los principales países importadores y productos que recibe el país.

Por su parte, el Dr. Barquín habló de la responsabilidad fiscal, mencionando los desafíos y oportunidades de la ley 19.889, la figura del "watchdog" fiscal y el rol del consejo fiscal asesor, y la defensa del contribuyente como una materia pendiente del sistema fiscal actual.

El Dr. Loaiza expuso sobre la posición de Uruguay como un *hub regional* de exportación de servicios globales: la extensión de la red nacional de Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) para alcanzar algunos países claves, la introducción de normas unilaterales que eviten la doble imposición internacional aún en ausencia de CDI, el perfeccionamiento del concepto de exportación de servicios en materia de Impuesto al Valor Agregado (IVA) y del sistema de deducción de gastos en el Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (IRAE).

“En esta instancia, se nos propuso a los jóvenes de ACADECO plantear iniciativas de políticas que considerásemos pertinentes para la situación actual que atraviesa el país. Nuestro trabajo se realizó en conjunto con los *seniors* de la Academia que, con su destacada trayectoria, evaluaron estas iniciativas y elaboraron propuestas”, explicó la Ec. Soares de Lima.

“Quisimos aportar desde la academia, y desde nuestra intensa actividad profesional en el ámbito internacional, para que nuestro país siga acercándose al nivel de desarrollo social que todos buscamos. Siempre con un enfoque desde la diversidad de ideas, susceptible de críticas y matices, pues allí donde todos piensan lo mismo, nadie piensa, y con realismo, pues tampoco se trata de desarrollar ideas que no puedan ponerse en práctica”, enfatizó el Dr. Loaiza.

Notariado y nuevas tecnologías



FDER organizó un webinar en el que expuso el escribano Juan Ángel de la Fuente

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM) realizó el miércoles 22 de julio una exposición online sobre el Notariado y las nuevas tecnologías (Blockchain) a cargo del escribano Juan Ángel de la Fuente.

Esta actividad, que se realizó en el marco de Maestrías y Postgrados de Derecho, organizada por el Coordinador de la Carrera de Notariado, Dr. Esc. Guillermo Rosati, de abarcó una mirada global de cómo inciden las nuevas tecnologías en el mundo notarial. A su vez, se analizó los impactos sociales, culturales y económicos que están imponiendo una nueva forma del ejercicio de la función y se puso en cuestión cómo será el futuro del Notariado y qué otra innovación tecnológica influirá en la profesión.

¿Cuál será el valor agregado que aportará la función notarial en el nuevo mundo? ¿Qué pasará en el Blockchain y los algoritmos que “dan fe”? fueron otras cuestiones que se pusieron sobre la mesa.

"La profesión notarial –entre otras– se encuentra frente a desafíos muy grandes, que no es avanzar del soporte papel al digital, sino uno mayor, que es aprender los nuevos paradigmas de la sociedad de la información para poder ejercer la profesión y ‘dar fe pública’ bajo nuevos parámetros de organización social", comentó el especialista. "Creer que no nos afectará, sería muy ingenuo. El Notariado debe de participar del cambio, pero no por no quedar excluido del avance, sino porque tiene mucho para aportar", agregó.

"La UM ha entendido a la perfección estos aspectos y por ello desde hace tiempo se ha puesto a trabajar en la generación de cultura tecnológica que está rigiendo la nueva organización social. Eso lo pone a la vanguardia de los mejores centros de estudios a nivel mundial", concluyó.

Juan Ángel de la Fuente es director de grupo OKARA (Fondo de Inversión en Tierras Agrícolas). Co-Founder LandToken – Assest Tokens Management Company. Cochran Fellowship Pro-

gram en Gestión de Agronegocios en Universidad de Minnesota y Universidad de North Dakota. USA. Miembro del Steering Committee de GPS – Grupo de Países Productores del Sur. Cruz Orden al Mérito Nacional otorgada por la Unión Colegiada del Notariado Colombiano. Fue secretario general de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado. Fue miembro de los Institutos de Derecho Comercial y de Derecho Comparado y de la Integración de la Universidad Notarial Argentina. Excoordinador de la Comisión de Informática y Nuevas Tecnologías de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Blockchain Evangelist.

Regulación del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo desde la perspectiva de un supervisor

El Cr. Néstor López, gerente de la UAFI - BCU, brindó una conferencia para la Facultad de Derecho



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM organizó una conferencia titulada “Regulación del lavado de activos y financiación del terrorismo desde la perspectiva de un supervisor”, a cargo del Cr. Néstor López, gerente de la Unidad de Inteligencia Financiera (UAFI) del Banco Central del Uruguay. El encuentro se realizó de forma virtual, a través de Microsoft Teams, y se llevó a cabo el jueves 6 de agosto.

Con más de veinte años de experiencia en temas de supervisión del sistema financiero, el Cr. Néstor López expuso sobre la regulación LA/FT a través de un enfoque práctico y orientado a conocer concretamente las pautas conceptuales con las que se maneja el supervisor para evaluar el cumplimiento normativo.

El Cr. López habló desde su experiencia como conductor del Departamento de Métodos del BCU, donde participó como coordinador en el desarrollo y mantenimiento de un nuevo modelo de supervisión bancaria basada en riesgos, desde 2004 al 2016. El experto explicó que desde 2009, con la creación de la Superintendencia de Servicios Financieros, sus responsabilidades se ampliaron a otros sectores del mercado financiero: mercado asegurador, de valores y de fondos de pensión.

A su vez, destacó que la UAFI tiene autonomía para centralizar la recepción de los reportes de operaciones sospechosas, analizarlas y remitir a la justicia competente cuando entienda que existen indicios de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.

Néstor López es contador público por la Universidad de la República (UdelaR) y cuenta con un postgrado en Finanzas de la Universidad ORT. Ha participado como docente en cursos especializados de supervisión en la Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (ASGA). Desde el año 2016 se desempeña como Gerente de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UAFI) del BCU, participando en tal carácter en las reuniones de GAFILAT y el Grupo Egmont.

Escribanos para el siglo XXI



La Facultad de Derecho innovó el plan de estudios de la carrera de Notariado con foco en la tecnología, los negocios y la práctica profesional

Escribanos para el siglo XXI. Esta es la meta que se propuso la Facultad de Derecho (FDER) de la UM hace un tiempo. Con ese objetivo, la facultad innovó el plan de estudios de la carrera de Notariado. Como parte de esta meta, agregó una materia de práctica notarial: Practicum Notarial. Esta asignatura permite ver en clase cómo se desarrolla la actividad notarial: desde la concreción de una operación inmobiliaria hasta la escrituración. Además, los estudiantes del último año realizan una pasantía en un estudio jurídico. Una experiencia de un semestre antes de graduarse que los prepara para el mundo laboral.

“Este año, queremos insertar al futuro escribano, de una manera amigable, en las nuevas tecnologías y, al mismo tiempo, en el mundo de los negocios, cada vez más complejos y globalizados”, explicó el coordinador de la carrera de Notariado Dr. Esc. Guillermo Rosati. Para ello, creamos dos nuevas materias para incorporar al Plan de Estudios de la Carrera de Notariado de la UM: “Notariado Electrónico” y “Negocios”.

Notariado Electrónico. Involucra herramientas tecnológicas a todos los conocimientos adquiridos en la carrera con la finalidad de lograr su aplicación a nivel laboral. Se

trata de una asignatura técnica y, en consecuencia, consiste en apelar a conocimientos básicos de tecnología e innovación, que permitan posicionar al Escribano como un conocedor y aplicador de las nuevas tecnologías. En ella, se verán temas como: protocolo digital; registros en base a Blockchain; regulación internacional, estudio de distintas plataformas notariales a nivel mundial; regulación nacional del notariado electrónico; análisis de las acordadas, leyes y decretos que regulan la función notarial electrónica; contratos informáticos y telemáticos; nuevas herramientas para la contratación; contratos telemáticos, análisis de distintos casos y participación del escribano; smart contracts y smart legal contracts, función notarial en los contratos informáticos; análisis de distintas plataformas y formas de contratación online.

Negocios. Esta materia pretende posicionar al Escribano como un articulador de negocios. Para ello, los alumnos analizan el mercado inmobiliario, las posibilidades de inversión y sus aspectos tributarios. Tiene también el objetivo de estudiar las distintas estructuras que se pueden utilizar en inversiones inmobiliarias y su marco regulatorio. Además, profundiza en los temas y problemática de las Empresas Familiares, que constituyen el mayor porcentaje de los emprendimientos del país.

El nuevo rol del notario



Juan Andrés de la Fuente estudió Notariado en la UM y cursó un MBA en la Universidad de Salamanca. En la siguiente nota cuenta su historia y habla sobre el papel del “notario del siglo XXI”

Haciendo memoria, Juan Andrés de la Fuente vuelve a su infancia y recuerda: “Me crié la mitad en mi casa y, la otra mitad, en la escribanía de mi familia”. Su bisabuelo fundó el estudio en Dolores, Soriano, en 1936. “Mi padre y mi abuelo son Escribanos, y ellos son mis dos grandes referentes, tanto en la vida como en el plano profesional, por lo que sin duda fueron una muy afortunada influencia”, afirma.

Hasta esta parte del relato, quizá parezca fácil seguir con la historia profesional. Sin embargo, después de cursar la carrera de Escribanía en la UM, Juan Andrés voló a España para cursar un MBA especializado en Dirección de Empresas Familiares en la Universidad de Salamanca y trabajó en la consultora de la universidad vinculada a este tema. “Al máster asistían personas de todo el mundo, algunas formadas en universidades de renombre, y en ningún momento sentí que tuviera alguna carencia respecto a mi formación. Lo atribuyo a la UM, que fue la que me proveyó la preparación que me permitió estar a la altura de mis compañeros”, asegura.

Hoy tiene un doble perfil laboral en la escribanía de su familia y como consultor de empresas familiares, para lo que cree que Uruguay “es suelo muy fértil, puesto que nuestro tejido empresarial se compone de un 80%” de este tipo de negocios. En todo su trabajo, existe una visión innovadora con respecto a la imagen que muchas veces se da del escribano.

Afirma que atrás del documento final que firma un escribano «hay un intenso trabajo de mediador, articulador de negocio, capacidad de tener una escucha activa, llevar propuestas, acercar a los actores, aportar ideas, conocimiento, experiencia, fortalezas únicas de esta profesión que crea “leyes entre las partes”». A todo esto, ha sumado además el desarrollo tecnológico. “Así de importante veo el rol del notario del siglo XXI”, concluye. Su perfil ilustra la innovación en la formación de los futuros escribanos a la que se comprometió la Facultad de Derecho (FDER) de la UM.

A veces existe la idea de que la escribanía es algo muy local y en donde no hay mucho lugar para la innovación. Sin embargo, con tus estudios posteriores derribás esos prejuicios. ¿Qué pensás de esta idea?

Efectivamente me he encontrado con preguntas como: ¿qué hace un Escribano estudiando una maestría en administración de negocios?, las que responden a esa concepción que existe en el entorno social y también en el profesional, de que el Escribano es una persona muy cerrada, demasiado estructurada y que su rol se limita simplemente a instrumentar la voluntad de los otorgantes y demás, cuando en realidad el Escribano tiene por su formación una condiciones que lo hacen idóneo para participar activamente en la generación de negocios. Lejos de aquella concepción que comento, la Universidad arma al Escribano con un conjunto de herramientas (conocimientos y habilidades) que lo convierten en el profesional perfecto para estructurar operaciones de negocio.

En ese sentido, ¿cuál es el rol del escribano hoy?

Es una de las carreras idóneas para tener una visión global del negocio, porque el eje de los negocios es el acuerdo de voluntades y muchas veces el Escribano es el artífice para que ello suceda. Somos quienes debemos aportar la idea, la solución, el ingenio, para que dos partes encuentren el acuerdo y se pueda concretar ese acuerdo de voluntades, que después pondremos en marcha y dotaremos de valor de instrumento público. Pero muchas veces solamente se ve esta última de las etapas. Atrás de ese documento, hay un intenso trabajo de mediador, articulador de negocio, capacidad de tener una escucha activa, llevar propuestas, acercar a los actores, aportar ideas, conocimiento, experiencia, fortalezas únicas de esta profesión que crea “leyes entre las partes”. Así de

importante veo el rol del Notario del siglo XXI. Hoy nos enfrentamos a una serie de desafíos tecnológicos, de los cuales tengo la plena seguridad que el Escribano será un activo partícipe y eje fundamental, eso sí, debemos estar y participar de los ámbitos de innovación para mostrar el plus que agrega la función notarial.

¿En qué sentido debería innovar la formación del escribano para conseguir el perfil que plantea?

Personalmente, además de los conocimientos duros o esta parte teórica y práctica, el Máster me proveyó un conjunto de habilidades blandas que considero clave en el desarrollo de un profesional con este perfil. Por ello considero que ahí es donde hay que poner el foco: en dotar a los Escribanos de habilidades como la comunicación, negociación, resolución de conflictos, creatividad y otras tantas, para potenciar su perfil de articulador de negocios, que ya le es propio. Y en este sentido me consta que la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo está trabajando muy activamente para incorporar el desarrollo de tales habilidades dentro del grado de Notariado, lo que considero un acierto rotundo.

Actualmente trabajás en la Escribanía de la Fuente y como consultor independiente. ¿Cómo es trabajar en un negocio familiar?, ¿cuáles son las ventajas y desafíos?

Las ventajas evidentes de trabajar en el estudio de mi familia, al que me sumé como cuarta generación, es incorporarse a una estructura ya armada y funcionando. Respecto a los desafíos, hay dos muy grandes. Primero, como comentaba antes, reivindicar la figura del escribano como articulador de negocios. El segundo es la digitalización de la profesión. En ambos casos estamos haciendo acciones puntuales y concretas, porque creemos que tenemos la obligación de brindar un servicio adecuado a los tiempos que vivimos. Siempre creemos que las profesiones vinculadas a las ciencias son las que deben actualizarse en forma más rápida, no obstante, las profesiones con orientación humanística deben incorporar los nuevos “drivers” del mundo en que vivimos y adecuar su actuación y desarrollo.

Final de Abogado y Escribano por un día 2020

Veintiséis equipos participaron de la instancia final del certamen para preuniversitarios



El certamen “Abogado y Escribano por un día” 2020 concluyó el sábado 12 de setiembre su vigésima edición, con la participación de veintiséis equipos en la última instancia. La actividad, organizada por la Facultad de Derecho de la UM (FDER), contó con ochenta equipos inscriptos, con más de doscientos preuniversitarios de varios departamentos del país: Maldonado, Tacuarembó, Soriano, Rivera, Cerro Largo, Montevideo, San José, Canelones, Salto y Colonia.

Este año, el concurso comenzó en julio con la presentación de un caso ficticio y, en agosto, se abrieron las inscripciones para equipos de entre dos y tres integrantes, con un abogado asesor. A su vez, la UM le asignó un rol a cada equipo; actores o demandados en el caso. Luego, cada grupo redactó un escrito judicial de acuerdo al rol que les fue asignado: una demanda o contestación de demanda y un acta notarial.

Los mejores escritos fueron seleccionados para pasar a la siguiente ronda de los alegatos orales. En esa instancia, del sábado 12 de setiembre, cada equipo defendió su caso como actor o demandado de forma oral ante un tribunal compuesto por tres miembros. La instancia se llevó a cabo en sesiones online.



Los tribunales estuvieron conformados por el Dr. Nicolás Etcheverry, Dr. Miguel Casanova, Dr. Esc. Guillermo Rosati, Dra. Ana María Guzmán, Dra. Alejandra Pirez, Dra. Rosa Díaz, Dra. Giorgina Galante, Dr. Federico Fischer, Dr. Juan Mailhos.



Los ganadores

El primer puesto fue para Francisco Queirolo, del Colegio Seminario y Jerónimo Uriarte, del Colegio St. Brendan. El segundo puesto para Delfina Bisio y Fermin Alonso del Colegio Salesianos de Salto; el tercero fue para Natalie Waisbort y Camila Antúnez del Colegio y Liceo América; y el cuatro puesto para Belén Techera y Paula Velázquez del Liceo Aníbal Acosta Estapé de la ciudad de Río Branco, Cerro Largo.

A la hora de evaluar a los participantes, los jueces tuvieron en cuenta aspectos como la actitud al exponer (fluidez, dicción, contacto visual, orden, claridad), el manejo de los diversos elementos del caso y de prueba aportados, la administración del tiempo y el poder de persuasión.

El Prof. Altieri fue ordenado sacerdote

La ceremonia se realizó el sábado 5 de setiembre de 2020, en Roma.



El cardenal Pietro Parolín, secretario de Estado, ordenó en Roma como sacerdote a Santiago Altieri Massa, miembro de la Prelatura del Opus Dei. El profesor Altieri recibió el sábado 5 de setiembre la ordenación diaconal junto con otros veintiocho miembros de la Obra de variadas procedencias: Guatemala, Perú, México, España, Uganda, Chile, Costa de Marfil, Argentina, Eslovaquia, Italia, Costa Rica y Holanda.

Altieri, de 52 años, es abogado por la UdelaR, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Montevideo y doctor en Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza con una tesis titulada “El comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho uruguayo”. Trabajó en el Centro Educativo Los Pinos desde los comienzos y fue profesor de Antropología, de Derecho de Familia y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Actualmente está culminando el Doctorado en Teología con una tesis sobre Jacques Maritain.

En entrevista con el quincenario Entre Todos, del Departamento de Comunicación de la Iglesia Católica de Montevideo (ICM), el P. Altieri comentó que ejercerá sus primeros

meses de sacerdocio en Barcelona, y "si Dios quiere, a fines de enero, regresaré a Montevideo, para quedarme allí establemente. Esperemos que a esa altura el mundo goce de una normalidad más parecida a la normalidad de siempre".

A su vez, agregó, en la entrevista con Entre Todos, que "estos nueve meses de ejercicio del diaconado fueron muy importantes para mí porque pude participar en bastantes ceremonias litúrgicas, predicar en varias ocasiones y reforzar mi formación pastoral con miras al ejercicio del sacerdocio. Además, en estos meses pude trabajar intensamente en la elaboración de una tesis doctoral en Teología moral".

Principales modificaciones de la LUC al Proceso Penal



FDER organizó un webinar con la participación de un panel de protagonistas del sistema de justicia y de académicos

La LUC introdujo cambios de gran trascendencia al Proceso Penal que impactan en la judicatura, la fiscalía y la defensa y que, además, inciden en las políticas públicas de justicia y seguridad pública. Por esta razón, la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM) realizó el 10 de setiembre un encuentro online sobre las principales modificaciones de la LUC al Proceso Penal, con el fin de fomentar un debate constructivo sobre un tema clave del país.

El panel se compuso por el Dr. Jorge Días, fiscal de Corte y procurador general de la Nación; la Mag. Dra. Graciela Gatti, ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Penal; el PhD. Pedro Montano, profesor de Derecho Penal de la UM y el Mag. Dr. Ignacio Soba, profesor de Derecho Procesal de postgrado en la UM.

El presentador fue Dr. Santiago Pereira Campos, director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación, y la moderadora fue la Dra. Raquel Landeira, profesora de Derecho Procesal de postgrado de la UM.

La actividad fue abierta al público y sin costo, con la participación de 350 personas.

La FDER se adhirió al Proyecto “Innocent”

El proyecto brindará servicios legales a condenados injustamente



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo se adhirió al Proyecto Innocent, que procura brindar servicios legales gratuitos a los condenados injustamente y trabaja para mejorar el sistema de justicia. El Prof. Dr. Pedro Montano es quien llevó adelante la gestión del proyecto por parte de la UM, que consiste en formar una clínica jurídica dedicada a buscar la liberación de personas inocentes en prisión.

Quien dirigirá el proyecto “Inocente - Universidad de Montevideo” es el Prof. Dr. Ignacio Curbelo. Desde la FDER se trabajará con convenios con las Defensorías Públicas y varios docentes, alumnos avanzados y graduados con interés de participar. Los abogados supervisores serán el Dr. Ignacio Curbelo, el Dr. Pedro Montano y el Dr. Gonzalo Ayre, quienes estarán liderando las asesorías a personas que estén privadas de libertad injustamente en establecimientos carcelarios.

A su vez, Initium, el centro de liderazgo, emprendimiento e innovación de la UM, tendrá su participación en este trabajo. “Dentro del marco del proyecto de la Cárcel de Mujeres (PlanVe), que Initium lidera junto con Creemos.uy y Fundación Otoño, estamos en contacto con Juan Miguel Petit, el Comisionado Parlamentario del Sistema Carcelario de Uruguay. Desde PlanVe podremos proveer casos que pudieran ingresar a estudio”, explicó Josefina Maisonnave, directora de Initium.

En el marco de este proyecto, la Universidad de Montevideo participará del VIII Congreso Latinoamericano de RED Inocente, que se llevará a cabo del 7 al 10 de octubre.

Docente de la FDER fue premiada en los Women in Business Law Awards

Isabel Laventure, graduada y docente de la FDER, obtuvo el premio Best Tax Lawyer in Latin America



Crédito de foto: Estudio Ferrere

La Dra. Isabel Laventure, graduada de la Facultad de Derecho de la UM (FDER), generación 2000, y actual docente de la Facultad fue distinguida en los Women in Business Law Awards 2020, dentro de la categoría Best Tax Lawyer in Latin America, el jueves 17 de setiembre. Esta entrega de premios virtual, organizada por Legal Media Group, reconoció los logros de las mejores abogadas de América, así como también a aquellas firmas que poseen las mejores iniciativas y acciones para abordar la diversidad de género.

Laventure, que obtuvo un LLM en la Universidad de Columbia en el año 2007, es docente de la FDER dentro de la cátedra de Derecho Financiero. A su vez, es socia en el Estudio Ferrere y su práctica está enfocada en el asesoramiento tributario corporativo y en litigios en la misma área. “Más allá de que el reconocimiento del Women in Business Law Awards es personal, creo que es una señal de que el trabajo impulsado por Ferrere se ve reflejado en más igualdad de oportunidades y mayor compromiso con la diversidad en todos los niveles”, destacó la Dr. Laventure. La abogada fue reconocida por haber participado en casi todos los casos del departamento, en el del equipo de Impuestos de Uruguay; por su involucramiento en el desarrollo de las mujeres en la firma y por “promover la incorporación de Ferrere a los Principios para el Empoderamiento de las Mujeres (WPEs) de Naciones Unidas”, explica el sitio web de la firma de abogados.

Respecto a su paso por la UM, Isabel sostuvo que “sin dudas, ser alumna y egresada de la UM me allanó el camino tanto desde concebir realizar una maestría en Estados Unidos como una posibilidad cierta y deseable, como luego en el proceso de aplicación y admisión”.

Coloquios sobre eutanasia y suicidio asistido

La FDER realizó tres sesiones sobre la temática para alumnos de postgrado y público en general



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo organizó tres sesiones sobre eutanasia y suicidio asistido, con un panorama interdisciplinario. Los encuentros online se llevaron a cabo entre el 7 y el 23 de setiembre y contaron con la participación de destacados expositores.

La primera conferencia, organizada 7 de setiembre, estuvo a cargo del Dr. Guido Berro y del Dr. Pedro Montano, médico y abogado respectivamente, quienes realizaron una introducción médico-legal sobre el tema del fin de la vida. El Dr. Berro recordó que “etimológicamente el término significa eu-thanatos, “buena muerte”; pero ese significado etimológico ha venido en desuso y ya no es una buena muerte, sino que es la muerte practicada voluntariamente por personal de salud, a solicitud de un paciente”. Luego, el doctor, realizó un recorrido histórico sobre el concepto y los usos a lo largo de la historia.

Por su parte, el Dr. Montano habló de la causa de justificación y del “derecho a matar”, y explicó que se pretende convertir la eutanasia en un acto técnico médico, “pero igualmente será homicidio. Aunque el juez puede perdonar”, sentenció. “Este tema no es nuevo, viene desde el origen del hombre. En la época moderna ya lleva 500 años de discusión y aún no está claro”, añadió el Dr. Berro.

El Deseo de Adelantar la Muerte (DAM) y los cuidados paliativos

El 9 de setiembre expusieron la Dra. Ana Guedes y el Dr. Gustavo Ordoqui. Guedes habló de “adelantar la muerte, lo que el pedido esconde y la sociedad puede y debe atender” y planteó los cuidados paliativos como paradigma humanizador. Señaló que “el Deseo de Adelantar la Muerte es un fenómeno complejo y multifactorial, en el que subyace el sufrimiento que experimentan algunos pacientes al final de su vida, ante situaciones presentes previsibles que el enfermo percibe como insalvables”.

A continuación, presentó casos de pacientes en los que se aplicaron los cuidados paliativos y “no se anuló totalmente el sufrimiento, pero se disminuyó a un grado de ser tolerable”, compartió la Dra. Guedes. Y agregó que en muchos casos “se confunde erróneamente el Deseo de Adelantar la Muerte (DAM) con la petición de eutanasia”.

Para Guedes, la reacción de los profesionales de la salud, cuando hay un paciente con DAM, debe ser un trabajo en conjunto entre médico, paciente y su familia. El médico es quien tiene las habilidades comunicativas y la responsabilidad para poder llevar adelante los cuidados paliativos, siendo un nexo entre el paciente, su familia, y en ocasiones, los cuidadores del enfermo.

La ética médica

El Dr. Gustavo Ordoqui expuso sobre responsabilidad civil médica y la Ley de Urgente Consideración (LUC). Además, hizo alusión al Código de ética médica, describiéndolo como “un tesoro que regula los derechos de los pacientes y médicos, y expresa las pautas de conducta debida, con fuerza jurídica de ley”, afirmó el Dr. Ordoqui. Entre las disposiciones establecidas en el Código de Ética médica, se refirió al art. 42 que define la eutanasia como una práctica contraria a la ética médica.

Luego, el experto dijo que el principio de respeto a la vida exige un trato humanitario y comentó cómo es la relación entre el paciente, el médico y la institución de salud frente a la ley. A su vez, habló de la responsabilidad de los médicos, las instituciones de salud y de los equipos de trabajo, a la luz de los que dice el Código de Ética médica. “La responsabilidad médica involucra a la institución, ya que responde por lo que hagan sus dependientes médicos, en función de garantía”, sentenció.

Desde una perspectiva de los Derechos Humanos

En el encuentro virtual del 23 de setiembre se abordó el tema de la eutanasia y el suicidio asistido desde una perspectiva de derechos humanos. La Dra. Sofía Maruri, abogada y profesora de dicha disciplina, analizó lo que dicen los tratados internacionales respecto al tema, y la interpretación de ellos que hace el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Concluyó que ningún tratado internacional consagra un “derecho a morir”, sino por el contrario el derecho a la inviolabilidad de la vida.

A su vez, la actividad de FDER contó con la participación internacional de Sophia Kuby, directora estratégica de Alliance Defending Freedom (ADF) International, una ONG compuesta por abogados, con sede en varios países, que se dedica a la defensa de derechos humanos como la vida, la familia y la libertad religiosa, y defiende casos en cortes nacionales e internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su exposición, Kuby habló sobre el impacto y las consecuencias que ha tenido la legalización de la eutanasia y el suicidio en algunos países de Europa. Desarrolló el concepto del “slippery slope” o “la pendiente resbaladiza”, a través del análisis de distintos casos ocurridos en Holanda y Bélgica. Mostró cómo, si bien la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en un principio fue limitada y acotada (solo podrían pedirla ma-

yores de 18 años, que padecieran enfermedades terminales, previéndose objeción de conciencia para los médicos), con el paso del tiempo esas leyes se fueron ampliando, abarcando hoy en día a menores de edad; que no necesariamente estén padeciendo enfermedades terminales e imponiendo esta práctica a todas las instituciones médicas. Su conferencia fue dictada en inglés, en directo desde Viena, Austria.

Atención del paciente en el fin de la vida



Webinars sobre los Cuidados paliativos como paradigma humanizador

La Facultad de Derecho (FDER) y el Centro de Ciencias Biomédicas (CCB) de la Universidad de Montevideo organizaron una serie de webinars sobre los Cuidados paliativos como paradigma humanizador. Los encuentros se realizaron los días 1, 2 y 5 de octubre y contaron con la participación de expertos en Cuidados paliativos, Psicología y Derecho médico.

El jueves 1^o la Dra. Rita Rufo, bioeticista presidenta de la Sociedad Uruguaya de Cuidados Paliativos, expuso sobre la ética de la toma de decisiones en el fin de la vida, y sobre cuáles son los principios y valores que se deberían seguir. “La cultura de la humanización sanitaria tiene que ver con priorizar la labor del cuidado (...) Sin dudas de que los Cuidados paliativos tienen que ver mucho con la humanización. Para humanizar, siempre, tenemos que preguntarnos primero que nada dónde está la persona”, sentenció la Dra. Rufo.

Luego, el Dr. Gustavo Ordoqui, especialista en Derecho médico, habló de responsabilidad de los profesionales de la salud en la atención de pacientes en el fin de la vida. “Cuando hablamos de responsabilidad de los profesionales hay que tener en cuenta que se involucran las responsabilidades éticas, el cumplimiento de las normas, y la obligación de conocer las consecuencias que pueden llegar a ser penales, éticas y/o consecuencias resarcitorias”, explicó el Dr. Ordoqui.

La atención del dolor y la sedación

El Dr. Álvaro Vila, médico internista paliativista, se refirió a la guía para la atención del dolor de difícil control y refractario en el fin de la vida, tema que también trató la Dra. Alejandra Sosa, médica Oncóloga paliativista integrante de la Comisión Directiva de la Sociedad Uruguaya de Medicina y Cuidados Paliativos (SUMCP), en el encuentro del viernes. “El dolor no es solo físico. El dolor incluye y genera una alteración sensitiva, un sentimiento emocional, que genera una alteración de la conducta de la persona y cambios en el paciente”, destacó el Dr. Vila. “El dolor total involucra el dolor físico, emocional, social y espiritual”, añadió la Dra. Alejandra Sosa.

A su vez, el 2 de octubre, la Dra. Natacha Reyes, médica de Cuidados paliativos en el Casmu, habló del proceso de sedación paliativa en el fin de la vida, “usamos dosis de los fármacos acordes a la entidad del síntoma. Con esto, se busca disminuir el nivel de conciencia y no el fallecimiento del enfermo, con una dosis mínima necesaria de fármacos, para evitar el sufrimiento por un síntoma refractario”. Luego, la Dra. Danielle Restano, docente de Psicología de Curso avanzado de Cuidados paliativos de la UM, se refirió al deseo de adelantar la muerte y las causas de riesgo, donde señaló que “el dolor no es un hecho solamente físico, sino que es un hecho interpretado biográficamente por la persona que lo sufre (...) Detrás del pedido del Deseo de Adelantar la Muerte (DAM) se ve que hay un gran vínculo con la pérdida de la dignidad y del sentido de la vida”.

Resignificación de la vida

En el encuentro del 5 de octubre la Psic. Mariela García, psicóloga del curso avanzado de Cuidados paliativos en la UM, habló de si es posible resignificar la vida que llega a su fin. “Desde la psicología resignificar se refiere a volver a escribir, algo que es esencial para que se dé un proceso de transformación (...) Lo que sucede al final de la vida es que se nos plantea una instancia para volver a escribir nuestra historia, y nos acerca a nuestro ser (...) Los dos acontecimientos que marcan la vida de una persona es el nacimiento y la muerte, y lo que transcurre en medio de ese proceso es la vida”, dijo la Psic. García. Y luego mostró algunos testimonios de pacientes que pudieron darle un significado al fin de la vida.

También, participó la Dra. Adriana de la Valle, directora del Plan Nacional de Cuidados Paliativos Ministerio de Salud Pública, que expuso sobre la formación de los profesionales de la salud en la atención del fin de la vida (realidad, presente y futuro). “En Uruguay contamos con algunos cursos avanzados de Cuidados paliativos, como diplomaturas y cursos de postgrado; pero todos son luego de que nos recibimos de alguna carrera... cuando una persona ingresa a estudiar en el área de salud ve que las carreras de grado de las universidades no están preparadas para enseñar sobre Cuidados paliativos “desde el vamos”. Esto sucede en las cuatro áreas de la salud: Medicina, Enfermería, Psicología y Trabajo Social”, señaló la Dra. Adriana de la Valle. Por último, el Dr. Gustavo De Simone, referente internacional de Cuidados paliativos del Instituto Pallium Latinoamérica, habló de “El sufrimiento insoportable en el fin de la vida, guía para evaluación de su tratamiento”, donde dijo que muchas veces “no es posible morir curado, pero sí es posible morir sanado”, gracias a los Cuidados paliativos.

Decano de FDER participó de Foro Internacional sobre trabajo Pro Bono



Etcheverry expuso sobre la formación de abogados socialmente responsables

La Fundación Pro bono de Colombia, junto a la Red Pro bono de las Américas y USAID, organizó una serie de webinars en el marco del **Foro Internacional sobre trabajo Pro Bono y acceso a la justicia**. Las sesiones tomaron lugar el 18, 19 y 20 de noviembre, y abordaron diferentes módulos temáticos: el primer día, bajo el concepto “Trabajo pro bono y responsabilidad social de la profesión legal”; el segundo día, sobre “Las obligaciones sociales de los abogados y la academia”; y el tercer día bajo el título “Acceso a la justicia: actores, acciones y resultados”.

El decano de la Facultad de Derecho (FDER), Dr. Nicolás Etcheverry, participó en la sesión de la mañana del 19 de noviembre sobre la formación de abogados socialmente responsables. Expuso en este módulo junto a María Lucía Torres, del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario (Colombia); Renata Amaya, coordinadora Proyectos de la Universidad de los Andes (Colombia); y Crystal Doyle de la firma internacional DLA Piper LLP (EEUU). Moderó el encuentro Ana Bejarano, de Bejarano Abogados (Colombia).

Entre otras cosas, Etcheverry comentó que la formación ética de los abogados y escribanos promueve el fomento de la cultura pro-bono en el país, para así procurar lograr un mayor equilibrio entre la educación e instrucción tecnológico-profesional y la formación ética, emocional y espiritual de los estudiantes. “El objetivo es que en su profesión no solo vean una carrera de competencia desenfrenada hacia los éxitos materiales y económicos, sino un verdadero camino para tender puentes de servicio y de solución de los problemas humanos”, explicó el decano, y agregó: “Ello les puede brindar, además, mayor seguridad psicológica y emocional, sobre todo si entienden cabalmente el concepto de solidaridad y fraternidad, no como palabras huecas, sino como obligaciones sociales ineludibles”.

¿Quién es mi hermano? y ¿qué rostros hay detrás de los papeles, cifras y estadísticas? Son dos preguntas que cada tanto los profesionales del Derecho deberían hacer, enfatizó Etcheverry. También hizo hincapié en que la expresión “**educar en valores**” a veces se emplea como comodín práctico y vacío, pues parece indicar que los valores los brindará alguna institución superior y lejana, “cuando en realidad de lo que se trata es de educar en algo más concreto, personal y a la vez difícil: educar en virtudes humanas, en hábitos positivos tales como la lealtad, el respeto, la prudencia o generosidad, o en actitudes como la coherencia, el servicio al prójimo, la profundidad y la empatía”. En tal sentido, consideró que no hay institución más indicada y necesaria para esa educación que la familia, sobre todo si con el ejemplo, más que con las palabras de sus miembros, es modelo de referencia para los más jóvenes del grupo familiar.

La apuesta pro bono de la FDER

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo firmó un convenio con la Fundación Pro Bono Uruguay el 13 de marzo de este año, convirtiéndose así en la primera Clearing House del trabajo Pro Bono en Uruguay. Este rol tiene como fin ser un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los estudios jurídicos que, con su trabajo pro bono, pueden asumirlo.

Las tres áreas específicas en las que dicha asistencia se puede ofrecer son: Derechos Humanos, Derecho Ambiental, y Políticas Anti-corrupción y de Gobernanza. Desde el Pro Bono Uruguay se busca contribuir con el país, dándole herramientas a quienes no pueden costear servicios legales, para que luego tengan la posibilidad de reclamar que se respeten sus derechos.

Los estudios asociados a la Clearing House en Uruguay son Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes, De Posadas & Vecino y Jiménez de Aréchaga y Viana & Brause.

Homenaje por fallecimiento del Prof. Dr. Miguel Langón

El exdocente de la UM, fallecido en marzo de 2018, realizó numerosos aportes al derecho penal uruguayo



Al comenzar el homenaje al Dr. Miguel Langon, el decano de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry, leyó la carta enviada por su esposa y sus hijas. En el escrito agradecen el reconocimiento y afirman: “Supimos compartir cada día con él su pasión por el derecho, el sistema judicial y la academia, en esa búsqueda constante para investigar, conocer y compartir su conocimiento”.

A continuación, agregan: “Este homenaje es recibido por nuestra familia con una profunda emoción al destacar el legado de Miguel, quien a lo largo de su vida profesional marcó a varias generaciones de estudiantes, así como su actuación en las distintas responsabilidades que tuvo el honor de ejercer al servicio de la República, enriqueciendo nuestra robusta y sólida trayectoria jurídica como país”.

Durante el encuentro online el 19 de noviembre, el decano de FDER agradeció al Dr. Pedro Montano la promoción y coordinación del libro *“Estudios de Derecho Penal”*, que es también un reconocimiento al trabajo del Dr. Langon. Luego, el Dr. Etcheverry citó algunas frases del homenajeado:

“Jamás pensamos que las faltas de garantías, que las deficiencias del proceso en realidad son un atentado contra la libertad que nos concierne a todos, por alejados que creamos que estamos de tener que comparecer algún día ante una corte criminal”.

“Un buen ejercicio puede ser el de considerar hipotéticamente cómo juzgarán las generaciones futuras la actuación de los jueces de hoy, como personas y como sociedad, dentro de cincuenta, de cien o de quinientos años”.

“El juez debe hacer justicia cumpliendo la ley”.

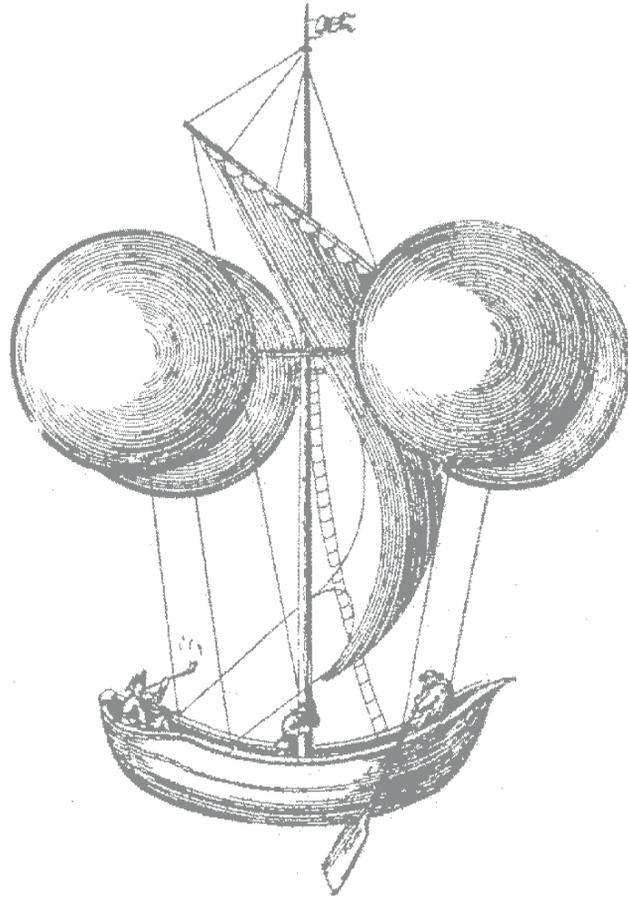
El decano de FDER aseguró que “el mejor homenaje que le podemos hacer” es seguir lo que él sugirió: defender la democracia en el día a día, velar por la libertad y por la prensa libre. Luego, tomaron la palabra los tres expositores. Los moderadores fueron el Prof. Dr. Pedro J. Montano, y la coordinadora, la Dra. Leticia Sosa.

El primero de los expositores fue el Dr. Gonzalo Ayré, quien en 1998 fue alumno del Dr. Langon y luego su colega como docente. Su ponencia se tituló “El delito de resistencia al arresto (que introdujo la LUC)”. Detalló los incisos de la figura penal (art. 173 del Código Penal), analizó esta norma y afirmó que la introducción esta reforma es una protección a la dignidad del funcionario público.

A continuación, el Dr. Camilo Silvera, quien participa en proyectos de redacción de la Ley de Derecho Penal, agradeció al profesor Langon y habló sobre “Inteligencia artificial en el proceso penal uruguayo”. Habló sobre su trabajo con algunas empresas de software en relación a nuevas tecnologías aplicadas al derecho penal. Analizó el posible uso de la inteligencia artificial en el proceso penal y opinó que “las personas deben acompañarlo, no deberá ser solo una decisión del algoritmo”.

Finalmente, la Dra. Beatriz Scapusio disertó sobre “Incidencias de las reformas introducidas por la Ley N° 19.889 a la Ley N° 19.580”. La abogada, que es profesora grado IV de la Universidad de la República y autora de numerosas obras de proceso penal, habló sobre esas dos leyes de combate hacia la violencia de las mujeres.

El homenaje contó con algunos invitados especiales: Milton Cairoli, Gonzalo Fernández, Germán Aller, Guido Berro, Gustavo Bordes, Gastón Chaves Hontou, Duvi Teixidor, Juan Fernández, Pablo Galaín, Ingo Bott, Daniel Cabral, Ignacio Tasende, Rodrigo Varela, Martina Rebellato, Jorge Barrera y Martín Pecoy.



TESINAS DE MASTERS

PIGNATTA SÁNCHEZ, Ismael
Los casinos en el Uruguay

LOS CASINOS EN EL URUGUAY¹

CASINOS IN URUGUAY

CASINOS NO URUGUAI

ISMAEL PIGNATTA SÁNCHEZ²

RESUMEN: En Uruguay existe un monopolio del Estado para la explotación de casinos, los cuales pueden ser desarrollados directamente por el Estado o a través de concesiones hacia los privados. Sin perjuicio de lo anterior también se desarrollan los operadores de máquinas tragamonedas clandestinas, los cuales lo realizan al margen del sistema legal, careciendo de todo tipo de autorización, control y auditorias, así como tampoco ofrecen ningún tipo de garantías a los consumidores.

Además, el desarrollo de los juegos de azar ha ido evolucionando de la forma tradicional desarrollada en casinos, a nuevas modalidades de juego como el juego on-line. Esto ha tomado muchísima fuerza en aquellos países que lo han regulado de forma acorde, abriendo un nuevo abanico de opciones para el desarrollo de este tipo de juegos de azar, siendo no solo una nueva realidad para los juegos de azar, sino el futuro de la industria.

Se ha planteado la discusión de si esta práctica monopólica del Estado es la apropiada, o si por el contrario se debe optar por una apertura de la misma, que sea manejada libremente por los privados y públicos, adecuando y aplicando los correspondientes mecanismos de control.

PALABRAS CLAVE: apuestas, juegos de azar, máquinas tragamonedas ilegales, juego online, casinos

ABSTRACT: In Uruguay, the casino industry is an activity that can only be developed directly by the State or through special authorizations (concessions) to private companies. Nevertheless, illegal slot machine operators are also found in the Uruguayan Gaming market: they move outside the legal system (monopoly of the activity by the State), lack all kinds of authorization, control and audits, and offer no type of guarantees to consumers.

The gaming industry has evolved from the traditional way developed in based casinos, to new gaming alternatives such as online gambling. This became very strong in

¹ Tesina presentada el 4 de julio 2020 en el marco del Máster en Derecho (LLM) de la Universidad de Montevideo. Tutor: Dr. Camilo Martínez Blanco.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2141-9172> iPignatta@enjoy.cl

those countries that have regulated online gaming accordingly, opening a new range of options for the development of this type of gaming, being not only a new reality for gambling, but the future of the industry.

Therefore, a discussion has been raised whether the way in which the Uruguayan gaming industry is developed (monopolistic practice) is appropriate, or if, on the contrary, it should be developed openly and freely by the private and public sector.

KEY WORDS: betting, gambling, illegal slot machines, online gambling, casinos

RESUMO: No Uruguai existe um monopólio estatal para a exploração de casinos, que pode ser desenvolvido directamente pelo Estado ou através de concessões a privados. Sem prejuízo do acima exposto, são também desenvolvidos operadores clandestinos de slot machines, que operam fora do sistema legal, sem qualquer tipo de autorização, controlo e auditorias, bem como sem oferecer garantias aos consumidores.

Além disso, o desenvolvimento de jogos de azar tem vindo a evoluir da forma tradicional desenvolvida nos casinos, para novas modalidades de jogo, tais como os jogos em linha. Isto tem tido muita força nos países que o regulamentaram em conformidade, abrindo uma nova gama de opções para o desenvolvimento deste tipo de jogos de azar, sendo não só uma nova realidade para o jogo, mas também o futuro da indústria.

Tem-se discutido se esta prática monopolista do Estado é apropriada, ou se pelo contrário deve ser aberta para ser livremente gerida pelos sectores privado e público, adaptando e aplicando os mecanismos de controlo correspondentes.

PALAVRAS – CHAVE: apostas, jogos de azar, slot machines ilegais, jogos de azar online, casinos

IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: ¿Cómo es el sistema en Uruguay en cuanto a la explotación de los casinos?

I. Sistema prohibitivo

II. Como funciona este sistema

A. Régimen general de explotación de casinos.

A.1 Explotación de los casinos por medio de una concesión a un privado (municipal y nacional)

A.2 Explotación de los casinos a través del régimen mixto

A.3 Explotación de casinos directamente por el Estado.

A.4 Explotación de casinos por la Intendencia de Montevideo.

B. Posibilidad de cobro de las deudas contraídas en casinos.

C. ¿Existen los controles adecuados por parte del Estado a los casinos?

C.1 Prevención de lavado de activos.

C.1.A Ley 19.754

C.1.B Decreto reglamentario 379/18

C.1.C. Conclusión

C.2 Ingreso de niños y adolescentes a espacios donde se realizan juegos de azar.

C.3 Controles en el marco de la normativa de humo.

C.4 Conductas problemáticas con el juego y programas de juego responsable.

C.4.A. Conductas problemáticas del juego.

C.4.B. Programas de juego responsable.

C.4.B.i Programa de un casino privado (Enjoy)

C.4.B.ii Programas de Casinos del Estado.

C.4.C. Conclusión.

D. Máquinas tragamonedas clandestinas.

D.1. Análisis de la sentencia del TCA N°381 del 30 de septiembre de 2014.

D.2 Análisis de la comparecencia de Asociación Nacional de Juegos del Entretenimiento (ANJE) en la comisión de Hacienda del parlamento.

E. Proyecto de actualización de la normativa en Uruguay.

F. Juego On-line

F.1. Uruguay

F.2. Regulación del juego online en el extranjero

F.2.A. Reino Unido

F.2.B. Italia

F.2.C. Alemania

F.2.D. Estados Unidos.

F.2.E. España

F.2.F. Colombia.

F.2.G. Argentina.

CAPÍTULO SEGUNDO: ¿Cómo está regulada la explotación de los casinos en los distintos países de la región?

I. Marco regulatorio del juego en Chile.

A. Régimen General

B. Juego online

II. Marco regulatorio del juego en Argentina.

A. Régimen General

B. Juego online

III. Marco regulatorio del juego en Brasil

CAPÍTULO FINAL. CONCLUSIÓN: ¿El sistema actual es el mejor para desarrollar la explotación de los casinos en Uruguay?

APÉNDICES

A. APÉNDICE NORMATIVO

B. BIBLIOGRAFÍA PROPUESTA

IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

En Uruguay existe un monopolio del Estado para la explotación de casinos, los cuales pueden ser desarrollados directamente por el Estado o a través de concesiones hacia los privados.

Si bien este es el marco legal actual y vigente a la fecha donde los distintos actores regulados han estado participando, desde hace unos años a esta parte ha surgido un actor que opera en paralelo a sistema. Estos son los operadores de máquinas tragamonedas clandestinas. Ellos se desarrollan al margen del sistema legal, instalándose en distintos tipos de comercios y bares a lo largo del país los cuales carecen de todo tipo de autorización, control y auditorías, así como tampoco ofrecen ningún tipo de garantías a los consumidores.

Los operadores autorizados se mueven dentro de un mercado regulado, velando por

(entre otros): (i) el cumplimiento de las normas anti lavado; (ii) el cuidado y protección de los derechos del niño y adolescente; (iii) la realización de auditorías y controles tendientes a ofrecer las garantías necesarias a clientes y autoridades; y (iv) el pago de las regalías acordadas con el Estado y los respectivos impuestos. Por su parte, los operadores de máquinas clandestinas lo hacen al margen de toda la normativa vigente.

Por otro lado, el desarrollo de los juegos de azar ha ido evolucionando de la forma tradicional desarrollada en casinos, a nuevas modalidades de juego como el juego on-line. Esto ha tomado muchísima fuerza en aquellos países que lo ha regulado de forma acorde, abriendo un nuevo abanico de opciones para el desarrollo de este tipo de juegos de azar, siendo no solo una nueva realidad para los juegos de azar, sino el futuro de la industria.

De modo que se ha planteado la discusión si esta práctica monopólica del Estado es la apropiada, o si por el contrario se debe optar por una apertura del mismo, que sea manejado libremente por los privados y públicos, adecuando y aplicando los correspondientes mecanismos de control.

CAPÍTULO PRIMERO

¿Cómo es el sistema en Uruguay en cuanto a la explotación de los casinos?

I. SISTEMA PROHIBITIVO

La posibilidad de ejercer la explotación de casinos en Uruguay se encuentra reservada únicamente para el Estado. De modo que estamos frente a un sistema prohibitivo donde la posibilidad de ejercer la explotación de los juegos de azar con independencia del Estado se encuentra, valga la redundancia, prohibido.

Así surge de la normativa que rige en el tema y que se detalla a continuación:

- Ley N° 1595, de 16 de diciembre de 1882. “Ley N° 1595 – JUEGOS DE AZAR - Su prohibición. Artículo 1°.- Son absolutamente prohibidos los juegos de suerte o azar o de fortuna o en que intervienga envite, a excepción de la lotería y rifas públicas autorizadas por las Juntas Económico – Administrativas en conformidad a los reglamentos existentes o que se dictaren con acuerdo del Poder Ejecutivo.- Artículo 2°.- Los dueños de casas de juegos prohibidos por el artículo anterior o de establecimientos de cualquier naturaleza que lo permitan, incurrirán en multa de quinientos pesos, o en su defecto sufrirán seis meses de prisión con trabajos públicos. En este caso procederá además el decomiso de los objetos o utensilios destinados al juego. Artículo 3°.- A los individuos que concurran a dichas casas o establecimientos en el propio local en que se juegue, tomados en infraganti contravención, se les impondrá la multa de doscientos pesos a cada uno, y en su defecto dos meses de

prisión con trabajos internos en las cárceles. Artículo 4°.- El producto de las multas que se cobrasen en virtud de esta Ley, se destinará única y exclusivamente a establecimientos de beneficencia en los departamentos donde se hagan efectivas. Artículo 5°.- Quedan en su fuerza y vigor todas las disposiciones del Código Rural, referentes a juegos prohibidos, en cuanto no se opongan directamente a la presente Ley. Artículo 6°.- El P. Ejecutivo reglamentará la presente Ley. Artículo 7°.- Comuníquese, etc.” (el subrayado me pertenece).

De modo que esta vieja Ley de 1882 que comenzó con la regulación en esta materia, ya incluía a texto expreso la prohibición de los juegos de azar.

Este principio fue reafirmado por toda la normativa siguiente que se ha ido desarrollando en nuestro país. Así fue que ciento treinta y cinco años después, con la sanción de la Ley de Rendición de cuentas del año 2017, Ley 19.535, la cual reafirma el principio rector de la ilicitud de los juegos de azar. Ésta establece en sus artículos 244 y 245 lo siguiente

“Artículo 244.- Declárese que la prestación de servicios a través de Internet, plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas o similares referidas a juegos de azar o apuestas on line, se encuentra alcanzada por el principio general de la ilegalidad previsto por el artículo 1 de la Ley 1.595, de 16 de diciembre de 1882, sin perjuicio, exclusivamente de la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 19 de la Ley N° 17.453, de 28 de febrero de 2002, de organizar certámenes de pronósticos de resultados deportivos internacionales, así como de las habilitaciones específicas otorgadas por la autoridad competente hasta la fecha. Se interpreta que los juegos de casinos y salas, tales como póker, ruleta, slots, entre otros creados o a crearse, están absolutamente prohibidos en su modalidad a distancia (on line, virtuales o semejantes) y en cuanto a su modalidad presencial siguen vigentes las excepciones establecidas por la ley, así como las autorizaciones otorgadas de acuerdo a la misma”.

“Art. 245.- Facúltese al Poder Ejecutivo a adoptar diversas medidas preventivas y sancionatorias para evitar la proliferación de actividades de comercialización de juego a través de Internet, en especial el bloqueo de acceso a sitios web, de flujos financieros, así como la prohibición de comunicaciones comerciales, patrocinio y publicidad de juegos no autorizados”.

De modo que los citados artículos sirven para reflejar la ilegalidad de esta modalidad de juego de azar en nuestra norma.

Los artículos mencionados precedentemente fueron reglamentados por el Decreto N° 366/017, de fecha 21 de diciembre de 2017. Así, el art 1° establece:

Prohíbese toda prestación de servicios de juegos de azar o apuestas on line a través de internet, plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas o similares, que no cuenten con la autorización otorgada en forma previa y sin perjuicio de la facultad conferida al Poder Ejecutivo a través del artículo 19 de la ley 17.453, de 28 de febrero de 2002.

Los emisores de medios de pago electrónicos regulados por el Banco Central del Uruguay no podrán autorizar transacciones que impliquen la utilización de dichos instrumentos para efectuar pagos asociados a los juegos y apuestas a que refiere el inciso anterior. Tampoco podrán habilitar la utilización de los mencionados instrumentos para el cobro de premios originados en dichas actividades.

Lo previsto en el inciso precedente regirá a partir del 1° de abril de 2018.

Art 2°: La Dirección Nacional de Loterías y Quinielas será el organismo competente para vigilar el cumplimiento de lo previsto en el primer inciso del artículo precedente, pudiendo adoptar las medidas administrativas preventivas o sancionatorias necesarias a tal fin, actuando de oficio o a denuncia de un tercero.

A tales efectos, la mencionada Dirección relevará la existencia de sitios web en los que se presten servicios de juego de azar o apuestas on line no autorizados.

Art 3°: Constatada la existencia de un sitio web en el cual se presten servicios de juego de azar o apuestas on line no autorizados, será instruido el expediente de investigación correspondiente y, previa vista a los interesados, en forma personal o a través de publicación de edictos, la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas dictará resolución disponiendo el bloqueo de la dirección de dominio/uniform resource locator (URL).

El mero cambio de la dirección de dominio no hará necesario conferir nueva vista a los interesados.

Art 4°: La resolución referida en el artículo precedente será comunicada a la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, la que trasladará la orden de bloqueo a todos los operadores habilitados dentro del mercado nacional dentro del término de 48 horas. Dichos operadores deberán efectivizar el bloqueo dentro del término de 48 horas de recibida la comunicación por parte del organismo regulador.

Artículo 5°: De disponerse de la información necesaria relativa a la entidad titular, la resolución referida precedentemente será también comunicada al Banco Central de Uruguay, el que trasladará la información que resulta de la misma a las instituciones emisoras de medios de pago electrónicos dentro del término de 48 horas. Los emisores deberán efectivizar las restricciones previstas en el artículo 1° dentro del término de 48 horas de recibida la comunicación por parte del organismo regulador.

Este decreto recoge buena parte de la Resolución de 09 de mayo de 2013 de la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas donde justamente se establece en su artículo 10° que: *“queda prohibida la publicidad, patrocinio o promoción, bajo cualquier forma, de los juegos de suerte, envite o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego, cuando se carezca de la correspondiente autorización para la explotación y/o comercialización de juegos de titularidad estatal, y que se encuentren bajo la competencia y/o jurisdicción de esta Dirección Nacional.”*

Y en su artículo 11°) que establece que: *“Queda prohibida la introducción de cualquier medio, incluso postal, con fines de expendio o a título gratuito, al igual que el anuncio, propaganda, circulación o venta, de todo otro concurso de pronósticos deportivos que no sean aquellos autorizados por la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas.”*

También nuestro Código Penal en sus artículos 361 a 363 inclusive, se hace referencia a los juegos de azar catalogándolos como delitos de faltas. Estos establecen lo siguiente:

“Artículo 361: Será castigado con pena de 7 (siete) a 30 (treinta) días de prestación de trabajo comunitario: 1.- (Abuso de alcohol o estupefacientes).- El que en lugar público o accesible al público se presentare en estado de grave alteración psíquica o física producida por alcohol o estupefacientes, y el que por los mismos medios provocare en otros dicho estado. 2.- (Instigación a la mendicidad).- El que dedicare niños a mendigar públicamente. 3.- (Solicitud abusiva con acoso o coacción).- El que solicitare dinero o cualquier otro bien mediante actitudes coactivas o de acoso u obstaculizando o impidiendo de manera intencional el libre tránsito de personas a pie o en vehículo, por los espacios públicos. 4.- (Juego de azar).- El que en lugares públicos o accesibles al público, o en círculos privados de cualquier especie, en contravención de las leyes, tuviere o facilitare juegos de azar” (el subrayado me pertenece).

“Artículo 362 (Definiciones): Se considera juego de azar toda combinación en que la pérdida o la ganancia dependa totalmente o casi totalmente de la suerte, siendo el lucro el móvil que induce a tomar parte en ella. Se considera círculo privado al lugar concurrido por más de 6 personas para jugar, cualquiera que él fuere, incluso el que sirviere de habitación, no debiendo contarse, para fijar el número, los miembros integrantes de la familia”.

“Artículo 363 (Confiscación preceptiva): Debe siempre procederse a la confiscación del dinero expuesto en el juego, así como de los muebles o instrumentos destinados a él.

Por último, las obligaciones emanadas de los juegos de azar también se encuentran incluidas en nuestro Código Civil en sus artículos 2168 y siguientes. El mismo establece que:

Artículo 2168: El contrato de juego tendrá lugar, cuando dos o más personas poniéndose a jugar, se obligan a pagar a la que ganare, una suma de dinero u otro objeto determinado.

Habrá apuesta cuando dos personas, que son de opinión contraria sobre cualquier materia, convienen que aquella cuya opinión resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero o cualquier otro objeto determinado.

Se aplicará a la suerte las disposiciones de este capítulo, si a ella se recurre como apuesta o como juego.

Artículo 2169: *La ley no acuerda acción alguna para reclamar lo ganado al juego o en **apuesta**. Exceptúanse los casos previstos en el artículo 2178.*

Artículo 2170: La deuda de juego o apuesta no puede compensarse ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz.

Artículo 2171: El que hubiere firmado una obligación que tenía en realidad por causa una deuda de juego o de apuesta, conserva, a pesar de la indicación de otra causa civilmente eficaz, la excepción concedida por el artículo anterior y puede probar por todos los medios, la causa real de la obligación.

Artículo 2172: Si una obligación de juego o apuesta hubiere sido revestida como título a la orden, el que la suscribió debe pagarlo al portador de buena fe; pero tendrá acción para repetir el importe al que recibió el billete. La entrega de éste no equivaldrá a pago que hubiese hecho.

Artículo 2173: Tampoco hay acción alguna para reclamar el reembolso del dinero prestado a sabiendas para jugar o para apostar.

Artículo 2174: El que ha recibido y ejecutado el mandato de pagar sumas perdidas en el juego o apuesta, puede exigir del mandante el reembolso de ellas; pero si el mandato hubiese sido de jugar por cuenta del mandante o en sociedad de éste con el mandatario, no puede exigirse del mandante el reembolso delo anticipado por el mandatario.

Artículo 2175: El tercero que, sin mandato, hubiese pagado una deuda de juego o apuesta, no goza de acción alguna contra aquel por quien hizo el pago.

Artículo 2176 El que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas no puede repetir lo pagado, a menos que hubiese dolo o fraude de parte del ganancioso. (Artículos 1313 y 1445).

Habrá dolo en el juego o apuesta, cuando el que ganó tenía certeza del resultado o empleó algún artificio para conseguirlo.

Artículo 2177: Lo pagado por las personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse en todos los casos por sus representantes legales, no sólo de aquellos que ganaron, sino también de aquellos en cuya casa tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios.

Artículo 2178: Las disposiciones precedentes no comprenden las deudas de juego o de apuesta que provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, carreras y otros juegos o apuestas seme-

jantes, los cuales producen acción civilmente eficaz, con tal que en ellos no se haya contravenido a alguna ley o reglamento de Policía.

En caso de contravención, desechará el Juez la demanda en el todo.

Artículo 2179: Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar alguna cuestión, producirá, en el primer caso, los efectos de una partición; y en el segundo, los de una transacción, con tal que el convenio conste de un modo legal.

Artículo 2180: Lo dispuesto en este capítulo, se entiende que es sin perjuicio de lo que sobre el juego prescriba la ley penal.

Artículo 2181: Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por disposiciones especiales o por los reglamentos de Policía.

Esto implica que las obligaciones que emanan como consecuencia de los juegos de azar pueden catalogarse de distinta manera, siendo algunas naturales, otras civiles y otras nulas.

Lo anterior, tal como se ahondará más adelante, dependerá de si los juegos de azar se desarrollan fuera del marco legal permitido o no. Siendo los que se encuentran enmarcados dentro de la legalidad, a mi entender, obligaciones civiles.

II. COMO FUNCIONA ESTE SISTEMA PROHIBITIVO

A. Régimen General de explotación de los casinos

La explotación de juegos de azar en Uruguay es realizada a través del Estado (Poder Ejecutivo) o por el Gobierno Departamental de Montevideo.

El Estado o la Intendencia Municipal de Montevideo pueden desarrollar y explotar la actividad de casinos ya sea de forma directa, bajo la forma de concesión o a través de un régimen mixto.

Esto último se desprende del Artículo 20 del decreto Ley 14.335 de 1974, el cual autoriza al Estado a desarrollar la actividad de casino ya sea directamente, bajo un régimen de concesión o a través de una autorización directa a un privado. Con relación a estas últimas, no existen antecedentes de haber sido otorgadas.

Por su parte, la Ley 10.709 de 1946 autoriza a la Intendencia Municipal de Montevideo (IMM) a desarrollar la actividad de casinos en hoteles propiedad de ésta. La Constitución de la República reforzando esta posición, consagra en su artículo 297 que dentro de los ingresos de los gobiernos municipales, se encuentran los beneficios de la explotación de casinos.

Adicionalmente la Constitución en su Artículo 273 otorga a los Gobiernos Departamentales a través de la Junta, el poder de otorgar concesiones sobre servicios públicos en su respectiva jurisdicción.

Actualmente en Uruguay existen dos casinos privados en régimen de concesión. Uno que opera en el país en la ciudad de Punta del Este desde el año 1997 y otro en el barrio de Carrasco en Montevideo.

El marco legal aplicable a este tipo de explotaciones, se rige por el decreto 588/975, reglamentario del DL 14.335 y sus modificaciones, regulan la concesión de casinos del Estado. Adicionalmente, este decreto también regula el proceso licitatorio para la selección de concesionarios.

El artículo 20 del Decreto Ley 14.335 establece lo siguiente:

“El Estado explotará los casinos de que dispone actualmente y las salas de juego que estime conveniente instalar, mediante el régimen de concesiones.

La elección del concesionario se hará mediante pedido de ofertas, teniendo en cuenta para la adjudicación entre otros elementos y requisitos, el precio de la concesión, los antecedentes y solvencia del ofertante, el monto de las inversiones, bienes que se incorporarán al patrimonio nacional o estatal y los planes de desarrollo turístico y fomento local o nacional.

Mientras no se otorguen las concesiones se podrá explotar directamente o mediante autorizaciones de acuerdo con la reglamentación que establezca el Poder Ejecutivo”.

Por su parte, El decreto 588/975 indica a resumidas cuentas lo siguiente:

“Artículo 2 (Zonas de interés nacional). - Se considera de interés nacional la explotación de juegos de azar de Casinos en las siguientes zonas balnearias, termales o de interés turístico: Punta del Este, Piriápolis, Atlántida, zona costera de Rocha, Departamento de Colonia, zona termal del litoral noroeste de la República y Rivera.

Artículo 3: (Privatización de los Casinos). - Los Casinos instalados o a instalarse en el territorio nacional serán explotados por el Estado mediante el régimen de concesiones acordadas a particulares. Las concesiones serán otorgadas por el régimen de Licitación Pública.

Artículo 4: (Requisito para obtener la concesión). - Será requisito indispensable para obtener la concesión de explotación de juegos de azar en Casinos, así como para gozar de los eventuales beneficios pactados en aplicación de la Ley de Promoción Industrial 14.178 de 28 de marzo de 1974 modificada por el artículo 31 de la ley 14.335 (inciso E) del artículo 4º), la construcción de sendos establecimientos hoteleros u otros centros de atracción turística en la localidad, que deberán

estar en consonancia con la categoría internacional incluyendo obras de infraestructura y otros elementos o servicios indispensables para su explotación. Los establecimientos hoteleros deberán tener como mínimo las comodidades y servicios exigidos para las categorías cinco estrellas y cuatro estrellas.

El Poder Ejecutivo determinará en cada caso, el mínimo de habitaciones que deberán tener los establecimientos hoteleros, en atención al volumen de la inversión y al máximo de unidades de juego permitidas. Si se tratare de un complejo turístico diverso del hotelero, el monto de su construcción será por lo menos equivalente al necesario para la construcción de los complejos hoteleros detallados anteriormente en sus respectivas categorías.

Artículo 13: (Exigencias del llamado a licitación). - Sin perjuicio de las exigencias que correspondan en cada caso, el llamado a licitación determinará además:

a) La zona donde deberá construirse el Hotel Casino o el centro de atracción turística al que se integra.

b) Las características y comodidades de los establecimientos propios para el nivel internacional teniendo en cuenta que las instalaciones destinadas a Casinos tengan sus accesos y servicios propios e independientes del cuerpo en sí de las instalaciones hoteleras o turísticas vecinas.

c) Las sumas bases que el concesionario deberá abonar anualmente al Estado, por la explotación y garantía correspondiente a depositar. Estos importes se determinarán de acuerdo con el número y tipo de artefactos o unidades de juego autorizados a utilizar en el contrato de concesión.

d) Criterios cuantitativos que se utilizarán para ajustar anualmente las sumas a abonar o depositar.

e) Los juegos que están autorizados, teniendo en cuenta que no se podrán autorizar juegos de cartas en base a destreza."

Y en esta misma línea el decreto sigue indicando entre otros, límite de cantidad de máquinas, porcentaje de empleados uruguayos a contratar, obligaciones, sanciones, entre otros.

"Artículo 14: (Límite máximo de unidades de juego). - El contrato de concesión fijará el límite máximo de unidades de juego. El Poder Ejecutivo podrá autorizar hasta el 20% de aumento sobre dicho límite cuando considere que la capacidad turística de la zona así lo aconseja. Por encima del citado porcentaje se deberá pactar una nueva inversión de interés turístico proporcional a la extensión solicitada.

Artículo 16: (Requisitos del personal utilizado). - El 80% del personal utilizado en el funcionamiento del complejo turístico deberá ser ciudadano natural o legal uruguayo.

Artículo 17: (Obligaciones del concesionario). - El Contrato de concesión obligará al concesionario a cumplir estrictamente con los términos de la misma, debiendo realizar la explotación con total normalidad y regularidad. Deberá cumplir en tiempo y forma con las obras previstas, etapa por etapa.

Artículo 18: (Sanciones). - Toda contravención legal o reglamentaria así como el incumplimiento de las condicionantes del contrato dará lugar a una sanción que podrá ser de carácter pecuniario o de cierre del Casino, pudiendo esta, si la falta así lo indicara, ser permanente perdiendo la concesión de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la ley 14.335 de 23 de diciembre de 1974.

Por otro lado, tal como fue indicado precedentemente el artículo 273 de la Constitución es aplicable para los casos de concesión de gobiernos municipales, tales como la Intendencia Municipal de Montevideo. Este artículo indica lo siguiente:

SECCION XVI - DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACION DE LOS DEPARTAMENTOS

CAPITULO III

Artículo 273: La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental.

Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento.

Además de las que la ley determine, serán atribuciones de las Juntas Departamentales:

1º) Dictar, a propuesta del Intendente o por su propia iniciativa, los decretos y resoluciones que juzgue necesarios, dentro de su competencia.

2º) Sancionar los presupuestos elevados a su consideración por el Intendente, conforme a lo dispuesto en la Sección XIV.

3º) Crear o fijar, a proposición del Intendente, impuestos, tasas, contribuciones, tarifas y precios de los servicios que presten, mediante el voto de la mayoría absoluta del total de sus componentes.

4º) Requerir la intervención del Tribunal de Cuentas para informarse sobre cuestiones relativas a la Hacienda o a la Administración Departamental. El requerimiento deberá formularse siempre que el pedido obtenga un tercio de votos del total de componentes de la Junta.

5º) Destituir, a propuesta del Intendente y por mayoría absoluta de votos del total de componentes, los miembros de las Juntas Locales no electivas.

6º) Sancionar, por tres quintos del total de sus componentes, dentro de los doce primeros meses de cada período de Gobierno, su Presupuesto de Sueldos y Gastos y remitirlo al Intendente para que lo incluya en el Presupuesto respectivo. Dentro de los cinco primeros meses de cada año podrán establecer, por tres quintos de votos del total de sus componentes, las modificaciones que estimen indispensables en su Presupuesto de Sueldos y Gastos.

7º) Nombrar los empleados de sus dependencias, corregirlos, suspenderlos y destituirlos en los casos de ineptitud, omisión o delito, pasando en este último caso los antecedentes a la Justicia.

8º) Otorgar concesiones para servicios públicos, locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes.

9º) Crear, a propuesta del Intendente, nuevas Juntas Locales.

10) Considerar las solicitudes de venia o acuerdo que el Intendente formule.

11) Solicitar directamente del Poder Legislativo modificaciones o ampliaciones de la Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales.

Adicionalmente, todo lo referente al proceso licitatorio se encuentra regulado bajo el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera y Normas Concordantes y Complementarias (TOCAF).

Por lo que conforme lo establece la normativa vigente (decreto ley 14.335) autoriza al Estado a explotar directamente un casino, sin necesidad de ningún acto legislativo. Por el contrario, para el caso de un privado, es necesaria una resolución del Poder Ejecutivo dando inicio a una licitación pública en orden de seleccionar a un concesionario (conforme lo exige el 588/1975). Por otro lado, el Gobierno Municipal requiere un acto legislativo emanado de la Junta para conceder la concesión. Tal acto es el requerido para dar inicio al proceso licitatorio en estos casos.

En el caso particular del casino privado que opera en la ciudad de Montevideo, tuvo una normativa específica, la Ley 18.231 la cual estableció en sus dos artículos lo siguiente

Art 1.- Autorízase a la Intendencia Municipal de Montevideo a convocar a una licitación pública internacional cuyo objeto incluya la concesión de la gestión de la sala de juegos del casino municipal que funciona en el Hotel Casino Carrasco, por un plazo de treinta años, debiendo el adjudicatario abonar un canon o precio.

Art 2.- Sin perjuicio de las competencias asignadas al Banco Central del Uruguay y al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de

Economía y Finanzas en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 17.835, de 23 de setiembre de 2004, y su reglamentación, corresponderá a la Intendencia Municipal de Montevideo el contralor de los juegos de azar que se desarrollen en el establecimiento, de acuerdo al proceso licitatorio referido en el artículo anterior.

Como fue mencionado precedentemente, el TOCAF contiene toda la regulación general para los llamados a licitación, tanto sea para llamados realizados por el Estado como por Gobiernos Departamentales.

Este texto ordenado, además de regular los distintos aspectos del proceso licitatorio, rige determinados principios rectores procurando respetar derechos básicos de los oferentes tales como: (i) igualdad entre los oferentes; (ii) transparencia en cada etapa del proceso; (iii) publicidad de toda información relativa a la licitación; y (iv) concurrencia de la mayor cantidad de oferentes posibles.

Adicionalmente, la regulación específica (términos y condiciones) para cada llamado en particular se encuentra incluida en los pliegos de condiciones.

Los pliegos son los documentos más importantes en una licitación pública ya que regulan aspectos relevantes tales como: (a) descripción del proyecto (tamaño de la inversión) y condiciones de la oferta; (b) requisitos que los oferentes deben cumplir (solvencia económica, comercial, antecedentes en proyectos similares, etc.); (c) pasos concretos a seguirse en este proceso licitatorio puntual; (d) garantías que los oferentes deben presentar en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el pliego y en el contrato.

Una vez finalizado el proceso licitatorio donde uno de los oferentes es seleccionado por la Administración, el contrato de concesión deberá ser suscripto.

De modo que tanto el pliego de condiciones como el contrato de concesión son los documentos que regulan los principales aspectos de la concesión a un privado.

Con relación al contrato de concesión, mucho se ha escrito. Si pudiéramos hacer un brevísimo resumen de los principales aspectos del mismo serían los siguientes:

- *Intuito personae*: los derechos y obligaciones que emanan del contrato de concesión no pueden ser cedidos por el concesionario sin la autorización por escrito de la autoridad.
- Plazo determinado: de acuerdo con lo establecido por el Artículo 51 de la Constitución, un contrato de concesión no puede ser por tiempo indefinido.
- Exclusividad/ Protección: Las actividades desarrolladas bajo un contrato de concesión son normalmente realizadas bajo exclusividad. En línea de lo anterior, la Administración puede obligarse a no otorgar nuevas concesiones siempre que no cumplan con determinadas condiciones acordadas (por ej: determinado monto de inversión).
- Terminación: prevé las causales a través del cual el contrato puede ser rescindido.

- Por último, también existen determinadas normas específicas las cuales un posible interesado en acceder a la explotación de un casino privado por medio de una concesión pública puede ampararse. Esto se encuentra regulado en la Ley 17.555, conocida como la Ley de reactivación Económica, la cual otorga la posibilidad a través de sus artículos 19 y 20 de ampararse bajo el beneficio de iniciativa privada.

Este fue el caso de la solicitud de un oferente quien solicitó ampararse bajo este beneficio a los efectos de obtener la concesión de una licencia para operar un casino en la ciudad de Punta del Este.

Este oferente, en caso de ser seleccionado para realizar un resort & casino, deberá dar cumplimiento a lo establecido en el contrato de concesión del otro casino privado que opera en esa misma ciudad, debiendo superar los umbrales de inversión establecidos.

A.2 Explotación de los casinos a través del régimen mixto

El régimen mixto de explotación surgió a partir del decreto 63/997 el cual fue complementado por el decreto 488/08 y posteriormente por el 302/2009.

En estos últimos se estableció a través de la redacción en su artículo 37, lo siguiente:

Artículo 37: La integración de Salas de Juego al Sistema Mixto de Explotación, Asociadas a Complejos Turísticos, Comerciales, Deportivos y/o Culturales, sean nuevas o ya explotadas bajo el Sistema Tradicional, se regulará por las siguientes normas, sin perjuicio de la facultad conferida al Ministerio de Economía y Finanzas por el artículo 18 del Decreto N° 455/007, de 26 de noviembre de 2007.

37.1.- En cada caso, la Dirección General de Casinos del Estado realizará los procedimientos administrativos que correspondan, atendiendo a razones de oportunidad o conveniencia y de acuerdo a las normas legales y reglamentarias vigentes, debiéndose tener en cuenta, a los efectos de la evaluación de las ofertas de los interesados, los siguientes aspectos:

37.1.1.- Documentación jurídica del oferente que acredite su existencia, vigencia y representación.

37.1.2.- Información económico-financiera del oferente en cuanto a su solvencia, así como en cuanto a su disponibilidad de financiamiento y el origen de los fondos que se destinarán a la inversión propuesta. (Situación y respaldo financiero que, a juicio de la Administración, aseguren el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades a asumir durante el plazo de vigencia del contrato a ser suscripto).

37.1.3.- Experiencia en emprendimientos comerciales, turísticos o de otra índole cuya significación económica y éxito empresarial sea relevante a efectos de considerar los antecedentes del oferente y sus integrantes.

37.1.4.- Plan de desarrollo arquitectónico del proyecto y su entorno.

37.1.5.- Plan de negocios para la inversión a realizar y para la Sala de Juego, incluyendo la estimación fundamentada del ingreso que tendrá la Dirección General de Casinos del Estado por

la explotación de la Sala de Juego en función del plan de negocios, y en función de la contraprestación pretendida por el inversor.

37.1.6.- Impacto económico, social, cultural, sobre el empleo y la descentralización, entre otros, del emprendimiento que pretende desarrollar el inversor, así como de la Sala de Juego.

37.2.- En caso de tratarse de Salas de Juego y/o Casino asociadas a proyectos de alojamiento turístico, el mismo deberá ser categorizado por el Ministerio de Turismo y Deporte como de al menos cuatro estrellas, según lo dispuesto por el Decreto N° 384/997, de 15 de octubre de 1997.

En todos los casos de Complejos Turísticos el oferente deberá obtener la conformidad del Ministerio de Turismo y Deporte respecto del mismo.

37.3.- La Dirección General de Casinos del Estado elaborará y mantendrá actualizado un instructivo informativo sobre las metodologías de evaluación y la información o documentación requerida a los oferentes o interesados.

37.4.- Las iniciativas privadas vinculadas con Salas de Juego que presenten los particulares al amparo de los artículos 19 y 20 de la Ley N° 17.555, de 18 de setiembre de 2002, su Decreto Reglamentario N° 442/002, de 28 de setiembre de 2002 y demás normas aplicables, así como los casos comprendidos en el inciso segundo del artículo 18 de Decreto N° 455/007, de 26 de noviembre de 2007, serán evaluadas en base a los aspectos indicados en el 37.1.

37.5.- Con el cometido de dictaminar o informar sobre las propuestas recibidas, funcionarán una o más Comisiones Asesoras que estarán integradas por representantes de los Ministerios de Economía y Finanzas y de Turismo y Deporte, invitándose a participar a un representante del Gobierno Departamental respectivo.

37.6.- A los efectos de la contratación, la Dirección General de Casinos del Estado deberá tener en cuenta que:

37.6.1.- Sin perjuicio de los dictámenes e informes elaborados por la Comisión Asesora y en forma previa a la aceptación de cualquiera de las ofertas realizadas, la Dirección General de Casinos del Estado analizará los ingresos esperados para sí y para el inversor por la explotación de la Sala de Juegos en función del plan de negocios y la contraprestación ofrecida por el inversor y lo someterá a consideración del Ministerio de Economía y Finanzas para que el mismo evalúe la relación entre los ingresos esperados y el monto y características de la inversión comprometida por el inversor.

37.6.2.- El Poder Ejecutivo efectuará la adjudicación a la oferta que considere más conveniente, apreciando el dictamen de la Comisión Asesora, pudiendo también declarar desierto el procedimiento, o rechazar las ofertas en forma total o parcial. La celebración del respectivo contrato estará a cargo de la Dirección General de Casinos del Estado.

37.6.3.- En el caso que la Sala de Juego en cuestión sea un Casino que para su incorporación requiera contar con autorización legal, la prosecución del procedimiento y la efectiva integración de la Sala de Juego al Sistema Mixto quedarán sujetos, sin perjuicio de los dictámenes e informes,

a la sanción y promulgación de las normas correspondientes.

37.6.4.- En ningún caso se podrá habilitar la Sala de Juegos con anterioridad a la apertura al público del sector del Complejo destinado a la actividad turística, comercial, deportiva y/o cultural, de acuerdo con lo comprometido.

37.6.5.- A los efectos de formalizar la integración de la Sala de Juegos al Sistema Mixto de Explotación y fijar las normas sobre las cuales se regirá la relación entre el oferente seleccionado y la Dirección General de Casinos del Estado, éstos suscribirán el contrato de arrendamiento y de servicios de adhesión que elaborará la Dirección General de Casinos del Estado. El contrato será suscripto en escritura pública, teniéndose presente que en ninguna circunstancia entre el inversor y el Estado se crea vinculación societaria alguna.

37.7.- En cumplimiento del artículo 211, literal B) de la Constitución de la República, deberá darse intervención previa al Tribunal de Cuentas de la República de todo lo actuado.

37.7.1.- Previo a la firma del contrato con la Dirección General de Casinos del Estado y a satisfacción de ésta, el inversor deberá:

i. Acreditar que posee legitimación sobre el o los inmuebles que será asiento de la inversión proyectada y de la Sala de Juego.

ii. Constituir una garantía especial de cumplimiento de su obligación preliminar de entrega del local arrendado a la Dirección General de Casinos del Estado en condiciones de funcionamiento para el destino pactado.

El inversor deberá constituir una garantía de fiel cumplimiento del contrato una vez que esté en condiciones de entregar el inmueble arrendado a la Dirección General de Casinos del Estado.

37.7.2.- En cada procedimiento administrativo de contratación, la Dirección General de Casinos del Estado fijará las normas particulares sobre montos, plazos, oportunidades para su constitución y ejecución, contenido, etc., que deberán observarse respecto de las dos garantías mencionadas anteriormente.

37.8.- Los costos de cualquier índole ocasionados o derivados de la preparación, formulación y presentación de la propuesta, y todos los demás trámites derivados de la misma o relacionados con la pretendida contratación, aun cuando ésta quedare sin efecto, no generan derecho a reclamo alguno del oferente por indemnización, pérdida de oportunidad u otras circunstancias.

Al respecto, el Dr. Delpiazzo³ indicó con precisión que este régimen “surge como un sistema de explotación público privada, consistente en la apertura y explotación de salas de juego por parte del Estado, como complemento a inversiones privadas en materia turística y/o comercial, para lo cual se habilita al inversor a arrendar al Estado el inmueble correspondiente, los muebles necesarios y los servicios periféricos adecuados, a cambio de un precio determinados en función de los resultados de la gestión de sala.”

³ Carlos E. Del Piazzo, Derecho Administrativo Especial Vol 2, pag 524-525.

Por lo que básicamente podemos decir que a través de esta forma de explotación, el Estado capta la inversión privada para la refacción, mantenimiento y seguridad de la sala, conservando para sí la explotación directa del juego que permanece en manos del Estado.

A la fecha, a través de este tipo de explotación de juegos de azar, existen cuatro casinos y ocho salas de esparcimiento.

A.3. Explotación de los casinos directamente por el Estado

A la luz de la normativa analizada podemos afirmar que esta es la regla. En Uruguay se rige por un modelo prohibitivo, salvo que el mismo sea desarrollado o explotado directamente por el Estado.

Al respecto, Augusto Durán Martínez establece lo siguiente: *“Es obvio que la actividad de casinos no es inherente al Estado, por lo que no es un cometido esencial del Estado. Tampoco se puede decir que el Estado asuma esa actividad para satisfacer necesidades colectivas impostergables, por lo que no es un servicio público. No reúne características de los servicios sociales y admite ser monopolizada, por lo que no configura un servicio social. No queda, así, otra alternativa, que considerarla una actividad privada a cargo del Estado. Una actividad que el Estado en determinado momento consideró, por razones de interés general, necesario asumir, y hacerlo en régimen de monopolio.”*⁴

A través de este sistema, el Estado explota los juegos de azar a través de la Dirección General de Casinos.

Esta entidad no solo tiene a su cargo la explotación de los juegos de azar (ya sea directa o a través del régimen señalado en el capítulo anterior – mixto-), sino que también tiene a su cargo la detección del juego ilícito y la promoción de la actividad hípica a nivel nacional.

Lo anterior surge de la siguiente normativa:

- Ley N° 13.921, de 30/11/70 (art. 1 en la redacción dada por el art. 327 del Decreto – Ley N° 14.189, de 30/04/74): *“Facúltase al Poder Ejecutivo para explotar directamente juegos de azar en hasta nueve Casinos instalados o a instalar en los Departamentos de Maldonado, Rocha, Colonia, Rivera, Canelones y en la zona termal del noroeste de la República. El Poder Ejecutivo determinará, dentro de los límites territoriales establecidos, el lugar, período y condiciones de funcionamiento de cada Casino, atendiendo especialmente a aquellas zonas o centros que se estimen aptos para el fomento y desarrollo del turismo receptivo de carácter internacional”*.
- Ley N° 15.206, de 3/11/81 (art. 4): *“Extiéndase la facultad otorgada al Poder Ejecutivo por la ley 13.921, de 30 de noviembre de 1970, a los casinos que se instalen en hoteles de categoría internacional “cinco estrellas”, cuya actividad haya sido declarada de interés nacional al amparo de la ley 14.178, de 28 de marzo de 1974”*.

⁴ Estudios de Derecho Administrativo – N°13 – Año 2016. Máquinas tragamonedas, Augusto Duran Martínez. Pag 11.

- Ley N° 17.296, de 21/01/01 (art. 181): “*Facúltese al Poder Ejecutivo a autorizar a la Dirección General de Casinos a contratar al personal mínimo imprescindible a los efectos de cubrir las necesidades que generen las nuevas salas con cargo a los fondos de libre disponibilidad de esta Unidad Ejecutora*”.
- Decreto N° 63/997, de 4/03/97 (capítulo II)
- Ley 18.719, de 27/10/10 (art. 321). “*Facúltese al Ministerio de Economía y Finanzas, por intermedio de la Dirección General de Casinos, a promover la actividad hípica a nivel nacional y la supervisión del juego de apuestas mutuas, en todas sus modalidades, sobre el resultado de carreras de caballo en los hipódromos reconocidos en forma expresa por dicha Dirección, pudiendo a tales efectos disponer las medidas que estime necesarias incluyendo, entre otras, requerir informes, auditorías, inspecciones e intervenciones contables*”

A la fecha, a través de este sistema el Estado explota dos casinos y diecisiete salas de esparcimiento.

A.4. Explotación de los casinos por la Intendencia de Montevideo

Como mencionado anteriormente, la posibilidad de que sea la propia Intendencia de Montevideo la que explote los casinos, surge de la Ley 10.709 y del artículo 297 de la Constitución de la República.

Así, el artículo 6° de la Ley 10.709 establece en su artículo 6° lo siguiente:

Con destino a la formación del fondo previsto por el artículo anterior, se crean los siguientes impuestos:

A) Salas de teatros, conciertos y circos.

El impuesto será del 4 % en las entradas fijadas hasta \$ 1.50. ()*

De un peso cincuenta y un centésimos (\$ 1.51) a tres pesos (3.00) de costo, el impuesto será de diez por ciento (10%) por cada entrada.

De tres pesos un centésimo (\$ 3.01) en adelante, el quince por ciento (15%) por cada entrada.

Salas de cines: \$ 0.01 cuando el valor de entrada sea hasta de \$ 0.30; \$ 0.02, cuando el valor de entrada sea hasta \$ 0.40; y \$ 0.3, cuando el valor de entrada sea hasta de \$ 0.50, cualquiera sea el régimen de función. ()*

De cincuenta y un centésimos (\$ 0.51) a un peso (\$ 1.00), el diez por ciento (10%).

De más de un peso (\$ 1.00), el quince por ciento (15%) por cada entrada.

B) (*)

C) Carreras: el impuesto será de \$ 0.20 por persona. (*)

El Jockey Club de Montevideo, en sustitución del impuesto a las entradas al circo, entregará la suma de \$ 1.000.00 mensuales. Cuando el dividendo que pague un caballo sea mayor de \$ 10.00, pagará \$ 1.00 por cada \$ 10.00 o fracción mayor de \$ 5.00 de exceso sobre \$ 10.00. Estos impuestos no los pagarán las instituciones y entidades que entreguen al Estado, por cualquier concepto y por cualquier término, una cantidad mayor de \$ 200.000.00 anuales.

D) Bailes de carnaval: entrada al espectáculo el 10%, bailes en general en que se cobre entrada el 5%.

E) Los casinos de juegos explotados por particulares, además de los porcentajes ya establecidos, entregarán el 20% del producto total de los juegos autorizados, deducidos los gastos de administración.

Los casinos municipales, además de los porcentajes ya establecidos, contribuirán con el 10% del producto total de los juegos, deducidos los gastos de administración.

Modifícase el artículo 4° de la ley número 5.352, y autorízase al Municipio de Montevideo para explotar en los hoteles balnearios de su propiedad, los juegos habituales en los casinos. (el resaltado me pertenece)

F) Dancings, cabarets, casas de bailes públicos, boites y similares: el 10% del producto diario. () La Comisión Honoraria queda facultada para fijar previos estudios del caso la contribución mínima diaria de cada establecimiento.*

Los impuestos a que se refiere este artículo se recaudarán por las oficinas nacionales o departamentales a quienes les corresponda autorizar o administrar esos espectáculos y fiscalizar la expedición de las entradas. La recaudación y fiscalización se efectuará conforme a las reglamentaciones que se dicten. Sin perjuicio de esto el Ministerio de Salud Pública dispondrá los controles que crea pertinentes por intermedio de sus funcionarios inspectivos.

Las sumas recaudadas de acuerdo con esta ley a medida que se vayan percibiendo por la oficina correspondiente, serán depositadas en el Banco de la República Oriental del Uruguay, en cuenta especial y a la orden del Ministerio de Salud Pública.

Por su parte, el artículo 297 de la Constitución establece que:

Serán fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, decretados y administrados por éstos:

1°) Los impuestos sobre la propiedad inmueble, urbana y suburbana, situada dentro de los límites de su jurisdicción, con excepción, en todos los casos, de los adicionales nacionales establecidos o que se establecieren. Los impuestos sobre la propiedad inmueble rural serán fijados por el Poder Legislativo, pero su recaudación y la totalidad de su producido, excepto el de los adicionales establecidos o que se establecieren, corresponderá a los Gobiernos Departamentales respectivos. La cuantía de los impuestos adicionales nacionales, no podrá superar el monto de los impuestos con destino departamental.

2º) *El impuesto a los baldíos y a la edificación inapropiada en las zonas urbanas y suburbanas de las ciudades, villas, pueblos y centros poblados.*

3º) *Los impuestos establecidos con destino a los Gobiernos Departamentales y los que se creen por ley en lo futuro con igual finalidad sobre fuentes no enumeradas en este artículo.*

4º) *Las contribuciones por mejoras a los inmuebles beneficiados por obras públicas departamentales.*

5º) *Las tasas, tarifas y precios por utilización, aprovechamiento o beneficios obtenidos por servicios prestados por el Gobierno Departamental, y las contribuciones a cargo de las empresas concesionarias de servicios exclusivamente departamentales.*

6º) *Los impuestos a los espectáculos públicos con excepción de los establecidos por ley con destinos especiales, mientras no sean derogados, y a los vehículos de transporte.*

7º) *Los impuestos a la propaganda y avisos de todas clases. Están exceptuados la propaganda y los avisos de la prensa radial, escrita y televisada, los de carácter político, religioso, gremial, cultural o deportivo, y todos aquellos que la ley determine por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.*

8º) *Los beneficios de la explotación de los juegos de azar, que les hubiere autorizado o les autorice la ley, en la forma y condiciones que ésta determine.*

9º) *Los impuestos a los juegos de carreras de caballos y demás competencias en que se efectúen apuestas mutuas, con excepción de los establecidos por ley, mientras no sean derogados.*

10) *El producido de las multas:*

a) *que el Gobierno Departamental haya establecido mientras no sean derogadas, o estableciere según sus facultades;*

b) *que las leyes vigentes hayan establecido con destino a los Gobiernos Departamentales;*

c) *que se establecieran por nuevas leyes, con destino a los Gobiernos Departamentales.*

11) *Las rentas de los bienes de propiedad del Gobierno Departamental y el producto de las ventas de éstos.*

12) *Las donaciones, herencias y legados que se le hicieren y aceptare.*

13) *La cuota parte del porcentaje que, sobre el monto total de recursos del Presupuesto Nacional, fijará la Ley Presupuestal.*

Por último, en lo referente a los reglamentos de funcionamiento, normas aplicables al personal, sistema de control interno, control de CCTV y capacitaciones, se encuentra regido por el Volumen IX del Digesto municipal, “CASINOS DEPARTAMENTALES”.

B. Posibilidad de cobro de las deudas contraídas en casinos

Mucho se ha escrito con relación a este tema. Por un lado, la doctrina tradicional encabezada por Gamarra, Peirano, De Cores y Berdaguer quienes entienden que la regulación del Código Civil aplica en todos los casos, aun cuando la explotación de los casinos sea realizada por parte del Estado o exista una autorización administrativa (concesión) a favor de un privado para explotar juegos de azar. Por lo tanto, para ellos la autorización estatal para explotación de los juegos de azar no modifica la naturaleza de las obligaciones asumidas, sino que tiene por objeto eliminar la ilicitud de carácter penal.

Desarrollos doctrinarios más recientes sostienen que casinos explotados por el Estado (ya sea directamente o bajo el régimen de concesión) quedarían enmarcados en lo establecido por 2181 del Código Civil (*“Las loterías y rifas, cuando se permitan, serán regidas por disposiciones especiales o por los reglamentos de Policía”*). En esta línea el argumento central de esta corriente doctrinaria, estaría basado en la incongruencia en que por un lado el Estado autoriza al desarrollo de los juegos de azar, y por otro lado les quita la protección que tienen las obligaciones civiles.

Dentro de esta posición, a la cual me afilio, sigue la misma línea de aquellos países donde el juego es legal. En Uruguay, encontramos a autores como Szafir y Doval quienes han establecido: *“nadie apostaría sabiendo que en caso de ganar, su deudor asume una obligación natural”* y que por lo tanto sería de aplicación el artículo 2181 del CCU citado precedentemente, no siendo de aplicación las normas del Código Civil que regulan las deudas de juego. Siguiendo esta línea, de que estas obligaciones son civiles y no naturales, también establecen que la relación entre cliente y casino se encuentran enmarcadas en la ley de defensa del consumidor, Ley 17.250.

Este mismo razonamiento es seguido por Beatriz Venturini⁵, quien en su muy completo trabajo donde afirma que: *“en nuestro ordenamiento es dable afirmar que el juego y apuesta se presentan en tres variantes con sus respectivas respuestas jurídicas:*

- *Juego común: genera obligaciones naturales*
- *Juego deportivo: genera obligaciones civiles; y*
- *Juego prohibido: nulo.”*

Una vez establecido lo anterior, desarrolla a mi entender, correctamente como se encuentran regidas las obligaciones que contrae el Estado en contratos de juego y apuesta.

En esta línea ella establece que *“si se entiende que juego permitido es todo aquel juego de azar que organice el Estado (o un particular debidamente autorizado por el Estado) deberemos analizar las normas especiales fuera del Código Civil. Y ninguna de las normas especiales remite a este capítulo del Código Civil ni habla de obligaciones naturales”*.

En esta línea, ella menciona que por el *“giro lingüístico empleado, parece desprenderse que no estamos ante obligaciones naturales”*. Muy por el contrario, normas tales como el decreto 269/993 establece que *“quedan obligados a satisfacer personal e ilimitadamente los aciertos”* A

5 Manual de Contratos TOMO II, Beatriz Venturini.

su vez, ella establece que las obligaciones que pueda el Estado asumir al celebrar contratos de apuesta y de juego no son naturales, sino civiles.

Adicionalmente indica que: *“a partir de la entrada en vigencia de la 17.250, no puede negarse que se trata de una actividad de consumo: el estado provee un servicio a través de un contrato Bilateral, oneroso y aleatorio, convirtiéndose en proveedor (art 3). El sujeto que juega contra la prestación de un servicio de entretenimiento y por lo tanto, es consumidor (art. 2).” A su vez, “esta Ley consagra, particularmente, la responsabilidad objetiva del proveedor cuando del vicio del producto del que se sirve para cumplir su prestación resulte un daño al consumidor (art. 34)”.*

De modo que la autora en ocasión del análisis de la sentencia de 261/004 del TAC 7°, concluye: *“si se trata de obligaciones civiles, es de aplicación de la ley de relaciones de consumo por lo que la pretendida cláusula exoneratoria resulta nula y manteniendo toda su vigencia el art. 33 según el cual la única eximente es la causa extraña no imputable, no siendo tal el vicio o mal funcionamiento”.*

A su vez, entiendo que en este caso debe claramente diferenciarse cuando quien explota juegos de azar es el Estado o un privado autorizado por éste, o si en su defecto son particulares sin autorización alguna.

Esto se debe a que si tomamos en cuenta a los privados que cuentan con una concesión para operar casinos, se les exige que ingresen en un proceso licitatorio, que realicen una inversión de envergadura acompañado de un hotel 5 estrellas, tengan auditorías mensuales y minuciosas que controlen sus ingresos y el estricto cumplimiento del contrato de concesión.

Todo esto enmarcado en resoluciones de Presidencia y contratos suscriptos por el Poder Ejecutivo. Es dable afirmar, que en estas situaciones, a diferencia de aquellos que simplemente mandan a hacer una máquina para poner en un local no destinado a juegos de azar, deben encontrarse bajo un paraguas legal que lo proteja.

C. ¿Existen los controles adecuados por parte del estado a los casinos?

Para que existan controles adecuados con cada uno de los actores regulados, es necesario que existan autoridades competentes.

Para el caso de los casinos del Estado, la autoridad competente para la explotación y control de su actividad es la Dirección General de Casinos, una dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas.

En el caso de los casinos municipales, la autoridad competente es la Dirección de Casinos Municipales.

En cuanto a los privados, eso se encuentra determinado en su respectivo contrato de concesión.

Para el caso de las licitaciones públicas, éstas son controladas por el Tribunal de Cuentas. Autoridad que únicamente puede hacer observaciones y comunicarlas a la junta o el Poder Legislativo, sin tener facultades para emitir sanciones al concesionario.

Por su parte, tanto casinos privados como estatales, se encuentran regidos por la misma autoridad en las siguientes materias:

- Prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (SENAFLAFT)
- Control y fiscalización del ingreso de menores (INAU).
- Control y fiscalización de ambientes libre de humo de tabaco (MSP).
- Control y fiscalización en derecho laboral (MTSS).
- Ley de defensa del consumidor.
- Control y fiscalización del Juego Online

Lo anterior es perfectamente entendible en un Estado de Derecho donde el Estado se reserva para si una actividad.

Por lo que las dudas aparecen frente a nuevos actores que han venido desarrollando una misma actividad que las que el Estado explota directamente (o a través de un privado debidamente autorizado), solo que al margen de todos los controles establecidos bajo el presente capítulo.

Estos actores lo hacen sin contar con autorización previa alguna, sin que se le practiquen auditorías ni controles de ningún tipo y sin dar las garantías ni respaldo necesario. Estos nuevos actores que se han extendido en el país en los últimos años, explotan una actividad de casino de forma abierta al margen de toda la normativa referida a lo largo del presente trabajo.

C.1 Prevención de lavado de activos

Con la emisión de la Ley 17.835 y su decreto reglamentario, 355/2010 se incluyó expresamente a los casinos como sujetos obligados en la prevención del lavado de activos.

Posteriormente a partir de la sanción de la ley 19.574 y su decreto reglamentario 379/18, fue derogada la normativa indicada precedentemente, siendo ésta la que rige en la materia.

C.1.A Ley 19754 Ley integral contra el lavado de activos

Al respecto, establece como sujetos obligados no financieros en el artículo 13 a los siguientes:

(Sujetos obligados no financieros).- Con las mismas condiciones también estarán sujetos a la obligación establecida en el artículo anterior:

A) *Los casinos.*

B) *Las inmobiliarias, promotores inmobiliarios, empresas constructoras y otros intermediarios en transacciones que involucren inmuebles, con excepción de los arrendamientos.*

C) *Los abogados únicamente cuando actúen a nombre y por cuenta de sus clientes en las operaciones que a continuación se detallan y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que den a sus clientes:*

- 1) *Promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles.*
- 2) *Administración del dinero, valores u otros activos del cliente.*
- 3) *Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores.*
- 4) *Organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades.*
- 5) *Creación, operación o administración de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos.*
- 6) *Promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales.*
- 7) *Actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*
- 8) *Las actividades descritas en el literal H) del presente artículo. Tratándose de venta de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos, estarán obligados tanto cuando actúen a nombre propio como a nombre y por cuenta de un cliente.*

D) *Los escribanos o cualquier otra persona física o jurídica, cuando participen en la realización de las siguientes operaciones para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten:*

- 1) *Promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles.*
- 2) *Administración del dinero, valores u otros activos del cliente.*
- 3) *Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores.*
- 4) *Organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades.*
- 5) *Creación, operación o administración de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos.*
- 6) *Promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales.*
- 7) *Actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*
- 8) *Las actividades descritas en el literal H) del presente artículo.*

E) *Los rematadores.*

F) *Las personas físicas o jurídicas dedicadas a la intermediación o mediación en operaciones de compraventa de antigüedades, obras de arte, y metales y piedras preciosas.*

G) *Los explotadores y usuarios directos e indirectos de zonas francas, con respecto a los usos y actividades que determine la reglamentación.*

H) *Los proveedores de servicios societarios, fideicomisos y en general, cualquier persona física o jurídica cuando en forma habitual realicen transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades:*

1) *Constituir sociedades u otras personas jurídicas.*

2) *Integrar el directorio o ejercer funciones de dirección de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones, en los términos que establezca la reglamentación.*

3) *Facilitar un domicilio social o sede a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídica, en los términos que establezca la reglamentación.*

4) *Ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.*

5) *Ejercer funciones de accionista nominal por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conforme a derecho, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones, en los términos que establezca la reglamentación.*

6) *Venta de personas jurídicas, fideicomisos u otros institutos jurídicos.*

I) *Las asociaciones civiles, fundaciones, partidos políticos, agrupaciones y en general, cualquier organización sin fines de lucro con o sin personería jurídica.*

J) *Los contadores públicos y otras personas físicas o jurídicas, que actúen en calidad de independientes y que participen en la realización de las siguientes operaciones o actividades para sus clientes y en ningún caso por cualquier tipo de asesoramiento que les presten:*

1) *Promesas, cesiones de promesas o compraventas de bienes inmuebles.*

2) *Administración del dinero, valores u otros activos del cliente.*

3) *Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores.*

4) *Organización de aportes para la creación, operación o administración de sociedades.*

5) *Creación, operación o administración de personas jurídicas u otros institutos jurídicos.*

6) *Promesas, cesiones de promesas o compraventa de establecimientos comerciales.*

7) *Actuación por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*

8) *Las actividades descriptas en el literal H) del presente artículo.*

9) *Confeción de informes de revisión limitada de estados contables, en las condiciones que establezca la reglamentación.*

10) *Confeción de informes de auditoría de estados contables.*

Los sujetos obligados mencionados en los literales C), D) y J) del presente artículo, no estarán alcanzados por la obligación de reportar transacciones inusuales o sospechosas ni aún respecto de las operaciones especificadas en dichos numerales si la información que reciben de uno de sus clientes o a través de uno de sus clientes, se obtuvo para verificar el estatus legal de su cliente o en el marco del ejercicio del derecho de defensa en asuntos judiciales, administrativos, arbitrales o de mediación.

La información sobre operaciones inusuales o sospechosas deberá comunicarse a la Unidad de Información y Análisis Financiero del Banco Central del Uruguay. Esta Unidad, en coordinación con la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo reglamentará la forma en que se realizará dicha comunicación.

Facúltase al Poder Ejecutivo a establecer, por vía reglamentaria, los requisitos que deberán cumplir estos sujetos obligados, para el registro de transacciones, el mantenimiento de los respectivos asientos y el desarrollo de la debida diligencia de los clientes o aportantes de fondos. Cuando los sujetos obligados participen en un organismo gremial que por el número de sus integrantes represente significativamente a la profesión u oficio de que se trate, el organismo de control en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo podrá coordinar con dichas entidades la mejor manera de instrumentar el cumplimiento por parte de los agremiados o asociados de sus obligaciones en la materia. Si no existieran dichas entidades, el órgano de control podrá crear comisiones interinstitucionales cuya integración, competencia y funcionamiento serán establecidos por la reglamentación.

El incumplimiento de las obligaciones previstas para los sujetos obligados por el presente artículo determinará la aplicación de sanciones por parte de la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.

Dichas sanciones se aplicarán apreciando la entidad de la infracción y los antecedentes del infractor y consistirán en apercibimiento, observación, multa o suspensión del sujeto obligado cuando corresponda, en forma temporaria, o con previa autorización judicial, en forma definitiva.

Las suspensiones temporarias no podrán superar el límite de tres meses.

El monto de las multas se graduará entre un mínimo de 1.000 UI (mil unidades indexadas) y un máximo de 20.000.000 UI (veinte millones de unidades indexadas) según las circunstancias del caso, la conducta y el volumen de negocios habituales del infractor.

El Poder Ejecutivo establecerá los plazos, la forma y las condiciones en que se deberá dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en este artículo.

La Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo podrá requerir a los sujetos obligados mencionados en este artículo, información pe-

riódica de todo elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, los que estarán obligados a proporcionarla, bajo apercibimiento de que se apliquen las sanciones previstas en el presente artículo.

Una vez indicados quienes son los sujetos no financieros obligados, la Ley 19574 incluye otra serie de obligaciones de relevancia.

Así, a través de su artículo 14 establece la obligación de tener políticas realizar procedimientos de debida diligencia de todos sus clientes.

En línea de lo anterior en su artículo 15, da lineamientos sobre las medidas que deberán tomarse. En este sentido indica que se deberá: (i) Identificar y verificar la identidad de los clientes utilizando datos e información de fuentes independientes y confiables; (ii) Identificar al beneficiario final; (iii) Obtener información sobre el propósito de la relación comercial y la naturaleza de los negocios a desarrollar; y (iv) Realizar un seguimiento continuo y examinar las transacciones para asegurarse que sean consistentes con la obligación disponible.

Todas estas medidas, deben tener relación con el cliente en función del riesgo asignado. Dicho análisis del riesgo deberá constar por escrito, así aquellos clientes que involucren un riesgo reducido de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo se le aplicarán medidas más simplificadas (arts. 17 y 18). Por su parte, aquellos clientes que impliquen un mayor riesgo, se les deberá implementar unas medidas de debida diligencia más intensificada.

La ley incluye como aquellos sujetos a los cuales deberá intensificarse la debida diligencia a los siguientes casos: (i) Clientes no residentes que vengan de países que no cumplan con estándares de prevención de lavado de activos; (ii) Aquellos en que la participación de la actividad no implica la presencia física de los mismos; (iii) Las personas políticamente expuestas; (iv) Personas jurídicas con acciones al portador; y (v) fideicomisos.

En nuestro caso particular, por tratarse de casinos donde está la persona jugando en el casino en ese momento, habrá que reparar en las políticamente expuestas.

La ley define a éstas en su artículo 20 como: *“Se entiende por personas políticamente expuestas a aquellas que desempeñan o han desempeñado en los últimos cinco años funciones públicas de importancia en el país o en el extranjero, tales como: jefes de Estado o de Gobierno, políticos de jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales, o militares de alta jerarquía, representantes y senadores del Poder Legislativo, dirigentes destacados de partidos políticos, directores y altos ejecutivos de empresas estatales y otras entidades públicas.*

También se entiende como personas políticamente expuestas a aquellas personas que desempeñan o han desempeñado en los últimos cinco años una función de jerarquía en un organismo internacional, como ser: miembros de la alta gerencia, directores, subdirectores, miembros de la junta o funciones equivalentes”.

Por su parte, entiendo que las otras medidas aquí incluidas tales como Clientes no residentes que vengan de países que no cumplan con estándares de prevención de lavado de activos y aquellos en que la participación de la actividad no implica la presencia física de los mismos sería más de aplicación para aquellas modalidades de juego online.

Esta Ley continúa indicando otro tipo de obligaciones tales como: (i) conservación de registros, (ii) obligación de reserva; (iii) exención de responsabilidad; e (iv) inmovilización de fondos.

Estas cuatro obligaciones, ya se encontraban consagradas en la Ley 17835 y fueron vueltas a incluir en la Ley 19574.

C.1.B. Decreto reglamentario 379/18

Como consecuencia de la actualización de la normativa en prevención de lavado de activos referida precedentemente, Presidencia de la República a través de la Secretaría Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SENACLAFT) procedió a reglamentar la Ley 19.574.

Pero en este caso, a diferencia de lo ocurrido con el decreto 355/2010, este decreto fue la consecuencia de un trabajo mancomunado entre dicha Secretaría y cada uno de los sujetos obligados.

Así fue que en ocasión de reglamentar el capítulo III, casinos, la SENACLAFT se reunió con los mismos. Por lo que en dichos encuentros de trabajo, participaron delegados de Casinos del Estado, Casino Municipal Parque Hotel, Sofitel de Carrasco y Enjoy Punta del Este.

En dichos encuentros nunca participaron representantes de las máquinas tragamonedas clandestinas.

En este decreto en su artículo 22 establece un umbral mínimo a partir del cual se deberán realizar los procedimientos de debida diligencia. Aquí se mantiene el umbral fijado por el decreto 355/2010 de USD 3.000, pero flexibiliza el criterio utilizado a los efectos de determinar cuándo las operaciones múltiples son consideradas una sola operación.

Posteriormente indica que los sujetos obligados, deberán aplicar una clasificación de los riesgos, entre las categorías de riesgo bajo, medio y alto.

Aquí, todos los habilitados a desarrollar el juego de azar deben practicar lo siguiente:

A) debida diligencia simplificada, para lo cual deberán obtener los siguientes datos: (i) nombre completo; (ii) documento de identidad; (iii) domicilio; y (iv) fecha y lugar de nacimiento.

Adicionalmente, en el marco de esta debida diligencia simplificada debe determinarse si el cliente actúa a nombre propio o de un tercero, verificar las listas del consejo de seguridad de las naciones unidas y solicitar determinada información cuando se interac-

túa con personas jurídicas (no sería el caso de casinos).

B) debida diligencia normal. Aquí se hace una diferenciación si se trata de personas físicas de jurídicas.

(I) Personas físicas: Los sujetos obligados deberán conseguir los siguientes datos: (i) nombre completo; (ii) documento de identidad; (iii) domicilio; (iv) fecha y lugar de nacimiento; (v) Profesión, oficio o actividad.

Adicionalmente, en el marco de esta debida diligencia debe determinarse si el cliente actúa a nombre propio o de un tercero; verificar las listas del consejo de seguridad de las naciones unidas; buscar antecedentes en base de datos; y obtener una declaración a los efectos de determinar si es o no persona políticamente expuesta.

(II) Personas jurídicas: información societaria, datos del representante y certificado de vigencia cuando sean sociedades extranjeras.

C) Debida diligencia intensificada. Cuando los casinos entiendan que esa operación específica con esos determinados clientes implique un mayor riesgo, adicionalmente a lo exigido para la debida diligencia normal, se deberá solicitar lo siguiente:

(i) volumen de ingresos y/o justificación razonable y/o justificación sobre el origen de los fondos manejados en la transacción;

(ii) estado civil de las personas y en caso de ser casados, datos del cónyuge;

(iii) obtener una declaración de regularidad fiscal;

(iv) una información específica para sociedades obligadas a registrarse frente al BCU según lo establecido por la Ley 18.930 y 19.484.

Por último, el decreto reglamentario regula específicamente las situaciones en que un cliente se niega a presentar determinada información así como también (piedra angular para la prevención del lavado) establece los criterios a través del cual un casino puede emitir una transferencia bancaria, un cheque o una certificación de ganancia.

C.1.C. Conclusión

A la luz de toda la normativa analizada, podemos vislumbrar todo un conjunto de obligaciones a las cuales deben cumplir los casinos. Estas obligaciones, ha sido de dificultosa implementación para algunos casinos, en especial del Estado.

Esto se debe a que una carga logística y de recursos enorme para lo cual varios de los casinos no se encontraban preparados. Sin perjuicio de lo anterior, deben cumplir.

Esto habla a las claras de que el Estado a través de la sanción de la Ley 19.574 y su decreto reglamentario enmarcó a los casinos habilitados a cumplir con toda la normativa relacionada a la prevención del lavado de activos.

En ningún momento fueron incluidos los operadores ilegales de tragamonedas en dicha normativa ni en los encuentros de trabajo con la SENACLAFT.

Por lo que los operadores de máquinas ilegales de tragamonedas no solo lo hacen al margen de la ley al operar sin habilitación ni control de ningún tipo, sino que tampoco están aplicando ninguna de la normativa tendiente a prevenir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

De modo que a mi entender, todo el esfuerzo del Estado a través del Poder Legislativo y Ejecutivo respectivamente, es abarcativo del juego legal únicamente. Por lo que esa ventana que se deja abierta, es justamente una que permite que los lavadores puedan obviar toda la reglamentación vigente a través del juego clandestino.

Como si esto no fuera suficiente, entiendo que el principal riesgo no está dado en los “clientes” de las máquinas legales clandestinas. Entiendo que el mayor riesgo de lavado, está dado en los propios operadores de las máquinas clandestinas.

Mientras los casinos que operan dentro del marco de la ley, están obligados a proporcionar la información requerida a las autoridades correspondientes y son minuciosamente auditados, los operadores de máquinas tragamonedas clandestinas lo hacen al margen de todo tipo de control.

Tanto es el control del estado, que en ocasión de la autorización al llamado a Licitación Pública N°01/2019, el Ministerio de Turismo en conjunto con el Ministerio de Economía y Finanzas y el Presidente de la República emitieron la resolución el día 25 de noviembre de 2019 a través del cual también autorizaron el pliego de condiciones administrativas y anexos.

En dicho pliego de condiciones establece como condición necesaria y previa, la resolución de adjudicación por parte de la SENACLAFT. Para tal fin se adjunta un anexo, el cuarto, el cual debe ser presentado en una carpeta por separado con toda la información ahí contenida.⁶

Por lo que independientemente de toda la información requerida y previamente analizada, se entiende como una condición precedente, cumplir con el instructivo preparado por la Senaclaft, el cual requiere lo siguiente:

A) Nombre de la persona jurídica, número de RUT, nombre de fantasía, domicilio, teléfono y correo electrónico.

B) información particular de los socios, directores, gerente general, principales gerentes, administradores y beneficiarios finales.

C) Testimonio notarial del estatuto o contrato social, así como declaratoria inscripta en caso de proceder.

⁶ https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2019/resoluciones/11/mintur_342.pdf

D) Acreditar cadena de accionistas hasta llegar al beneficiario final.

E) Declaración jurada del beneficiario final;

F) Acreditación del origen de fondos a utilizar en el proyecto;

Esto sería a resumidas cuentas.

Y esta postura tiene todo el sentido. El Estado busca que este tipo de emprendimientos no sea utilizado como un mecanismo hábil de inversión y circulación de activos, utilizado para lavar y/o para financiar el terrorismo.

Por lo que visto y considerando que el Estado con acierto ha designado a quienes desarrollan el negocio de los juegos de azar como sujetos obligados y sometidos a un fuerte control, cuesta entender cómo están dejando fuera del control a aquellos que desarrollan el mismo negocio en la clandestinidad, pero que operan a la vista de todos.

Por lo que entiendo, que aquellos que explotan el negocio de las máquinas tragamonedas clandestinas a plena luz del día y a lo largo y ancho del país, disponen de un vehículo hábil con la que pueden utilizar largas sumas de efectivo con amplia disponibilidad horaria los siete días de la semana para proceder al ocultamiento y transformación de dinero proveniente de actividades ilícitas.

Pero no solo pueden lavar dinero proveniente de actividad ilícitas a través de falsas ganancias, sino que con dinero proveniente de actividades ilícitas, están invirtiendo en la explotación de una actividad prohibida por Ley.

C.2. Ingreso de niños y adolescentes a espacios donde se realicen juegos de azar

El INAU en el marco de lo establecido en el artículo 186 del código de la niñez y la adolescencia, Ley 17.823, establece expresamente la prohibición de las personas menores de 18 años a concurrir los casinos.

“Prohíbese la concurrencia de personas menores de dieciocho años a casinos, prostíbulos y similares, whiskerías y clubes nocturnos, independientemente de su denominación.

El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) reglamentará a los efectos pertinentes la concurrencia de adolescentes a locales de baile, espectáculos públicos de cualquier naturaleza, hoteles de alta rotatividad y afines.

Corresponde asimismo al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) regular la asistencia de niños y adolescentes a espectáculos públicos de cualquier naturaleza.”

Este artículo se complementa con el art 188 el cual establece la fiscalización y correspondientes sanciones por parte del INAU, tal como se cita a continuación:

“1) La fiscalización de lo establecido en los artículos 181 a 187 de este Código, será facultad del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay.

2) *Las empresas o los particulares que no cumplan con las obligaciones impuestas en los artículos 181 a 187 de este Código, serán sancionados con una multa de entre 50 UR (cincuenta unidades reajustables) y 200 UR (doscientas unidades reajustables), según los casos. En los casos de reincidencia, podrán hasta duplicarse los referidos montos. Las multas serán aplicadas y recaudadas por el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay.*

El niño o adolescente encontrado en situación de riesgo será conducido y entregado por parte del Juez a los padres, tutor o encargado. El Juez advertirá a éstos personalmente y bajo su más seria responsabilidad de la situación. Si éstos han incumplido alguno de los deberes establecidos en el artículo 16 de este Código, el niño o adolescente será entregado al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU).

El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) podrá solicitar al Juez competente la clausura, por veinticuatro horas a diez días, del establecimiento en infracción."

A tales efectos, en todos los casinos autorizados existe una planilla anual de control, proporcionada por el Departamento de Espectáculos Públicos del INAU la cual debe permanecer en un lugar visible en el local y ser entregada a los inspectores del INAU en ocasión de cada visita de los mismos.

Estos inspectores, en el marco de cada visita que realizan a cada casino, firman y sellan una vez realizado el control.

Por lo que a la luz de lo establecido precedentemente, podemos enmarcar otra gran diferencia entre los casinos y los operadores de máquinas tragamonedas clandestinas. Los últimos, en el marco de su comparecencia frente a la Comisión de Hacienda del Parlamento el día 04 de mayo de 2016, afirmaban que estaban dándole cumplimiento a los requisitos de protección del menor y el adolescente al colocar un cartel en las máquinas indicando que su utilización es para mayores de 18 años.

Cuesta creer la dualidad de criterios que existe entre un operador y otro.

Mientras a los casinos legales y habilitados por ley, les resulta aplicable el código de la Niñez y la Adolescencia y tienen vistas fiscalizadoras constantes, aquellos que operan el margen de la ley entienden que protegen al menor y al adolescente únicamente colocando un cartel con la indicación que dichas máquinas son para mayores de 18 años de edad.

C.3. Controles en el marco de la normativa de humo

En el marco de la Ley 18256 y su decreto reglamentario (284/08), se dispusieron medidas tendientes al control del tabaco a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia de su consumo y exposición al humo del mismo.

En línea de lo anterior, se establece una serie de prohibiciones, en especial la prohibición de fumar en espacios cerrados, así como en espacios abiertos que no estén de conformidad con los requisitos edilicios exigidos por la normativa. En especial lo referente a que sean en espacios abiertos sin techo de ningún tipo.

En línea de lo anterior, todos los casinos tuvieron que adecuarse a la misma de forma inmediata y son objeto de control por parte del Ministerio de Salud Pública de forma constante.

C.4 Conductas problemáticas con el juego y programas de juego responsable

C.4.A. Conductas problemáticas del Juego

Como lo estableció Carlos Delpiazzo⁷, la palabra “casino” proviene del italiano “casa de campo”, se designa en sentido amplio al lugar de reunión y diversión, originariamente en los balnearios.

Por su parte, los autores Emilia Palumberri y Giuseppe Manino⁸, analizaron la evolución de los juegos de azar, e indican que estos comenzaron en el 3000-4000 a. C. Esto fue cuando en la sociedad egipcia se practicaba el juego, como testimonia el hallazgo de imágenes de dados y de jugadores. El término “azar” deriva de la palabra francesa “hasard”, que a su vez deriva del árabe “az-zahr”, un antiguo juego oriental de dados.

Por lo que los juegos de azar claramente tienen una finalidad de recreación y diversión. No obstante, tal como lo estableció José Bermejo Vera, sin un correcto marco legal y sin las debidas protecciones a los usuarios, puede traer aparejado posibles daños o consecuencias no deseadas a éstos.

Lo anterior refiere a aquellas personas que presentan una conducta de juego problemática o incluso adicciones a los juegos de azar (ludopatía).

La Real Academia Española define la ludopatía como un “*adicción patológica a los juegos electrónicos o de azar*”, mientras que por adicción entiende que: “dependencia de sustancias o actividades nocivas para la salud o el equilibrio psíquico” o “afición extrema a algo o alguien”.

Los autores Emilia Palumberri y Giuseppe Manino⁹ indicaron que el concepto de adicción al juego de azar o “gambling” es reconocido oficialmente por el American Psychiatric Association, a partir de la III edición del Manual Estadístico-Diagnóstico del 1980, como una nueva categoría diagnóstica y así fue incorporado por la Organización Mundial para la Salud. Esta última reconoce al juego compulsivo también a partir de 1980 como una enfermedad emocional donde la persona desarrolla de forma crónica y progresiva la incapacidad de resistir el impulso de jugar.

De modo que recalcamos una vez más, la importancia que los juegos de azar, sean desarrollados con los debidos controles y dentro de un marco legal regulado dando mayores garantías a todos los usuarios.

7 Carlos E Delpiazzo DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL Volumen 2. Pag. 519

8 Emilia Palumberri y Giuseppe Manino Ludopatía, un estudio comparativo entre realizado en Italia y España Humanismo y trabajo social, Vol 7, 2008pp 155-196 Universidad de Leon, España

9 Emilia Palumberri y Giuseppe Manino Ludopatía, un estudio comparativo entre realizado en Italia y España Humanismo y trabajo social, Vol 7, 2008pp 155-196 Universidad de Leon, España

C.4.B. Programas de Juego Responsable

Todos los casinos que operan bajo el régimen legal vigente en Uruguay, han ido desarrollando e implementando programas para un juego responsable.

C.4. B.i Programa de un casino privado (Enjoy Punta del Este)

Así, uno de los casinos privados que opera en Punta del Este, desarrollo un programa denominado “Jugados Por Ti”. El mismo surge como consecuencia de su compromiso con el cliente y el entretenimiento responsable.

Por lo que luego de varias participaciones en distintos seminarios internacionales desarrollados en Las Vegas, esta compañía, ENJOY, rescata el modelo *PETER* del *National Council on Problem Gambling*. El nombre de este modelo obedece a las siguientes siglas: (i) *Prevention* (prevención); (ii) *Education* (educación); (iii) *Treatment* (tratamiento); (iv) *Enforcement* (cumplimiento de la normativa vigente); y (v) *Research* (investigación). Éstas, simbolizan los 5 ejes de este modelo para abordar la problemática de la ludopatía.

Así fue que la compañía Enjoy desarrollo el programa Jugados por Ti desde el año 2008 a esta parte. De esta forma, esta iniciativa pionera en el continente impulsa políticas y prácticas responsables para promover el juego responsable y el cuidado de los clientes.

El mismo consiste en otorgarle a familiares y clientes distintos tipos de herramientas, para que puedan desarrollar un juego responsable. Así es que tanto al cliente como a su familia un servicio de orientación telefónica donde se le puede dar al cliente apoyo psicológico, legal o financiero.

Este apoyo puede ser a través del suministro de un servicio de asistencia telefónica el cual es gratuito, confidencial y voluntario.

Aquí tanto el cliente como sus familiares pueden ser asistidos por profesionales expertos en el abordaje de conductas adictivas.

A su vez, aquellos clientes que vean que su juego puede estar siendo problemático, podrán apoyarse en consejeros de juego responsable quienes pueden darle el apoyo necesario así como suministrarle y asistirlo en opciones y alternativas para tratar su juego problemático. Una de estas alternativas es la posibilidad de autoexcluirse a las salas de juego. Ésta si bien es un fuerte apoyo en la recuperación de los clientes con problemas en su forma de jugar, ya que facilita la modificación de los hábitos de juego y refuerza la reposición del autocontrol, por sí sola no logrará que una persona resuelva su relación problemática con el juego. Para esto último existen profesionales especializados.

C.4.B.ii. Programas de Casinos del Estado

Siguiendo la misma línea del este casino privado, Casinos del Estado ha implementado el Programa de Juego Responsable.

Aquí dicha entidad estatal firmó un convenio con la Facultad de Medicina de la Uni-

versidad de la República para la prevención y tratamiento de la Ludopatía.

También incluyeron un 0800 con asistencia telefónica gratuita así como también da asesoramiento en sobre distintos centros de ayuda al juego problemático

C.4.C Conclusión.

Habiendo analizado brevemente los riesgos asociados al juego, por un lado podemos encontrar a los actores autorizados que buscan lograr clientes saludables, tanto en lo individual, brindando una debida asistencia al afectado; como en el ámbito familiar, haciendo una propuesta contemplando el apoyo a los miembros de la familia del jugador problemático con información y asistencia desde un centro específico, serio y científico, posicionándose con responsabilidad para dar respuestas y soluciones.

Cuesta creer como en ese contexto los operadores pueden dar algún tipo da garantías. Máxime, cuando aún sus productos carecen de auditoria de tipo alguno y únicamente encuadran un acuerdo entre el dueño del local y el de la máquina.

D. Máquinas tragamonedas clandestinas.

Siguiendo la línea de lo establecido precedentemente, no puede dejar de notarse la notoria mayor presencia de máquinas ilegales tragamonedas en distintos locales comerciales del país.

D.1. Análisis de la sentencia del TCA N° 381 del 30 de septiembre de 2014

Al respecto, existe un antecedente jurisprudencial al respecto es el de la sentencia del TCA N° 381 del 30 de septiembre de 2014.

Ésta refiere a la anulación de la Orden de Servicio N°328280 emitida por el Servicio Central de Inspección General de la Intendencia de Montevideo del 29 de julio de 2011 a través de la cual se resolvió *“Intimar el retiro de las máquinas tragamonedas con un plazo de 48 horas bajo apercibimiento de sanción en caso de omisión por ART D 2863, Lit B del Volúmen XIII del Digesto Municipal y Resolución 3522/06 del 15/09/2010 del Intendente de Montevideo”*.

Los fundamentos de fondo de la sentencia refieren a:

A) que la explotación de las maquinitas electrónicas objeto de estos obrados constituyen una actividad lícita, que no ha sido monopolizado por el Estado. Se trata de una actividad que se halla dentro del ámbito de la libertad de los particulares (artículos 7, 10, 36, 85 num 17° de la Constitución. Adicionalmente el TCA estableció “ninguna disposición con valor y fuerza de Ley – única que podría hacerlo –ha prohibido esta actividad, ni la ha quitado del ámbito de la libertad, para consagrar un monopolio a favor del Estado.

B) que la intimación se fundó en ART D 2863, Lit B del Volúmen XIII del Digesto Municipal que refiere a los locales destinados a entretenimientos electrónicos. Dicha normativa expresamente prohíbe en esos locales “efectuar apuestas o dar premios de dinero y/o instalar máquinas de azar”.

Como las máquinas tragamonedas que originaron estos obrados estaban en un bar, no le es aplicable la normativa prevista para los locales destinados a entretenimientos electrónicos.

C) *“que los gobiernos Departamentales carecen de potestad para imponer limitaciones a los derechos fundamentales, como lo es la libertad de comercio (art. 36 de la Constitución de la República). La limitación de esos derechos requiere de la existencia del dictado de una ley en sentido formal y material.*

D) *Que por lo expuesto, sostiene que el artículo del Digesto Municipal que se aplicó para fundar la infracción resulta, por un lado inaplicable a la situación de la actora, porque no se halla bajo su supuesto. Y, aun si lo estuviera, carecería de valor y fuerza para limitar el desarrollo de una actividad lícita porque, conforme a la Constitución, solamente una ley nacional puede quitar una actividad del ámbito de la libertad.*

E) *que el acto impugnado también se funda en la resolución de la Intendencia Municipal De Montevideo N°3522/2006, por la que se resuelve “comunicar a los establecimientos comerciales del Departamento que la normativa vigente no permite la instalación de máquinas tragamonedas en comercios u otros establecimientos de acceso público, cuya habilitación municipal fue concedida con otros destinos”. Esta resolución también establece que: “de comprobarse la existencia de las mismas se intimará su retiro y se comunicará tal circunstancia a la Dirección Nacional de Casinos. En caso de incumplimiento de la intimación podrá disponer de la clausura temporaria o definitiva del establecimiento.*

Tal como lo establece Augusto Durán Martínez en su muy completo artículo¹⁰, la sentencia entiende que esa resolución es ilegítima porque sin Ley en sentido orgánico formal, no puede disponerse tal prohibición.

Llama la atención esta conclusión a la cual llega el TCA. A mi entender, el TCA dictó la sentencia sin tomar en consideración una Ley que expresamente regula el tema, Ley 1595. Tampoco lo hizo tomando en consideración ninguna de la normativa posterior ya citada.

Adicionalmente, dentro de su profundo y detallado informe, Augusto Durán Martínez también fundamenta otros aspectos a destacar. Entre ellos, menciona que la actividad de casino es de naturaleza privada, pero monopolizada a favor del Estado. En esta línea, el establece que: *“Es obvio que la actividad de casinos no es inherente al Estado, por lo que no es un cometido esencial del Estado. Tampoco se puede decir que el Estado asuma esa actividad para satisfacer necesidades colectivas impostergables, por lo que no es un servicio público. No reúne características de los servicios sociales y admite ser monopolizada, por lo que no configura un servicio social. No queda, así, otra alternativa, que considerarla una actividad privada a cargo del Estado. Una actividad que el Estado en determinado momento consideró, por razones de interés general, necesario asumir, y hacerlo en régimen de monopolio”.*

Adicionalmente, también estableció que: *“desde otro punto de vista, las actividades pueden ser lícitas o ilícitas. Son ilícitas las prohibidas por la Constitución o la Ley o por otro acto jurídico que cuente con la debida habilitación constitucional o legal.*

10 Estudios de Derecho Administrativo – N°13 – Año 2016. Máquinas tragamonedas, Augusto Duran Martínez.

Cuando la ilicitud reviste de particular gravedad, se le asigna naturaleza penal. Pero no toda ilicitud es penal. Así, fumar en un salón de clase de una universidad configura una conducta ilícita, no penal, ya que no es susceptible de una sanción penal, pero si produce consecuencias jurídicas que pueden llegar a sanciones civiles o administrativas.”

Siguiendo esa línea, concluye: *“la explotación de slots por tratarse de un juego de azar, es en principio ilícita. No es de actividad libre, por lo que no está regida por el derecho de la competencia. Las máquinas tragamonedas solo serán explotadas lícitamente por casinos administrados directamente por el Estado, tanto en forma tradicional como en el mal llamado sistema mixto, o por casinos privados que hayan obtenido la correspondiente concesión o autorización, en el estricto marco de las mismas”.*

D.2. Análisis de la comparecencia de la Asociación Nacional de Juegos del Entretenimiento (ANJE) en la Comisión de Hacienda del Parlamento

Como si del análisis de esta sentencia del TCA más lo expresado dentro de este trabajo no fuera suficiente, también se procederá a desmenuzar la comparecencia de la Asociación Nacional de Juegos del Entretenimiento (ANJE) a la Comisión de Hacienda del Parlamento el día 04 de mayo de 2016, en ocasión de la discusión de un proyecto de Ley que se estaba discutiendo por aquel entonces relativo a un proyecto de Ley tendiente a darle un marco legal al juego.

Este proyecto de Ley fue enviado por el Ministerio de Economía y Finanzas al Parlamento el 20 de marzo de 2014 y tenía como objetivo la reorganización institucional de los juegos de azar, separando las funciones de regulación y control, de la actividad directa de explotación de los mismos.

Básicamente el proyecto de ley tendía a regular dos aspectos: 1) otorgar al Estado un monopolio del desarrollo de la actividad lúdica, permitiendo el otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones a terceros (Art. 1: *Ratificase que el Estado ejerce el monopolio de todo tipo de juego, apuesta, suerte, rifas y similares en los que intervenga el público o se encuentre por su propia naturaleza dirigido o abierto al público apostador”.* A su vez este mismo proyecto establecía: *“En general queda prohibida la gestión, explotación, financiación y práctica de todos los juegos y apuestas que no cuenten con las autorizaciones, permisos, licencias o las concesiones otorgadas por los órganos estatales competentes, así como aquellos que – contando con la autorización, permiso, licencia o concesión sean realizados en forma, lugar o por personas diferentes de las especificadas”.*

En la versión taquigráfica del día 04 de mayo de 2016, la citada asociación manifiesta como argumentos de legalidad de su operativa, los siguientes:

- Realizan los aportes al BPS por los empleados de sus comercios y a DGI por la compra y venta de las máquinas tragamonedas.
- Son empresas pequeñas que deben competir contra grandes capitales, y su negocio consiste básicamente en la importación de un software, para que luego un carpintero local arme una consola.

- Su modelo de negocios consiste en repartir el 50% de la recaudación entre el dueño del local y el dueño de la máquina. No surge de estas declaraciones si tienen algún tipo de auditoría. Lo que sí surge, que en opinión de la ANJE, el apego a lo legal estaría dado por la celebración de un contrato de arrendamiento de la máquina ya que de esa forma se pueden identificar a las partes.
- Entienden que están dando cumplimiento a los requisitos de protección del menor y el adolescente al colocar un cartel en las máquinas indicando que son para mayores de 18 años.
- Establecen que es una actividad no regulada que se enmarca dentro de lo que es la libertad del comercio.
- A su vez dicen que se encuentra enmarcado dentro del derecho del trabajo de los hombres. Por tal motivo ese proyecto de Ley, debería incluir a la actividad de estas máquinas tragamonedas.
- Indican que se tratan de derechos adquiridos por la ANJE, por lo cual no se debería modificar la situación de ésta so pena de responsabilidad del Estado.
- Establecen que la Ley 1595 no está vigente por ser del Siglo XIX.
- Por un tema de inclusión social, la ANJE debe ser considerada como un actor formal más.
- Establecen que dejaría en una franja de vulnerabilidad a los pequeños comercios, que en caso de que no se las legitime, van a tener que trabajar en negro.
- Hablan de la existencia de dos modalidades: una profesional (casinos) y otra semi amateur (ANJE) por no disponer de la misma tecnología. Siendo este, un argumento al entender de la ANJE que les permita ser considerado como un actor legal habilitado a desarrollar juegos de azar.
- Por último, establecen que el proyecto de Ley es inmoral porque se tipifica a las máquinas tragamonedas como ilegales. El ser un delito, estaría afectando moralmente a los explotadores por considerarlos explotadores de una actividad delictiva.

A fin de cuentas, a partir de esta propia declaración de la ANJE queda en evidencia que no tienen licencia de ningún tipo para operar.

Si esto no fuera suficiente, carecen de cualquier tipo de auditoría y control o protección a través de CCTV para los usuarios.

Adicionalmente carecen de cualquier tipo de protocolo o políticas relacionadas con la prevención de lavado de activos o relativas a la protección de menores de 18 años de edad, así como tampoco se enmarcan en ningún programa de juego responsable.

Por lo que podemos afirmar que no solo explotan una actividad prohibida por ley, sino que también lo hacen incumpliendo toda la normativa y mejores prácticas asociadas.

Todo esto sin consecuencias de ningún tipo.

E. Proyecto de actualización de la normativa en Uruguay

Como mencionado precedentemente, durante el año 2014 el Ministerio de Economía y Finanzas envió al Parlamento un proyecto de ley que tenía como objetivo la reorganización institucional de los juegos de azar.

Este ambicioso proyecto, en resumidas cuentas, trataba los siguientes temas:

- i. Ratificación del monopolio de los juegos de azar por parte del Estado;
- ii. Control del juego en todas sus modalidades;
- iii. Creación de un nuevo ente regulador para todos los actores;
- iv. Creación de un ente estatal explotador de los juegos de azar en sustitución de la actual Dirección General de Casinos;
- v. Tipificación de un Delito para quienes exploten o participen en juegos de azar no autorizados.

Entiendo que este proyecto de Ley independientemente de sus defectos y virtudes recogía una necesidad clara necesidad de centralizar y regular los juegos de azar en una única norma.

Este proyecto de ley comenzaba diciendo en su artículo primero: *“ratifíquese que el Estado ejerce el monopolio de todo tipo de juego, apuesta, suerte, rifas y similares en los que intervenga el público o se encuentre por su propia naturaleza dirigido o abierto al apostador”*.

Entiendo que una definición de este tipo es de suma importancia en el marco legal actual. A través de la presente ratificación se crea una norma en la cual impone y reconoce a texto expreso el monopolio a favor del Estado de todas las formas de juego de azar. Por lo que de haberse aprobado este proyecto de Ley se incluiría en una sola norma amplia y abstracta la inclusión de todos los sectores de juego.

Seguidamente el proyecto de Ley incluía lo siguiente: *“En general queda prohibida la gestión, explotación, financiación y práctica de todos los juegos y apuestas que no cuenten con las autorizaciones, permisos, licencias o las concesiones otorgadas por los órganos estatales competentes, así como aquellos que – contando con la autorización o permiso, licencia o concesión sean realizados en forma, lugar o por personas diferentes de las especificadas”*.

Por lo que a través del inciso final del artículo segundo este proyecto de ley buscaba ratificar el sistema prohibitivo.

A su vez, el proyecto de ley establecía un alcance amplísimo de lo que se pretendía regular a través del mismo. Esto lo realizaba a través de la definición de “juegos de azar” consagrada en su artículo tercero y del listado enunciativo que realiza. A su vez en el artículo 5 mencionaba todas las actividades que quedaban incluidas dentro de esa definición, a saber: *“1. Explotación de casinos en su modalidad tradicional así como los juegos*

de mesa y electrónicos que los mismos desarrollen. 2. Explotación de las máquinas tragamonedas, sean instaladas en casinos o locales dirigidos a tal fin. 3. Actividades hípcas cualquiera sea el régimen de sus apuestas. 4. Loterías y quinielas en sus modalidades y juegos derivados, así como juegos deportivos o informáticos, por internet, televisión interactiva, telefonía o, en general, ejecutados a distancia o por medios telemáticos de cualquier tipo o cualquier modalidad existente o a crearse en el futuro”.

Por lo que dos de las grandes incorporaciones que de este artículo 5. Serían aquellos incluidos en los numerales 2 y 5. A través del primero, dejaría entrever la posibilidad de autorizar las máquinas tragamonedas en lugares diferentes a una sala de casino habilitada, siempre y cuando cuenten con la autorización correspondiente.

Por su parte, el numeral 5 de dicho artículo establece que la posibilidad de regular los juegos de azar a través de medios electrónicos o informáticos en cualquier modalidad existente o a crearse en el futuro.

Entiendo que el proyecto de ley tendría que haber seguido la misma línea que para los casinos presenciales, por lo que hubiese sido preferible contemplar también la posibilidad de que este tipo de explotación de los juegos de azar sea realizado por los casinos privados.

Por su parte, la regulación de todas las formas de azar antedicha iba a ser controlada por un nuevo organismo a ser creado. Así es que dicho proyecto de ley a través de su artículo 10 creaba la *Dirección Nacional de Loterías y Quinielas*. Este organismo tenía como principal atribución ejercer en nombre del Estado el contralor de todo tipo de juego apuesta, suerte, rifas y similares en los que intervenga público o se encuentre por su propia naturaleza dirigido o abierto al público apostador.

Este nuevo organismo de contralor tendría no solo la responsabilidad y facultad de ser quien expida todas las autorizaciones, permisos, licencias o concesiones, sino que a su vez sería quien se encargue de *la regulación del juego y las apuestas en todas sus modalidades de los casinos de gestión privada (...)*.

Por otro lado, por oposición al ente regulador referido precedentemente, el proyecto de Ley buscaba crear la Administración Nacional de Casinos y juegos de apuestas del Estado con la finalidad de que sea este servicio descentralizado comercial, el que explote la actividad de casinos y de apuestas. Por lo que se vislumbraría que esta nueva administración de casinos iba a ser creada para sustituir a la actual Dirección General de Casinos.

Por último, un punto destacable de este proyecto de ley, fue la tipificación de un nuevo delito penal. El Proyecto, en su artículo 36, establece que *“el que en lugares públicos o accesibles al público, en contravención a las normas y reglamentos aplicables tuviere, explotare o facilitare juegos de azar, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría. El que en las mismas circunstancias tomare participación en juegos de azar será castigado con multa de 2500 a 25000 Unidades indexadas o prisión equivalente.*

F. Juego online

Originariamente, las regulaciones en torno a los juegos de azar giraban en torno el juego presencial en casinos. Esto se ha vuelto insuficiente con el surgimiento de formatos digitales que permiten a clientes poder jugar de forma remota sin importar las fronteras.

La regulación del juego on line varía mucho de país en país con un espectro que va de aquellos donde el juego esta explícitamente prohibido, ha desarrollado de forma monopólica por el estado, hasta aquellos donde el juego está totalmente abierto a operadores privados.

También existen países donde no han regulado los juegos de azar, por lo que aquí las **interrogantes sobre su explotación o si es prohibido son mayores.**

F.1. Uruguay

Tal como ya ha sido indicado previamente en el presente trabajo, con la aprobación de la Ley de Rendición de Cuentas del año 2017, Ley 19.535, establecieron la ilegalidad de esta modalidad de los juegos de azar.

Por su parte, a través del decreto reglamentario 366/017 encomendó a la Dirección Nacional de loterías y quinielas el relevamiento de los sitios web que realicen este tipo de explotación y su bloqueo.

Esta facultad otorgada a la Dirección Nacional de Loterías y Quinielas ha sido rígidamente adoptada por dicho organismo que ha fiscalizado y procedido al bloqueo de sitios web de forma exhaustiva en los últimos años.

Por último, también como fue analizado precedentemente, el proyecto de ley tendiente a regularizar todos los juegos de azar, también trató este tema buscando regular los juegos de azar a través de medios electrónicos o informáticos en cualquier modalidad existente o a crearse en el futuro. En ese proyecto de ley, no se buscó contemplar que este tipo de explotación sea realizada por los privados.

F.2. Regulación del Juego Online en el extranjero

Para el juego online, el espectro de regulación es muy amplio. En esta línea existen países cuya regulación lo prohíbe expresamente y otros donde esta práctica se encuentra totalmente aceptada y regulada. Por su parte, en una gran cantidad de países donde no se ha legislado en torno al juego online, por lo que su regulación es un tanto ambigua al no poder determinarse con claridad si está prohibido o permitido.

En esta línea, según un informe de Edinson Investment Research¹¹, en Europa se encuentra desarrollado el 54% (cincuenta y cuatro por ciento) del juego online. Adicionalmente, según este mismo informe, al 2018 el juego online involucraba el 15% de todo el juego de azar.

¹¹ Online gaming sector. Diversification and scale for online success. Julio 2019. <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>

Tal como se desarrollará a continuación, el Reino Unido es el país con mayor regulación de Europa. Otros países que también se encuentran regulados son España e Italia.

F.2.A Reino Unido¹²

El Reino Unido es el país más “maduro” en cuanto a regulación, donde su mercado está ampliamente regulado el cual tiene al 2018, los mayores ingresos por juego online ascendiendo a 5.6 billones de libras por año. Estos ingresos se dividen entre apuestas deportivas y juegos de azar on line.

En gran medida, producto de la regulación sumamente permisiva, tuvo un crecimiento enorme en los últimos 5 años. Este crecimiento se ha visto disminuido producto de una mayor regulación que incluyó medidas de responsabilidad social empresarial, mayores restricciones a la publicidad, confirmación de identidad, medidas de prevención de lavado de activos.

Adicionalmente a estas medidas, el juego online ha sufrido una mayor carga tributaria.

A su vez resultado de esta ampliación y mayor rigidez en la normativa y de la mayor complejidad en tecnologías y su correspondiente aumento de costos, ha dado lugar a mayores barreras de entrada para nuevos operadores del mercado online.

F.2.B. Italia¹³

Italia es el segundo país en Europa entorno a regulación del juego online.

Según estudios, si bien este es un país con una buena proyección de penetración y expansión de mercado, la fuerte regulación en los últimos años ha dado lugar a que no se dé la expansión del juego online que se proyectaba.

En términos impositivos, desde enero 2019 se ha incrementado la carga impositiva de 22 a 24 por ciento en apuestas deportivas y de 20 a 25 por ciento en juego online.

F.2.C Alemania¹⁴

Alemania es uno de esos países cuyo régimen legal en torno al juego no está del todo claro, en especial en torno al juego online donde a la fecha se encuentra bajo discusión entre los diferentes estados alemanes si es una actividad permitida o no. Se entiende que está prohibido, con excepción de aquellos proveedores que ya tenían una licencia aprobada, en cuyo caso tienen una autorización provisoria.

A su vez, en este país al no haber una norma expresa que lo prohíba, las compañías utilizan licencias en otros países, como por ejemplo Malta. En Alemania es común que las empresas desarrollen el juego online según la licencia obtenida en Malta. Por lo que

12 <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>

13 <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>

14 <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>

de acuerdo a lo establecido por la normativa de la Unión Europea, estas licencias son permitidas en todos los países como consecuencia de la libertad de movimiento en la Unión Europea.

F.2.D Estados Unidos¹⁵

En el año 2018 se aprobó la PASPA, por sus siglas en inglés (Professional and Amateur Sports Protection Act). Esta fue una ley federal, la cual la Suprema Corte estadounidense determinó que cada estado de dicho país, determine si autoriza y regula la apuesta deportiva.

Al finalizar el año 2018, ocho estados habían regulado las apuestas deportivas, a saber: Nevada, Delaware, New Jersey, Mississippi, West Virginia, New Mexico, Rhode Island y Pennsylvania.

En cuanto al juego online, varios estados han anunciado un cambio en la regulación incluyendo la forma de casino online dentro de la misma. Al 2019, en Nevada y New Jersey, las apuestas online estaban 100% operativas. Adicionalmente, otros varios estados estaban trabajando en su regulación. En cuanto a los casinos online, estos están 100% operativos en New Jersey, Delaware y Nevada (solo poker).

La carga impositiva varía en cada estado, oscilando de 8,5 a 34% dependiendo del estado.

F.2.E España¹⁶

Las primeras licencias online fueron otorgadas en junio de 2012. Los operadores deben tener una licencia general y una licencia específica para cada actividad emitida por la Comisión Nacional de Juego.

En junio de 2015, diez nuevas licencias fueron otorgadas.

Durante el 2018 autoridad del juego en España (DGOJ) ha abierto su tercer llamado oficial a licitación. Aquellos operadores que aplicaron para licencias online, se les han otorgado licencias por un año.

Como consecuencia de la pandemia COVID-19, el gobierno español introdujo una serie de limitaciones mientras durara la cuarentena en cuanto a la publicidad y a la oferta de bonos

F.2.F Colombia

Con fecha 24 de mayo de 2016, se aprobó el reglamento de juego de suerte y azar de la modalidad tipo juegos operados por internet.

Por lo que a través de la misma se regula todos los requisitos necesarios a los efectos de desarrollar los juegos de suerte y azar por internet.

15 <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>

16 <https://www.igamingbusiness.com/analysis/wiggin-european-regulation-roundup-may-2020>

Así, a través de su artículo primero, establece que podrán operar los juegos de suerte y azar por internet las personas jurídicas que suscriban el correspondiente contrato de concesión con el Estado.

Este reglamento tiene la particularidad que el jugador debe estar domiciliado en Colombia. A su vez debe tener una cuenta abierta en una entidad financiera en Colombia.

F.2.G Argentina

Con fecha 20 de febrero de 2020, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, aprueba la convocatoria para el otorgamiento de permisos de agencias de juego en línea.

A resumidas cuentas, establece que podrán ser titulares de Agencias de Juego en Línea personas jurídicas nacionales o extranjeras con dos años de experiencia en el rubro y tener un patrimonio neto demostrable de USD 25.000.000.

Los titulares de los permisos, deberán pagar un canon anual USD 100.000 y constituir una garantía de cumplimiento de USD 2.000.000. Estos permisos que obtengan no serán transferibles.

CAPÍTULO SEGUNDO

¿Cómo está regulada la explotación de los casinos en los distintos países de la región?

I. MARCO REGULATORIO DE CASINOS DE JUEGO EN CHILE¹⁷

En Chile, la industria de los casinos comenzó hace más de 80 años con la autorización para establecer un casino en la ciudad de Viña del Mar. A partir de ese momento, y hasta principios de los años '90, se autorizaron seis (6) licencias adicionales con el formato de concesiones municipales, en diferentes ciudades turísticas, cronológicamente: Arica, Puerto Varas, Coquimbo, Iquique, Pucón y Puerto Natales, conformando así una industria de siete casinos a lo largo de Chile.

Posteriormente, en el año 2005 se promulga la Ley N° 19.995 que establece las bases generales para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego. Así fue que a través de su artículo 3ero, definió como juegos de azar sólo aquellos contenidos en el Catálogo de Juegos de la Superintendencia de Casinos de Juego, como: máquinas de azar, ruleta, juegos de cartas (donde destacan los derivados del póker, blackjack y punto y banca) juegos de dados, como el tradicional craps y, por último, el bingo.

Mediante esta ley, el Estado de Chile impulsó la industria de casinos de juego, ampliándose en 18 nuevas licencias, cada una de ellas con una duración de 15 años, y limitando el número de casinos de juego que pueden funcionar a un máximo de 24 a nivel nacional.

¹⁷ <https://www.enjoy.cl/newsletter/2019/memoria/pdf/cap3.pdf>

En términos de distribución geográfica, la Ley N° 19.995 establece que cada región puede contar con hasta tres casinos, con una restricción de localización geográfica que indica que deben estar a más de 70 km viales unos de otros, independientemente de la región en la que se localicen. La única excepción es en la ciudad de Arica, comuna a la cual no se le aplican dichos criterios.

La ley N° 19.995 establece también la creación de la Superintendencia de Casinos de Juego (SCJ), con el propósito de regular la industria de los casinos generada a partir de la nueva normativa, y con la misión de promover un desarrollo eficiente, responsable y transparente bajo altos estándares de cumplimiento de la normativa. Dicha Superintendencia regula y fiscaliza las operaciones de casinos, con jurisdicción limitada a los centros de juego creados a partir de la Ley N° 19.995.

Los casinos que operan bajo régimen de concesión municipal, están bajo los poderes regulatorios y sancionadores de sus respectivos municipios. Lo anterior, hasta que se autorice el inicio de operación de las nuevas licencias otorgadas por la Superintendencia de Casinos, tras el proceso de licitación que culminó en 2018. Como ente responsable de otorgar, renovar y revocar los permisos de operación de casinos de juego en el país, a la SCJ le corresponde también fiscalizar y accionar ante los tribunales de justicia respecto de la explotación o práctica de juegos de azar desarrollados al margen de la ley por personas o entidades no autorizadas.

En Chile, de conformidad a la Ley N° 19.995 y sus Reglamentos, los principales derechos y deberes de las sociedades operadoras son los siguientes:

- Desarrollar los juegos incorporados oficialmente en el catálogo de juegos.
- Utilizar las máquinas e implementos de juego de azar que se encuentren previamente homologados en el registro que lleva la Superintendencia de Casinos de Juego.
- Funcionar solo en el establecimiento individualizado en el permiso de operación.
- Mantener de manera permanente una reserva de liquidez suficiente para responder a las apuestas que se realicen diariamente en el establecimiento.
- Funcionar todos los días del año, salvo aquellos días de excepción establecidos por ley. En todo caso, ningún casino de juego, cualquiera sea el día o época del año, podrá funcionar menos de seis horas al día.
- Contar con ciertos cargos mínimos dentro de su personal de juego, el cual deberá estar registrado en la nómina que llevará la Superintendencia de Casinos de Juego.
- Ofrecer y explotar aquellos servicios anexos contemplados en el respectivo permiso de operación.

Con fecha 11 de agosto de 2015 se publica la Ley N° 20.856, que modifica la Ley N° 19.995 y que, entre otros aspectos, prorroga el funcionamiento de los casinos municipales hasta el 31 de diciembre de 2017. Adicionalmente, a partir del 1 de enero de 2018, todos los casinos que hasta ese momento son municipales estarán sometidos a la misma regulación que el resto de la industria, entregando un 10% de sus ingresos

al gobierno regional y al menos un 10% a la municipalidad de su respectiva comuna. Cabe destacar, que la Ley N° 20.856 otorga el derecho a las comunas en las que hoy se encuentran los casinos municipales, a ser sede de casinos por 3 períodos consecutivos de 15 años cada uno.

Juego Online

La normativa reguladora de la industria de Casinos (esto es tanto la Ley como sus reglamentos), prohíben que los permisos de operación comprendan juegos de azar en línea.

Esto quiere decir que una Operadora no puede desarrollar juegos on line, pues ello está impedido por Ley, y sólo si hay una modificación legal podría ser autorizada administrativamente para ello.

Por otro lado, el Código Penal Chileno sanciona como delito “ofrecer” juegos de azar sin contar con autorización legal para ello.

Como consecuencia de lo anterior, si la Operadora “ofrece”, “propone”, “invita”, “publicita”, etc. juegos de azar vía Internet, sin autorización legal, las personas naturales que se determinen como responsables de ello (gerentes, representantes) podrían ser sancionados penalmente.

II. MARCO REGULATORIO DEL JUEGO EN ARGENTINA

En lo que respecta a la regulación del juego, conforme lo establece la Constitución Nacional Argentina, hay que reparar respecto a la división de competencias entre la Nación y las Provincias. En ese sentido, y de acuerdo con art. 121¹⁸ de la Constitución Nacional, las provincias conservan todo el poder no delegado por éstas –a través de la Constitución- al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

De modo que, en Argentina, la regulación de los juegos de azar es una facultad reservada a cada provincia, por lo tanto, cada jurisdicción establece sus propias reglas y regulaciones que se aplican a todos los titulares de licencias.

Así es o que la industria de juegos de azar en Argentina, regulada a nivel provincial, se compone de loterías, salas de juego y carreras de caballos.

Por ejemplo, en la provincia de Mendoza, el otorgamiento de las concesiones para la explotación de juegos de azar se encuentra regulado por la Ley provincial N° 5.775 del año 1991, y su Decreto reglamentario N° 2235/1992, y es el Instituto Provincial de Juegos y Casinos (IPJyC) el ente responsable de regular las actividades de juego. De modo que, en la actualidad, en Mendoza conviven dos modelos de explotación de casinos. El primero se refiere a aquellos cuya explotación está a cargo del Instituto Provincial de Juegos y Casinos, quien entrega a un tercero la provisión de máquinas y servicios, mediante licitación pública. Así, bajo este sistema funcionan cinco salas de juego: el Casino de

18 Artículo 121 CN: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”

Mendoza sede central y 4 anexos. El segundo régimen contemplado en la Ley provincial N° 5.775 es de explotación privada, que permite la instalación y funcionamiento de salas de juegos en hoteles de categoría “cinco estrellas Internacional”, que resulten de nuevos emprendimientos y se encuentren ubicados dentro del tejido urbano de las ciudades de Mendoza, Godoy Cruz, Las Heras y Guaymallén.

De acuerdo con esta ley provincial de Mendoza, sólo puede destinarse a las salas de juego el 4% de la superficie cubierta total del establecimiento. Bajo este sistema funcionan de manera permanente siete casinos. Las licencias concedidas a los privados para operar, se extienden de manera vitalicia, con excepción de un casino en particular, que tiene licencia con vigencia hasta el año 2033. En materia de impuestos, desde 2017 la ley de impuesto a las ganancias y la alícuota de ese impuesto (que es nacional) pasaron de 35% a 41,5%; y se creó un impuesto específico a las apuestas de máquinas de azar.

En la provincia de Mendoza, el juego clandestino es considerado un delito grave e imputable con una condena que va de 3 a 6 años de prisión. El delito incorporado a la legislación penal se convierte en útil herramienta en la lucha contra el juego clandestino, respetando que el monopolio para la determinación del alcance y ámbito del juego es de la Provincia.

Juego online

En lo referente al juego online en Argentina, sigue la misma línea que el juego presencial. De modo que es una facultad reservada a cada provincia, por lo tanto, cada jurisdicción establece sus propias reglas y regulaciones que se aplican.

En línea de lo anterior, tal como mencionado bajo el capítulo de online más arriba, en la ciudad de Buenos Aires, tal como fuera analizado en con fecha 20 de febrero de 2020, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, aprueba la convocatoria para el otorgamiento de permisos de agencias de juego en línea siempre y cuando cumplan determinados requisitos.

En cuanto a antecedentes jurisprudenciales es importante mencionar el antecedente de Bwin Argentina S.A., que se tramitó ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁹. La empresa Bwin Argentina S.A. empresa constituida en Argentina, consiguió la autorización para operar en el segmento de juegos de apuesta solamente en la provincia de Misiones. Sin embargo, por las características de la plataforma utilizada por Bwin para proveer el servicio de apuestas (la página web: www.Bwin.com.ar), cualquier persona dentro del territorio argentino podía acceder a dicho sitio y realizar apuestas. Con posterioridad y previo el inicio de un procedimiento contravencional, pudo determinarse que usuarios situados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habían accedido a la plataforma y habían realizado apuestas online a través de Bwin. A raíz de esto, se determinó que la firma había infringido el Código de Contravenciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por cuanto apostadores de dicha localidad tenían acceso a la página web y por ende podían utilizar el producto. El problema residía en que Bwin no poseía autorización para funcionar en la Ciudad

¹⁹ “W, Armando Andrés y Bwin Argentina SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 08/04/2009.

de Buenos Aires, y por lo tanto el hecho de que un apostador situado en dicha ciudad realizara una apuesta, constituía una infracción.

Ahora bien, es preciso destacar que en el caso contra Bwin, se trataba de una sociedad argentina y que funcionaba con el dominio “.com.ar”, por ello fue posible realizar la clausura preventiva de la página web, restringiendo su ámbito de aplicación con respecto a los límites de la Ciudad de Buenos Aires.

III. MARCO REGULATORIO EN BRASIL

En Brasil, a diferencia de lo que ocurre en Uruguay, Argentina y Chile, el juego está prohibido.

Esto surge del artículo 50 de la Ley de Contravenciones penales el cual establece que:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: (Vide Decreto-Lei nº 4.866, de 23.10.1942) (Vide Decreto-Lei 9.215, de 30.4.1946)

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorren a pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 2º Incorre a pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador. (Redação dada pela Lei nº 13.155, de 2015)

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou de pendência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

De modo que, a diferencia de Uruguay, Argentina y Chile, donde los juegos de azar es una actividad reservada al Estado. En Brasil se encuentra prohibido.

Esto ha sido así históricamente. Adicionalmente los juegos de azar, a través de cualquier plataforma, estaban prohibidos y constituyen formalmente un delito. (Incluida la plataforma online)

La prohibición anterior abarcaba “establecer” juegos de azar, lo que significa proporcionar el acceso a tales juegos; y “explotar” dichos juegos de azar, lo que significaba obtener beneficios de parte de terceros.

Las sanciones iban desde prisión de 3 meses a 1 año, hasta multa. La multa también es imponible a los jugadores brasileños.

Sin perjuicio de lo anterior, el pasado 12 de diciembre de 2018, se promulgó la ley 13756 a través de la cual se aprueba las apuestas deportivas en Brasil. Esto puede ser interpretado como un primer paso en Brasil hacia la legalización del juego.

A través de esta ley, se permite la realización de apuestas relativas a eventos reales vinculados al deporte, donde se encuentra definido el momento de efectivización de la apuesta, cuando el apostador puede ganar en caso de acierto del pronóstico. Estas apuestas son denominadas apuestas de cuota fija.

Adicionalmente se estableció, esta modalidad de apuesta puede ser comercializada a través de cualquier canal de distribución comercial físico, como también en medios virtuales como las apuestas online.

El Ministerio de Hacienda (*Ministerio da Fazenda*), es el responsable de otorgar las autorizaciones y concesiones de loterías y apuestas de cuota fija, y será la encargada de reglamentar la actividad en un plazo de dos años, prorrogables por igual período desde la publicación de la Ley.

A la fecha únicamente existen sitios de apuestas deportivas extranjeras en Brasil

Esta nueva ley también permite a su vez los patrocinios deportivos.

Por su parte, al día de hoy existen más de 10 proyectos de Ley tendientes a permitir regular el juego en Brasil viéndose estancados cada uno de ellos por diferentes motivos.

CAPÍTULO FINAL: CONCLUSIÓN

¿El sistema actual es el mejor para desarrollar la explotación de los casinos en Uruguay?

Luego de analizado el sistema por el cual se ha explotado el casino por parte del Estado en el Uruguay desde el siglo XIX. Un sistema prohibitivo pero que fue vanguardista para su época permitiéndole desarrollar los juegos de azar de una manera segura y beneficiándose directamente por mayores ingresos e indirectamente a partir de una mayor oferta turística.

Por lo tanto, y a las pruebas de más de un siglo de explotación de los juegos de azar ya sea por el Estado como a través de privados autorizados por este, me llevan a afirmar que el sistema adoptado por Uruguay ha sido un sistema eficaz. Máxime en comparación con el desarrollo del juego en países vecinos.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como fue señalado, entiendo que es momento de actualizar el marco normativo a los efectos de dar respuesta a los temas que han ido surgiendo en el correr de los años, y en especial a temas de actualidad tales como la proliferación de máquinas tragamonedas clandestinas y el juego on-line.

En línea de lo anterior, entiendo que se dejó pasar una muy buena oportunidad de aprobar un proyecto de ley integral que contemple buena parte de los principales temas del rubro. El anterior proyecto, aunque mejorable en varios aspectos, pretendía en primer lugar ratificar el monopolio del Estado sobre los juegos de azar y apuestas, enmarcando dentro de estos a los casinos, las actividades hípcas, loterías y quinielas y el juego online.

A su vez, buscaba a través del proyecto construir un marco integral distinguiendo las funciones de regulación y control, de aquellas de explotación directa por parte del Estado. Entiendo que esto es uno de los pilares fuertes de dicho proyecto, dado que en la actualidad muchas veces estos roles tienden a confundirse.

De esta forma, se procedería crear un órgano de contralor capaz de regular y fiscalizar todo lo relativo a las prohibiciones o autorización de explotación de juegos de azar, así como sancionar administrativa y penalmente a los infractores.

Entiendo que ese es el camino que se debiera seguir, teniendo un órgano responsable no solo de controlar y fiscalizar, sino autorizado en base a requisitos previamente acordados a aquellos que pretendan desempeñar el negocio de tragamonedas. Así se podría autorizar el juego en condiciones acordadas y controlar aquellos que lo hagan al margen del mismo. De esta forma se regularizaría por un lado y erradicaría el funcionamiento de organizaciones al margen de la legalidad, la evasión fiscal, la normativa de protección a menores y el lavado de activos.

Por último, este proyecto buscaba garantizar la transparencia de la explotación de los juegos de azar y sorteos eventualmente asociados a ellos. De forma así de proteger al consumidor, asegurando la ausencia de prácticas dolosas para el público apostador.

Todo lo anterior redundaría en un mejor servicio para los consumidores y mayores garantías para los explotadores de los juegos de azar.

De modo que a las claras queda expuesto la necesidad de unificar toda la normativa reinante en un único marco normativo integral. Entiendo que este marco normativo, debiera recoger los principales aspectos mencionados en el proyecto de ley anterior, regulando a su vez la naturaleza de las obligaciones que emanan del juego de azar autorizando aclarando expresamente que se tratan de obligaciones civiles.

Por último, manteniendo el carácter prohibitivo del mismo, debería ahondar en las posibilidades de ampliar su espectro a las nuevas realidades del rubro. Para tal fin debiera hacer inclusivo un capítulo serio de como regularizar el juego on-line dándole la posibilidad (al igual que como ocurre con los casinos) que puedan ser explotados por los privados en base a las mejores prácticas en el mundo.

APÉNDICES

A. APÉNDICE NORMATIVO

- Constitución de la República
- Ley 1595 de 16 de diciembre de 1882 que establece el sistema prohibitivo para desarrollar los juegos de azar en el Uruguay.
- Ley 5352 del 20 de noviembre 1915 facultó al Poder Ejecutivo a autorizar a la IMM la organización de juegos de azar y concesiones en zonas balnearias.
- Ley 10.709 de 1946 autoriza a la Intendencia Municipal de Montevideo (IMM) a desarrollar la actividad de casinos en hoteles propiedad de ésta.
- Ley 13.921 del 04 de diciembre de 1970 el cual faculta al Poder Ejecutivo para explotar directamente juegos de azar en hasta nueve Casinos instalados o a instalarse
- Código civil
- Leyes N° 14.178 de 28 de marzo de 1974 y N° 16.906 de 7 de enero de 1998 y decretos reglamentarios.
- Ley 17.250 del 17 de agosto del 2000. Ley de defensa del consumidor
- Ley 17.296 de 23 de febrero de 2001 relativo a determinadas facultades de la Dirección General de Casinos
- 17.555 de 19 de setiembre de 2002. Ley de reactivación económica
- Ley 17.823 (Código de la niñez y la adolescencia) del 14 de setiembre de 2004
- Ley 18.231 del 9 de enero de 2008 (sofitel)
- Ley 18.256 10 de marzo de 2008. Ley de medio ambiente libre de humo de tabaco
- Ley 18719 de 05 de enero de 2011 promueve la actividad hípica a nivel nacional y la supervisión del juego de apuestas mutuas en todas sus modalidades.

- Ley 19535 de 03 de octubre de 2017. Ley de rendición de cuentas
- Ley 19574 (modificativa de la 17.835) del 10 de enero 2018. Ley integral contra el lavado de activos
- Decreto Ley 14189 del 30 de abril de 1974. Ley de rendición de cuentas ejercicios 1971 y 1972
- Decreto ley 14335 de 1975. Ley de turismo
- Ley 15.206 19 de noviembre de 1981
- Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (T.O.C.A.F.), aprobado por el Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012
- Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991.
- Decreto 588/1975 de 24 de julio de 1975.
- Decreto 366/017 de fecha 21 de diciembre de 2017
- Decreto 63/97 (complementado por el 488/08 y el 302/2009) del 04 de marzo de 1997
- Decreto 269/93 el 14 de junio de 1993
- Decreto 379/2018 del 12 de noviembre 2018
- Decreto 284/08 09 de junio de 2008
- Digesto Municipal N°9 de la Intendencia Municipal de Montevideo

NORMATIVA EXTRANJERA

- Ley 19995 y 20.856 (Chile).
- Ley 5775 (Provincial de Mendoza, Argentina)
- Resolución de directorio del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
- Ley de contravenciones, Brasil.
- Acuerdo número 04 del 24 de mayo de 2016 (Colombia)
- Professional and Amateur Sports Protection Act (Estados Unidos)

B. BIBLIOGRAFÍA PROPUESTA

- Delpiazzo, Carlos E. Derecho Administrativo Especial V.2. 3ª.ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2017
- Durán Martínez, Augusto. Instalación de un casino en Portezuelo pp.183-186. En: Durán Martínez, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo.V.1*. Montevideo: IN-GRANUSI, 1999, 202 p
- Durán Martínez, Augusto. Máquinas tragamonedas: régimen jurídico. En: *Estudios de Derecho Administrativo* No. 13 (2016), pp. 851-879. Comentario a la sentencia 381 del 30 de setiembre de 2014 del Tribunal de lo Contén

- Durán Martínez, Augusto. Un caso de explotación de casinos en el llamado régimen mixto pp.81-90. En: Durán Martínez, Augusto. *Casos de derecho administrativo*. V.6. Montevideo: A. Durán, 2010, 410p
- Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil uruguayo, T.1. 3ª.ed. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1981
- López Fernández, Sestella; Alvarez Rego, Marcos. Banca colectiva de quinielas: un caso de responsabilidad. En: *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Tomo 7, Número 42 (abr.-mayo 1991), p.518-525
- Peirano Facio, Jorge. Curso de contratos T.5. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho, 1963
- Silva Forné, Diego. Juegos de azar, tutela penal de la propiedad y delito de juego de la mosqueta. En: *Revista de Derecho Penal*, Número 12 (jul.2001), pp.87-102
- Venturini Camejo, Beatriz; Feuer, Sofía. Contratos aleatorios: juego y apuesta pp.499-509. En: Venturini Camejo, Beatriz, coord. Manual de contratos T.2. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, 2014
- Ludopatía, un estudio comparativo entre realizado en Italia y España. Humanismo y trabajo social, Vol 7, 2008pp 155-196 Universidad de Leon, España. <https://www.redalyc.org/pdf/678/67811462007.pdf>
- Online gaming sector. Diversification and scale for online success. Julio 2019. <https://www.edisongroup.com/wp-content/uploads/2019/07/GamingSectorReport2019.pdf>
- <https://www.igamingbusiness.com/analysis/wiggin-european-regulation-roundup-may-2020>



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

CAMETO ACOSTA NELL, Ciro;

CÁNEPA SALABERRY, Martín;

LEAMAN DOMÍNGUEZ, Alec John

Sociedad de hecho:

¿emprender o fracasar?

COLLAZO OLANO, Delfina;

La efectividad y materialidad del derecho a la educación
a la luz del caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador

SOCIEDAD DE HECHO: ¿EMPRENDER O FRACASAR?

DE FACTO CORPORATION: TO UNDERTAKE OR TO FAIL?

SOCIEDADE DE FATO: EMPREENDER OU FRACASSAR?

CIRO CAMETO ACOSTA NELL¹, MARTÍN CÁNEPA SALABERRY² Y
ALEC JOHN LEAMAN DOMÍNGUEZ³

RECIBIDO: 7/11/2020
ACEPTADO: 13/11/2020

RESUMEN: La sociedad comercial de hecho es uno de los tipos sociales más utilizado por los emprendedores a la hora de realizar negocios. En el siguiente trabajo el lector se encontrará con un análisis exhaustivo del régimen legal aplicable a este tipo social y de las dificultades que presenta su constitución, funcionamiento y disolución, tanto desde una perspectiva doctrinaria como jurisprudencial, lo que permitirá determinar si emprender bajo esta forma garantiza el éxito o el fracaso del negocio.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de Hecho; Sociedad comercial de hecho; Sociedades Comerciales; Constitución de sociedad de hecho; Funcionamiento de sociedad de hecho; Disolución de sociedad de hecho.

ABSTRACT: De facto company is one of the types most adopted by entrepreneurs when doing business. Through the following pages, the reader will access to a exhaustive analysis of the legal regulation applicable to this company type and the difficulties that its constitution, operation and dissolution arise, from the perspective of doctrine and judgments, which will allow to determine if undertaking under this company type guarantees the success or failure of the business.

KEY WORDS: *De facto* company; *De facto* commercial company, Companies, *De facto* company constitution, *De facto* company operation, *De facto* company dissolution.

RESUMO: A sociedade comercial de fato é um dos tipos mais utilizados pelos empreendedores na hora de realizar negócios. No presente trabalho, o leitor encontrará uma análise exaustiva do regime jurídico aplicável a esse tipo de sociedade e das dificuldades

1 Procurador por Universidad de Montevideo. Estudiante de abogacía, Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6784-795X>. cacameto@correo.um.edu.uy

2 Procurador por Universidad de Montevideo. Estudiante de abogacía y notariado, Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3930-2562>. mcanepa@correo.um.edu.uy

3 Procurador por Universidad de Montevideo. Estudiante de Abogacía, Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8356-245X>. aleaman@correo.um.edu.uy

que apresenta a sua constituição, funcionamento e dissolução, tanto de uma perspectiva doutrinária como jurisprudencial, o que permitirá determinar se empreender sob esta forma garante o sucesso ou o fracasso do negócio.

PALAVRAS – CHAVE: Sociedade de Fato, Sociedade Comercial de Fato, Sociedades comerciais; Constituição de sociedade de Fato; Funcionamento da sociedade de fato; Dissolução da sociedade de fato.

I. Regulación

Dentro del esquema societario uruguayo nos encontramos con un abanico de tipos sociales o **vehículos** jurídicos a disposición del interesado para decidir emprender.

En la Ley N°16.060 (en adelante, “LSC”) podemos encontrar sociedades personales, así como sociedades de capital. El criterio de distinción entre ambas radica en la posibilidad de transferir libremente la participación social⁴. Entre las primeras encontramos la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad colectiva, mientras que en el segundo grupo podemos hallar las sociedades anónimas.

Otro tipo social muy difundido es la sociedad comercial de hecho, a la que la LSC también dedica artículos (36 a 43) para su regulación. A continuación analizaremos qué es una sociedad de hecho, sus ventajas y desventajas.

II. Definición de la sociedad de hecho

En la LSC la regulación de la sociedad de hecho se encuentra asimilada a la regulación correspondiente a la sociedad irregular. No contiene una definición de qué es una sociedad de hecho, sin perjuicio de que contiene algunos elementos que permiten su caracterización.

Para definir a la sociedad de hecho podemos dividir su denominación en dos partes. En primer lugar, se trata de un sociedad, y como tal debe cumplir con todos los requisitos previstos en el art. 1 de la LSC.

Para que exista sociedad, y también sociedad de hecho, es necesario que *dos o más personas, físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca* (art. 1 de la LSC).

Este es el primer elemento a tener en cuenta por cuanto será el primer aspecto que debemos analizar para dilucidar si estamos frente a una sociedad de hecho, esto es, si encontramos los clásicos elementos que hacen a la sociedad. Si no hallamos los elementos de la sociedad, debemos buscar otra institución jurídica que permite regular la situación.

En este sentido se ha pronunciado el TAC 2° en sentencia n°172/016⁵. En el caso se trataba de la explotación de un establecimiento comercial heredado del Sr. Buckstein, “Suc. Enrique Buckstein”, de la que se habían hecho cargo sus dos hijos varones. La explotación se realizaba en un inmueble, que pertenecía también a la hermana de estos,

4 Lapique, Luis, *Sociedades por acciones simplificadas*, 1ª edición, Montevideo, FCU, 2020, pág. 31.

5 Sentencia 172/016 del TAC 2°, de 30/11/2016, França (R), Sosa Aguirre y Pérez Brigniani.

Silvina Buckstein, que figuraba en los organismos fiscales y ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS). Los hermanos iniciaron en contra de ella una acción declarativa de la calidad de socio de la sociedad de hecho. El Tribunal entendió que, en primer lugar, debía determinar si existía sociedad: *“Lo que la parte actora debía probar para poder considerar a Silvina Buckstein como socia era si realizó algunos de los actos descritos en la norma mencionada (Art. 1 de la LSC). Esto es si se obligó junto con otras personas a realizar aportes para aplicarlos a los fines de realizar una actividad comercial y por tanto no debe confundirse el hecho de ser cotitular o condómino del establecimiento comercial heredado con ser socio de la sociedad que lo explota”*⁶.

El mismo Tribunal en sentencia n° 0005-000131/2015⁷, en ocasión de resolver la existencia de una sociedad de hecho comercial entre ex concubinos, calificó que *“debe acreditarse que se han realizado aportes, por ser este un requisito esencial de la sociedad, debiendo quedar acreditado que el trabajo personal o los bienes se han allegado al giro económico, destinado a producir utilidades, a título de aporte societario y no a otro título. Tiene que demostrarse que ambos han hecho aportes, en bienes o trabajos con el fin de realizar una gestión económica común para obtener y repartir utilidades. Cabe señalar que para el caso de aportes en trabajo la naturaleza, y el modo y continuidad con que se las prestó deben ser las que corresponde a un socio según el orden normal de los sucesos; si es así se podrá extraer la conclusión de que la sociedad existió”*.

En sentencia n°167/018 el TAC 2° manifestó que *“para que haya sociedad comercial deben verificarse los requerimientos establecidos en el art. 1 de la Ley No. 16.060, exigencias que se derivan del Derecho francés, también recogidas por el argentino. Ellas son: 1) la puesta en común de las contribuciones, sujetas a la evaluación financiera, realizada por cada uno de los contratistas; 2) la participación de todos los contribuyentes en los beneficios, y su contribución correlativa a las pérdidas que pueden resultar de la empresa y 3) La “affectio societatis”, o sea, la colaboración voluntaria en vista a un objetivo común consistente en la realización de un beneficio para repartir”*⁸.

No toda sociedad que cumpla con los requisitos del art. 1 de la LSC será una sociedad de hecho. Por el contrario, lo típico de este tipo social lo encontramos en la segunda parte de su denominación, en cuanto es “de hecho”.

Siguiendo a Miller, la sociedad de hecho se caracteriza por no estar instrumentada por escrito, y por tanto, tampoco puede cumplir con los requisitos formales para su tipo social, sin perjuicio de que se convino entre los socios⁹.

En este sentido en sentencia n°23/015 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17° se definió a la sociedad de hecho *“como las sociedades cuya constitución no se ha documentado por escrito ni han cumplido con los requisitos legales externos exigidos para la constitución de las sociedades comerciales”*¹⁰.

Además de la falta de instrumentación, la LSC establece cuáles son sus efectos, formas de regularización y el régimen de responsabilidad, según comentaremos.

Entonces, del análisis de los dos elementos antes mencionados podemos definir a la sociedad de hecho como aquella persona jurídica formada mediante un contrato social

6 Sentencia 172/016 del TAC 2°.

7 Sentencia 131/2015, 7/10/2015, Pérez Brignani (R), Sosa Aguirre y França Nebot.

8 Sentencia 167/018 de TAC 2°, 10/10/2018, Pérez Brignani (R), Sosa Aguirre y França.

9 Miller, Alejandro. “Actividad empresarial mercantil y Sociedad de Hecho” en LJU Tomo 149, D-67.

10 Sentencia 23/015 de JL Civil 17°, 22/6/2015, Hernández.

que no se encuentre documentado en escritura pública o documento privado, por intermedio del cual las partes se obligan a realizar aportes para el desarrollo de una actividad comercial organizada, participando en las ganancias y soportando las pérdidas.

En este sentido se han manifestado otros autores. PIANTONI define a la sociedad de hecho como aquella cuyo contrato social tiene los mismos caracteres de todo contrato de sociedad, pero puede celebrarse verbalmente.¹¹ No compartimos la definición dada por este autor, dado que cuando referimos a la sociedad de hecho, el contrato social debe estar necesariamente acordado en forma verbal.

Otra definición ha sido dada por Carvalho de Mendonça, quien entiende que la sociedad de hecho es aquella que, estando viciada de nulidad, continúa actuando como si fuera una sociedad válida¹². No compartimos que la sociedad de hecho sea nula, sino que como explicaremos, se trata de una situación de precariedad jurídica, donde la regulación jurídica en lo que refiere a la relación de la sociedad con terceros es muy gravosa para sus socios, quienes probablemente, sin conocimiento alguno, hayan adoptado este tipo social.

III. Análisis de la definición dada

La personería jurídica de la sociedad de hecho

Entrando a un análisis de esta definición dada en primer lugar hay que prestar atención al vocablo persona jurídica. La sociedad comercial de hecho en Uruguay es persona jurídica, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones.

Si bien la ley no establece a texto expreso la existencia de personalidad jurídica, esta puede ser fácilmente inferida. En primer lugar, el artículo 2 de la LSC establece a texto expreso un principio general que podría ser aplicable a todas las sociedades comerciales: *“La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley.”*

Este artículo no condiciona la personería jurídica de la sociedad comercial a la celebración de un contrato social por escrito, sino a la mera existencia de un contrato social, por lo que entendemos que la sociedad de hecho tiene personería jurídica al amparo de la LSC.

Asimismo, entendemos que en aquellos casos en los que el legislador no quiso otorgar la personalidad jurídica lo dispuso a texto expreso, como lo hizo en el artículo 483 de la LSC en materia de sociedades accidentales.

Con más precisión la propia regulación específica de sociedades de hecho nos da a entender la existencia de la personería jurídica. Así lo prevé el inciso 2º del artículo 37 de la LSC que establece que la sociedad podrá ejercer contra terceros los derechos emergentes de la actividad social realizada. En tanto puede ejercer derechos, ello implica que existe jurídicamente como una entidad separable de sus socios.

No hay discordancias en la doctrina nacional relativas a la existencia de la personería jurídica en la sociedad de hecho comercial.

11 PIANTONI, Mario, *Sociedades de Hecho e Irregularmente Constituidas Cíviles y Comerciales*, Editora Córdoba, 1981, p.33.

12 MEZZERA, Rodolfo, *Curso de Derecho Comercial Tomo II*, ACALI, 1983, p.86.

Como consecuencia de la existencia de personería jurídica de la sociedad de hecho, podemos afirmar que:

a) tienen un nombre o razón social o ambas denominaciones lo que permite su distinción de las otras sociedades mercantiles. Respecto al nombre puede combinarse los nombres de los socios con el aditivo “sociedad de hecho” o funcionar con una denominación de fantasía con el mismo aditivo.

b) tiene un domicilio y sede como cualquier otra sociedad comercial, distinto al de sus socios. Sin perjuicio de ello, dado que la LSC tiene como objeto proteger al tercero frente a la sociedad de hecho, entendemos que puede ser emplazada válidamente en cualquier lugar donde haya operado, así como en el domicilio de sus socios, dado que cuando se emplaza a estos, se está emplazando a la sociedad por la representación legal que corresponde a estos (art. 39 de la LSC).

Entendemos que no se puede actuar con severidad a la hora de analizar cuál es el domicilio societario de este tipo de sociedades dado que difícilmente los socios, al constituir esta sociedad, hayan determinado un domicilio en donde se llevaría su administración.

Esta situación se agrava cuando la sociedad de hecho no funciona en un determinado establecimiento, y existe cierto anonimato de sus socios, por ejemplo, cuando interviene a través de redes sociales. Difícilmente los terceros puedan conocer quiénes se encuentran detrás de la sociedad. Una alternativa sería lograr el acceso a los registros que llevan los organismos fiscales (DGI, BPS), ante los cuales se registran las sociedades de hecho, y asumir que quienes se encuentran inscriptos son sus socios. En caso de que no exista registro alguno ante organismos fiscales, la sociedad de hecho se encuentra en situación de ventaja dado que el éxito de determinar ubicación y socios de la sociedad de hecho dependerá de la actividad probatoria realizada judicialmente, por ejemplo, mediante peritos informáticos, lo que puede implicar costos injustificados para los interés económicos en juego.

c) tiene “capacidad” para obligarse. La intervención de las sociedades de hecho es algo perceptible en el comercio, de hecho, la posibilidad de inscribirse en la Dirección General Impositiva y en el Banco de Previsión Social son claros indicios de que su rol no es irrelevante, al menos para el Estado.

También es posible encontrar publicados en la web diversos instructivos de instituciones de intermediación financiera con formularios para que sociedades de hecho puedan abrir cuentas corrientes en dichas entidades.

Distintas sentencias reconocen que las sociedades de hecho pueden contratar, y lo puede hacer un socio en representación de la sociedad, tal como comentaremos al mencionar la relación con terceros.

Así, en sentencia n° SEF-0009-000005/2015 del T.A.C. 4° se sostuvo: *“Debe de verse, que ha sido admitido por la apelante en la contestación que COMECA “contrató con la sociedad de hecho integrada por Wilmar García Morales y Jorge Marenales Zeballos y que dicha sociedad se hizo cargo de la conducción de los móviles de traslados especializados y comunes, así como el mantenimiento de la flota de automotores utilizada por el Grupo Médico que presta la asistencia de emergencia (SEMIC) de COMECA”*¹³.

13 Sentencia SEF-0009-000005/2015de TAC 4°, 2/2/2015, Maggi (R), Turell y Gatti.

También lo ha reconocido el T.A.C. 6° en sentencia n° SEF-0006-000066/2015 en donde la URSEC promovió demanda de rescisión de contrato que había celebrado con “Breijo Sociedad de Hecho”¹⁴.

d) tiene la calidad de comerciante, y como tal, todos los derechos y obligaciones derivados de tal estado; por ejemplo, la lleva de libros de comercio;

e) tiene un patrimonio propio constituido por los aportes realizados por los socios y los bienes adquiridos por la sociedad durante la vida de esta; en el caso de las aportaciones supone una transmisión de derechos del socio que aporta a la sociedad.

La sociedad de hecho puede ser titular de distintos derechos y bienes, muebles e inmuebles, salvo prohibición expresa de la ley. Cabe señalar que no existe limitación en cuanto al bien objeto de aporte, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, como en Argentina donde se prohíbe aportar bienes registrables. El proyecto de ley original uruguayo adoptó la misma solución que la ley argentina, pero se optó por eliminar esta limitación.

A modo de ejemplo, un establecimiento comercial puede ingresar dentro del patrimonio de la sociedad de hecho. Así se vio en la Consulta realizada ante la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Escribanos del Uruguay publicada en la Revista de la Asociación de Escribanos, Tomo 104, en el que, una sociedad de hecho integrada por cónyuges era propietaria de un establecimiento comercial del ramo de farmacias. La sociedad se dio de baja en DGI y BPS, e intentaron inscribir el establecimiento comercial a nombre de uno de los integrantes 102/2011102/2011 de la sociedad ante el MSP. Ello fue observado en tanto correspondía a la sociedad enajenar el establecimiento comercial a su integrante, o disolver y liquidar la sociedad, adjudicando el bien a dicho socio. Esto demuestra que la sociedad de hecho tiene un patrimonio, distinguible del patrimonio de sus socios, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a estos.

La autonomía patrimonial de la sociedad de hecho determina que los socios no sean copropietarios de los bienes sociales. Esto implica que no sea necesario contar con la conformidad de los cónyuges de cualquiera de los socios para enajenar bienes inmuebles.

Asimismo existe incomunicabilidad de las deudas de los socios a la sociedad, y es posible que la sociedad concurse independientemente de sus socios.

f) La sociedad de hecho tiene legitimación para comparecer en juicio.

En reiteradas instancias, la Jurisprudencia ha reconocido la aptitud de la sociedad de hecho comercial para comparecer en juicio, estando legitimado tanto activa como pasivamente. Ello no deja de ser una expresión de lo previsto en el artículo 37 de la LSC: “*Sin embargo, la sociedad podrá ejercer contra terceros los derechos emergentes de la actividad social realizada.*”

En Sentencia n°26/010 del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 31° Turno se cuestionó la legitimación activa de la sociedad de hecho para comparecer en un proceso de rescisión de contrato de arrendamiento de obra seguido contra un taller mecánico, que tenía en reparación un vehículo automotor propiedad de una de las socias de la sociedad hecho. La demandada impugnó la legitimación activa de la sociedad de hecho para comparecer en el proceso, en tanto quien resultaba legitimada era la propietaria

14 Sentencia SEF-0006-000066/2015 de TAC 6°, 13/8/2015, Álvez de Simas (R), Klett y Martínez Rosso.

del vehículo, teniendo presente que, a la fecha de la celebración del contrato, la sociedad de hecho no existía. Asimismo, se habían emitido facturas a nombre de la sociedad de hecho. Esto resultó insuficiente a juicio del tribunal para que resulte legitimada. Asimismo, se logró probar que la constitución de la sociedad fue posterior a la celebración del contrato de arrendamiento: *Y si se solicitó que se emitieran facturas de reparación y compra de repuestos a nombre de la sociedad fue únicamente y como bien supone la demandada, a los únicos efectos de poder descontar el IVA a través de la misma, pero que ello por sí no puede nunca habilitarla a ser demandante por los hechos acaecidos con el vehículo de propiedad de la Sra. Montiel*¹⁵.

La sentencia antedicha fue confirmada por la sentencia n°98/010 del Juzgado Letrado en lo Civil de 5° Turno que afirmó: *“Se concuerda con el sentenciante de la etapa anterior entonces, en que si al momento de la rotura de la camioneta no existía la sociedad de hecho M-G, mal podría esta sociedad comparecer como codemandante. Las facturas emitidas, a nombre de V.M., o de “AV ” (un simple nombre de fantasía), o sin nombre de consumidor, nada agregan ni quitan cuando los hechos datan de enero de 2007 y a esa época no existía la sociedad M-G”*¹⁶.

También comparecieron los representantes de la sociedad de hecho en sentencia n°59/011 del Juzgado Letrado de 1ª en lo Civil de 11° Turno, legitimación activa que no fue cuestionada¹⁷.

Asimismo, se ha reconocido la legitimación pasiva de la sociedad de hecho en sentencia n° 77/013 de Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 3° Turno donde se demandó a dos arquitectos por vicios de la construcción encomendada, ambos directores y únicos accionistas de una sociedad anónima encargada de la construcción. Los arquitectos demandados opusieron excepción de falta de legitimación pasiva. No obstante, la parte actora se opuso a tal excepcionamiento aduciendo que ambos actuaban ante terceros, haciendo conocer el estudio de arquitectos que tenían en conjunto, incluso lo publicitaban a través de su página web. El tribunal entendió que ambos arquitectos podían ser demandados en tanto habían conformado una sociedad de hecho, y su legitimación pasiva resultaba del art. 39 de la LSC: *adelantando posición se irá a desestimar la excepción opuesta por los arquitectos pues los mismos al haber conformado un estudio y presentarse a terceros como tal, como un estudio de arquitectos, como una unidad, debe entenderse que tienen una sociedad de hecho, salvo prueba en contrario y ello no ocurrió, por el contrario lo han reconocido. Es decir, no se contrató con el Arq. Neri o con el Arq. Collet a título particular, sino que se contrató con el Estudio de Arquitectos COLLET- NERI, y luego los profesionales se encargan de distribuir tareas internamente que al cliente no le debe interesar, más allá de la confianza que tenga depositada en alguno en particular o que llegue al estudio a través del conocimiento personal con alguno de los profesionales como ocurrió en el caso*¹⁸.

IV. Constitución de la sociedad de hecho

Adherimos a lo expuesto por BIASCO¹⁹ en cuanto a que el ámbito de la sociedad de hecho está en la pequeña y mediana empresa, en la empresa familiar y en el emprende-

15 Sentencia 26/010 de J. Paz Departamental de la Capital de 31° Turno, 24/8/2010, Sarkisian.

16 Sentencia 98/010 de JL Civil 5°, 29/11/2010, Ettlin.

17 Sentencia 59/011 de JL CIVIL 11°, 26/9/2011, Opperti.

18 Sentencia 77/013 de JL Civil 3°, 30/10/2013, Kelland.

19 BIASCO, Emilio, *Sociedades de hecho y regulares* en Revista AEU N°69, 1983, p.518.

durismo. Se trata de emprendimientos que implican un riesgo económico bajo, por lo que no se justifica la utilización de figuras jurídicas que protejan el patrimonio de los socios, limitando su responsabilidad.

Compartimos lo afirmado por MILLER en cuanto a que la constitución de la sociedad de hecho puede darse en forma expresa o tácita, esto último cuando se comprueba la existencia de todos los elementos ya descriptos que conforman la sociedad²⁰.

La realidad confirma lo afirmado por este autor en cuanto a la discusión de la configuración de una sociedad de hecho entre dos personas, determinando que sea relevante la distinción de esta figura de otras que se dirán.

Así lo ha entendido la jurisprudencia en sentencia n°62/013 del Juzgado Letrado en lo Civil de 1° Instancia donde se determinó la existencia de una sociedad de hecho, a partir del valor significativo de uno de los aportes hecho por los socios, que consistía en una patente de invención en la que se basaba el producto que realizaba la sociedad de hecho: *En el caso de autos, habiendo aportado el Sr. Uval el método para la extracción del aceite de hígado de pescado, por él patentado; mientras que la empresa Landasur aportó las instalaciones físicas y el pescado propiamente dicho, ya que existe una vinculación con empresas pesqueras que tienen su asiento físico en el mismo lugar (Potensol, por ejemplo), puede considerarse, en razón de los aportes realizados por cada uno al negocio común, que se constituyó entre las partes una sociedad de hecho. Las sumas abonadas a Uval a través de Atlansur constituían el pago de los servicios de dirección técnica y marketing que éste prestaba a la empresa, pero nada tienen que ver con las utilidades o dividendos de la sociedad, en los cuales, desde el inicio, atento a la importancia de su aporte, tiene derecho a participar²¹.*

Como expresamos la sociedad de hecho carece de formalidades, en tanto no se instrumenta en documento público ni privado, lo que genera un problema probatorio al tiempo de pretender probar su existencia o ampararse en otro instituto jurídico, con un régimen aplicable distinto.

V. Prueba de la sociedad de hecho

Podemos afirmar que la jurisprudencia ha sostenido variados criterios para determinar la existencia de una sociedad de hecho, sobre todo, producto de la demanda de disolución emanada de alguno de sus socios. En este sentido, ha empleado diversos criterios, teniendo presente lo previsto por el art. 41 de la LSC.

Conforme con el artículo citado la existencia de la sociedad de hecho puede probarse por cualquier medio de prueba admitido legalmente. Ello nos enfrenta, siguiendo a Miller²², a tener presente las limitaciones que pueden existir en materia probatoria, contenidas en el Código Civil, por ejemplo, en lo que refiere a la prueba por testigos.

Entendemos que la prueba de la sociedad de hecho admite todo medio probatorio que sea legalmente admitido, sin admitir restricciones que provengan de otras normas no particulares del derecho societario. Si la ley es clara, entonces, no debe distinguir el intérprete.

20 MILLER, Alejandro, “Actividad Empresarial Mercantil y Sociedad de Hecho” en LJU tomo 149, La Ley, 2014, Revista Online.

21 Sentencia 62/013, JL Civil 19°, 23/9/2013, Tommasino.

22 Miller, op. cit.

En segundo lugar, procurar hacernos de prueba por escrito de la sociedad de hecho es francamente contradictorio. Debemos partir de la idea de que no existe prueba por escrito de la sociedad de hecho, si la hubiera, estaríamos ante una sociedad irregular. Sí podemos encontrar actuaciones de la sociedad frente a terceros, como la administración tributaria u otros sujetos de derecho privado, de donde podemos deducir su existencia.

Pero antes de analizar casos concretos, debemos tener presente que son aplicables a la prueba de la sociedad de hecho las reglas generales que rigen sobre la carga de la prueba y la contradicción. La jurisprudencia ha hecho pesar sobre las partes en el proceso las consecuencias de no controvertir la existencia de la sociedad de hecho²³, o la falta de asistencia personal a la audiencia preliminar de un proceso ordinario.

Así, en sentencia n°10/006 del TAC 7°, se utilizó la absolución de posiciones, mediante la cual los interrogados admitieron que constituían una sociedad de hecho, cuyo giro era el flete con camiones que se detallaron, que él mismo firmaba las órdenes de compra de combustible y lubricantes, utilizando el nombre de fantasía “TRANSPORTES BB.”²⁴

En otro caso, resuelto por sentencia n°108/012 de JL Civil de 17°, se infirió la existencia de la sociedad de hecho de la distintas actividades comerciales que han emprendido sus socios, utilizando un único número de RUT: *Se ha acreditado en autos que, desde el año 2003 a la fecha, tienen una relación comercial con la actora y constituyen a su vez una sociedad de hecho denominada “Julio y Enrique Cabrera” y bajo esa denominación se han presentado en las operaciones comerciales (...) En todo el relacionamiento comercial, primero con CARLI y luego con COPAGRAN, los demandados comparecieron en forma individual con un único número de RUT que se repite en todas las facturas que les emitió la actora, consintiendo ese tratamiento, sin que el hecho de que Julio Cabrera tenga otro número de RUT ante DGI como productor tamboro, invalide estas conclusiones porque se trata de dos especialidades bien delimitadas dentro de la producción agropecuaria*²⁵.

En otro caso se rechazó la existencia de una sociedad de hecho que se habría originado en un noviazgo (no concubinato), en tanto no se logró demostrar por la actora que *hubiera comprado o colaborado económicamente en la compra de los bienes que aparecen adquiridos solo por el demandado, siendo de destacar que tampoco se probó que los préstamos de dinero que aquella probó haber contraído mediante los documentos individualizados agregados con la demanda estén causalmente vinculados a tales adquisiciones. Idéntica apreciación merecen los retiros de dinero que probó haber efectuado de su caja de ahorro. Los testigos que declararon en autos sobre el punto son testigos “de oídas”, que relataron lo que la actora les contó, por lo que carecen de eficacia convictiva*²⁶.

También se juzgó como insuficiente la prueba de la existencia de una sociedad de hecho en un proceso de ejecución, cuando se estaba ejecutando inmuebles rurales que figuraban a nombre de sus socios. La jurisprudencia entendió que debía primar la información registral presentada en el expediente, sin importar la prueba de la sociedad de hecho que se pretendió realizar, en tanto no importaba diferencia entre la sociedad de hecho y sus socios²⁷.

23 Sentencia 49/010 de TAC 4°, 17/3/2010, Tobía (R), Turell, Maggi.

24 Sentencia 10/006 de TAC 7°, 1/2/2006, Bello (R), Couto y López Ubeda.

25 Sentencia 108/012 de JL Civil 7°, 3/12/2012, Landeira.

26 Sentencia 194/009 de TAC 6°, 5/8/2009, Hounie (R), Martínez Rosso, Klett.

27 Sentencia SEI-0005-000010/2015 de TAC 2°, 18/3/2015, Franca (R), Sosa Aguirre, Pérez Brignani.

VI. Distinción de la sociedad de hecho de otras figuras en la jurisprudencia

La falta de formalidades para la constitución de la sociedad de hecho hace que esta figura societaria se puede presentar emparentada con otras formas jurídicas. Es decir, debemos estar advertidos de no estar creando una “apariencia” de sociedad, capaz de confundir a terceros, cuando recurrimos a otras figuras jurídicas que implican cooperación.

a) El condominio

Parece sencillo, a primera vista, decir que el condominio no configura una sociedad en tanto no concurren los elementos antes mencionados para la existencia de la sociedad de hecho.

El Código Civil en su art. 1876 determina que *la simple comunidad de bienes o de intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad.*

Ahora, entendemos que respecto a estas dos figuras pueden presentarse escenarios de confusión, en donde la sociedad se fundamente en un condominio. Sería el caso de una sociedad de hecho que tenga como asentamiento un bien en el que los socios son condóminos, y el bien haya sido aportado a la sociedad. Lo importante, entonces, es que deben darse todos los elementos para que exista sociedad, sin importar la figura del condominio, que deberemos analizar a la hora de verificar la existencia de aportes.

Es decir, la simple existencia de condominio no configura sociedad, pero tampoco excluye de plano la posibilidad de que exista.

Así lo vimos al mencionar el caso “Buckstein” (Sentencia 172/016 del TAC 2°) donde la demandada era condómina junto con sus hermanos de un bien, a pesar de lo cual se determinó que no recaía sobre ella la calidad de socia de la sociedad de hecho.

b) El leasing

La figura del leasing aparece vinculada a la sociedad de hecho. En sentencia n°10/012 del Juzgado Letrado en lo Civil de 19° Turno se analiza, a raíz de un accidente de tránsito, la posibilidad de demandar a la “sociedad de hecho” existente entre el conductor del taxímetro y el usuario del leasing suscripto respecto del mismo vehículo. La defensa esgrimida por el conductor se basó en que, de la información registral aportada, la única titular del leasing era la codemandada, y que por tanto no existía sociedad de hecho entre ambos. Los codemandados eran familiares²⁸.

La sentencia no termina analizando el fondo del asunto, mas es útil para que pensemos si es posible que, a partir de la figura del leasing, exista sociedad de hecho. Entendemos que sí, pero para ello deberán demostrarse que existen todos los elementos de la sociedad de hecho, entre ellos el aporte, el que puede consistir en un vehículo (en este caso un taxi) obtenido a partir de un leasing.

Consideramos que la defensa basada en la información registral no es suficiente. Ello por cuanto pudo haberse omitido la comunicación al registro del aporte, o fue una situación que se creó de facto, como sucede habitualmente, y no hubo oportunidad de

28 Sentencia 10/012 de JL Civil 19°, 28/2/2012, Tommasino.

efectuar tal comunicación. Debemos recordar que la publicidad registral tiene en principio función de oponibilidad, y excepcionalmente la función constitutiva de situaciones jurídicas (Ley 16.871).

c) La relación laboral

Existe abundante jurisprudencia que se ha enfrentado a la defensa opuesta por el demandado de que la situación, por la que se reclaman rubros salariales adeudados, era una sociedad de hecho.

Es lógico que exista algún tipo de duda acerca de si se trataba de una sociedad de hecho o de una relación laboral, encubierta bajo la forma de sociedad. En la realidad, estas situaciones son de difícil distinción. La relación laboral se caracteriza por la subordinación jurídica entre el empleador y el trabajador, aspecto que no figura entre los elementos de la sociedad de hecho. Pero también es cierto, y no se puede descartar, que en una sociedad de hecho pueda existir alguien que tome las decisiones cruciales desde el punto de vista empresarial, sin que el otro socio se convierta en trabajador subordinado.

¿Qué criterios brinda la jurisprudencia para distinguir ambas instituciones jurídicas?

Un primer criterio que aporta la jurisprudencia radica en que debe demostrarse fehacientemente la existencia de la sociedad de hecho, carga que pesará sobre el demandado. Ante cualquier duda hermenéutica se deberá aplicar el criterio que impone el derecho laboral de resolver en favor del reclamante²⁹. Entendemos que tal criterio no es correcto, principalmente porque la figura de la sociedad de hecho no se aplica en subsidio de otras instituciones jurídicas. Incluso, aplicar criterios de interpretación del derecho laboral presupone que se está ante una relación laboral, lo que también habrá de demostrarse.

En otro caso se discutió si choferes que figuraban como socios de hecho eran o no trabajadores, y por tanto tenían derecho a reclamar haberes salariales. El criterio empleado por el tribunal en el caso concreto radicó en que no se repartían beneficios o pérdidas, sino que se pagaba un honorario fijado por una de las partes de la relación. En el mismo caso también se consideró que la exclusividad de la prestación de servicios, la profesionalidad, la amenidad de los frutos del trabajo y el pago de viáticos eran indicios de que se estaba ante una relación laboral³⁰.

En sentencia 25/011 del TAT 1º se afirmó que la sociedad de hecho no puede ser probada mediante afirmaciones de testigos, sino que la carga de la prueba de la existencia de la sociedad de hecho, que tenía trabajadores a cargo, debía surgir de las planillas del Ministerio de Trabajo e inscripción en BPS, carga que no cumplió la parte demandada³¹.

d) Coproducción audiovisual

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la existencia de sociedad de hecho en materia de coproducción audiovisual. En el caso, el actor es el autor de una obra preexistente al audiovisual, titulado "El F." y que fue incluido en la obra audiovisual "B.B". Alega que entre las partes existió una sociedad de hecho con el objeto

29 Sentencia 102/011 de JL Trabajo 10º, 30/8/2011, Fernández Francesch.

30 Sentencia 86/011 de JL Trabajo 10º, 8/8/2011, Fernández Francesch.

31 Sentencia 25/011 de TAT 1º, 16 de febrero de 2011, Morales Martínez (R), Posada, Rossi.

de coproducir el audiovisual "B.B". El demandado no revistió la calidad de productor exclusivo, y por lo tanto tenía derecho a los dividendos derivados de tal sociedad.

El TAC 6° entendió que *“en efecto, en su propio escrito de demanda, el actor señala que en marzo de 2003 el demandado se puso en contacto con él con el objeto de llevar adelante la realización de un proyecto audiovisual en conjunto, el cual sería explotado tanto a nivel nacional como internacional. El accionante reconoce que en base a este acuerdo -que se traducía en la coproducción del audiovisual- comenzó a escribir la miniserie, titulándola “El F” y que, cuando terminó de escribir el tercer capítulo, registró el guion en AGADU, el 18 de diciembre de 2003. Los propios dichos del accionante conducen a la conclusión de que “El F” no es una obra preexistente, adaptada para un audiovisual, sino que en realidad se trata de un guion creado específicamente para ser incluido en el audiovisual “B.B””*³².

Entendemos que el aporte a la sociedad de hecho puede consistir en trabajo, y no necesariamente en alguna cosa material susceptible de valoración pecuniaria. En autos, debió analizarse si efectivamente existió sociedad de hecho entre el actor y productor demandado, aspecto que se ignoró, haciendo primar las normas relativas a derechos de autor.

VII. El objeto de la sociedad de hecho

a) Definición del objeto social

Al momento de la constitución los socios definirán cuál será el objeto social de la sociedad de hecho que están creando, y esto lo podrán hacer en forma expresa o tácita.

Entendemos que el objeto social en las sociedades de hecho incide en las relaciones internas entre los socios, a diferencia de lo que ocurre en los demás tipos sociales de la LSC, donde incide en las relaciones entre los socios y frente a terceros.

Por tanto, consideramos que el objeto social de la sociedad de hecho puede verse desde dos ópticas distintas:

- En el plano de las relaciones internas, el objeto social es válido y oponible entre socios. Por lo tanto, en caso de que uno de los socios actúe en violación del objeto social acordado, los demás podrán reclamarle los daños y perjuicios derivados de su actuación, sin perjuicio de otras consecuencias que derivan de delimitar el objeto social que se comentarán en la sección dedicada a la “Relación entre Socios”.

- En el plano de las relaciones externas de la sociedad, el objeto carece de oponibilidad, y por lo tanto entendemos que carece de relevancia. De esta manera la LSC logra un régimen determinantemente negativo para los socios ya que ninguno de ellos podrá desconocer lo hecho por otro en representación de la sociedad, aun cuando sea en infracción al objeto social previamente acordado.

b) El objeto social desde la óptica de los terceros

CABANELLAS DE LAS CUEVAS afirma que el objeto de la sociedad de hecho es particular porque se determina a través de las actividades que la sociedad de hecho lleva

32 Sentencia 280/007 de TAC 6°, 23/10/2007, Klett (R), Hounie, Martínez.

a cabo: los acuerdos que existan entre los socios para determinar el objeto carecen de efecto frente a terceros (...). Si los socios acuerdan unánimemente actuar conforme a cierto objeto, el incumplimiento con tal acuerdo hará responsables a quienes lo produzcan, pero ello no hará el objeto contractualmente oponible frente a terceros³³.

Compartimos con el mencionado autor que el objeto de la sociedad de hecho presenta particularidades, y que bajo nuestro régimen jurídico el mismo es inoponible. Pero vamos más allá, en tanto entendemos que desde la óptica de los terceros las sociedades de hecho tienen un objeto sumamente amplio, por el que pueden realizar cualquier tipo de actividad lícita, que no requiera de un tipo social específico o les esté prohibido.

A nuestro juicio ello implica una extensión de lo afirmado por el autor español en cuanto a que el objeto de la sociedad de hecho se forma a partir de las actividades desarrolladas; por el contrario, tratándose de una sociedad de hecho, de principio, ella puede realizar cualquier tipo de actividad que no esté prohibida para ese tipo social o que requiera un tipo social particular, desde la óptica de los terceros.

Y ello encuentra su fundamento en la inoponibilidad del objeto social frente a terceros. Podremos discutir si, en virtud de las actividades desarrolladas previamente con terceros, podría alegarse mala fe del tercero que contrata con la sociedad de hecho, cambiando notoriamente el giro habitual de sus negocios, pero entendemos que ello no puede fundarse en el objeto social, dado que tal defensa se encuentra literalmente prohibida (art. 39 de la LSC).

No compartimos lo que afirma CABANELLAS en cuanto a que el objeto de la sociedad de hecho esté determinado por su actividad. El autor señala: *“supongamos que una sociedad de hecho ha explotado un determinado café. ¿será su objeto único la explotación de ese café, o bien la explotación del local en que opera tal café, o la explotación de cafés en cualesquiera locales, o la explotación de negocios gastronómicos en general, o cualquier otro conjunto de actividades que comprenda a la efectivamente realizada? No hay razón lógica o jurídica para optar inmediatamente por alguna de estas posibilidades. La solución, a nuestro entender, debe basarse en el hecho de que la exteriorización de la actividad de la sociedad de hecho obra como publicidad de ese elemento del contrato de sociedad. (...) Una segunda dificultad se plantea cuando la sociedad desarrolla múltiples actividades a lo largo de su existencia, algunas de las cuales dejan de llevarse a cabo. En tal hipótesis, podría sostenerse que el objeto de la sociedad de hecho está constituido, en cada momento, en función de la actividad que la sociedad realiza en ese momento. Pero ello sería contrario a lo que sucede normalmente en las sociedades regulares, en las que el hecho de que una actividad cese no implica que tal actividad deje de formar parte del objeto”*.

La prueba de la actividad realizada podrá ser útil en sede de relación entre socios para el caso en que alguno de ellos actúe en infracción del objeto social convenido. También podrá ser útil, según comentaremos, para probar la existencia de mala fe del tercero que actúa con una sociedad de hecho, pero de ningún modo puede suponer una limitación del objeto social y menos una forma de lograr la publicidad, que jurídicamente le esta inhibida.

33 Cabanellas de las Cuevas, G. “Derecho Societario. Parte General. Sociedades nulas, irregulares y de hecho” (1997), Editorial Heliasta SRL, pág. 476 a 478.

Nada impide que las sociedades regulares incluyan en su objeto actividades que no practicarán, por lo que nada justifica que el objeto de la sociedad comercial de hecho esté restringido por su actividad realizada. Lo afirmado por el autor español lleva a un resultado incongruente por cuanto pone en carga de los terceros conocer qué actividad en concreto realiza la sociedad y qué actividades dejó de realizar, creando una publicidad “de hecho” que empeora su situación, en cuanto nuestra LSC establece un régimen de protección a los terceros y gravoso para los socios de la sociedad de hecho.

Por último, entendemos que nada aporta apreciar con tanta severidad el objeto social cuando bastará un acuerdo unánime tácito para modificar el objeto social, emprendiendo una nueva actividad.

La segunda dificultad señalada por CABANELLAS tampoco es compartida. Entendemos que no basta con dejar de realizar una actividad para entender que la misma dejó de formar parte del objeto social, aunque entendemos que tal conclusión deriva de que a juicio de este autor el objeto social se conforma con la actividad realizada por la sociedad. Tal extremo no ocurre en las sociedades regulares y nada justifica que el régimen de la sociedad de hecho sea diferente.

No podemos aceptar este razonamiento porque sería incongruente aceptar que una determinada actividad forma parte del objeto social de la sociedad de hecho para los terceros por el simple hecho de desarrollarse, cuando puede ocurrir que los socios hayan convenido otra actividad a realizar. Como dijimos, entendemos que desde la perspectiva de los terceros el objeto social es amplísimo.

c) El objeto social desde la perspectiva de los socios

Como comentáramos la determinación del objeto social entre los socios es relevante. Ello por cuanto puede determinar la responsabilidad de cualquiera de ellos por actuaciones en infracción del mismo. Para ello habrá que lograr la prueba de cuál fue el objeto convenido, lo que será verdaderamente complejo en tanto no existe contrato instrumentado por escrito.

Otras consecuencias derivadas de la delimitación del objeto social se comentarán al referir a la “Relación entre socios”.

d) La nulidad del objeto social

El objeto de la sociedad de hecho no escapa a las consideraciones generales en la materia, siendo aplicable a él lo previsto en el art. 23 de la LSC: *Serán nulas las sociedades cuyo contrato prevea la realización de una actividad ilícita o prohibida, sea con carácter general o en razón de su tipo.*

El objeto será ilícito cuando se realiza una actividad contraria a la ley, por lo que es difícil que exista una sociedad comercial regularmente constituida con objeto ilícito, en tanto a la hora de su inscripción registral, la nulidad absoluta del objeto será causal de observación por el Registro (núm. 2 art. 65 Ley 16.871), sin que exista posibilidad de subsanación.

En cambio, el objeto prohibido refiere a una actividad lícita de principio, pero que se restringe a todos los tipos sociales o alguno de ellos en particular³⁴.

³⁴ Ejemplo de este tipo de restricción lo encontramos en el art. 518 de la LSC: *Las sociedades de responsabilidad limitada no*

Podemos ilustrar esta distinción entre objeto prohibido e ilícito atendiendo a lo resuelto por dos tribunales en un caso cuyo objeto era dilucidar la disolución de una sociedad de hecho.

Se trataba de una sociedad de hecho cuya actividad principal consistía en la actividad de las agencias de loterías y quinielas. El art. 64 de la ley 11.490 establece que los permisos para los agentes de quinielas son personales y solo pueden desarrollarse directamente por los titulares de dichos permisos.

En el caso los actores demandaron la disolución de la sociedad de hecho y su correspondiente participación.

El tribunal de primera instancia entendió³⁵ que existió nulidad absoluta por inidoneidad del objeto de la sociedad, habida cuenta de que no surge probada la existencia del permiso de explotación sin el cual no puede desarrollarse la referida actividad. En cambio, el TAC 6° calificó el objeto como nulo pues *la explotación sólo puede ser hecha por una persona física, y la causa también lo es porque la finalidad de participar en las ganancias y en las pérdidas que resulten del aporte a la sociedad constituye un modo de hacer indirectamente lo que la ley prohíbe hacer directamente, es decir, la explotación por medio de una sociedad*³⁶.

Entendemos que se trata de un objeto prohibido y no ilícito. La actividad de loterías y quinielas es una actividad lícita, pero regulada en atención a intereses de terceros que están en juego. En particular, se trata de una prohibición general y no especial, en atención al tipo social.

e) Defensa frente a demandas de terceros ¿es posible hacer valer mala fe del tercero por apartamiento notorio del giro de los negocios habituales?

Es cierto que el legislador ha creado un régimen notoriamente gravoso para los socios de la sociedad, y este ha de ser el punto de partida necesario para cualquier interpretación.

Si partimos únicamente del texto de la norma, la conclusión a la que llegaríamos es: no importa la actuación del tercero. Es decir, no importa su buena o mala fe a la hora de contratar con la sociedad.

El artículo 38 de la LSC establece a texto expreso que *cualquiera de los socios representará a la sociedad*. Asimismo, el artículo 37 de la LSC establece que *ni la sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero, derechos o defensas fundados en el contrato social*.

En un análisis primario de la norma, es evidente que se le busca dar una protección íntegra al tercero. Es decir que, aún actuando de mala fe, su interés será protegido y serán de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los socios y de los administradores en sede de sociedad de hecho.

Al decir que el tercero actúa de mala fe, nos referimos a aquellas situaciones en las que el tercero conoce algún vicio que afecta la relación que él tiene con la sociedad, que se encuentra fundada en el contrato social, o en algún otro documento de carácter societario.

podrán tener por objeto actividades de intermediación financiera o de seguros.

35 Sentencia 66/013 de JL Artigas 2°.

36 Sentencia 198/2014 de TAC 6°, 23/10/2014, Martínez Rosso (R), Klett, Hounie.

La pregunta que debemos hacernos a la hora de analizar el accionar del tercero de mala fe es: ¿la norma busca penalizar a la sociedad de hecho, o busca proteger al tercero por lo dificultoso que puede ser acceder a la información de la sociedad?

La respuesta que demos a esta interrogante determinará como debemos analizar el punto. Si entendemos que la norma únicamente busca penalizar a la sociedad de hecho, nos es indiferente el conocimiento que pueda tener el tercero con relación al vicio que acarrea el negocio jurídico. Por su parte, si entendemos que lo que se busca proteger es la falta de información que pueda tener el tercero, al momento en que este accede a la información, ya no existe una razón de protección.

En el primer caso, nos encontraríamos frente a una situación universal que permeabilizaría todas las relaciones entre un socio actuando en nombre de la sociedad, y cualquier tercero. En el segundo supuesto, correspondería analizar caso a caso.

La norma en sí misma considerada parece partir de la base del primer supuesto, es decir que no importa la buena o mala fe del tercero. Sin perjuicio de ello, esto no es totalmente de recibo.

No se puede admitir una conducta irrestricta por parte del tercero, dado que esto implicaría permitir que obtenga un beneficio ilícito. Es evidente que, en cualquier supuesto, el tercero preferiría contratar con la sociedad, antes que con cualquiera de sus socios. Contratando con la sociedad, su crédito se vuelve más fuerte, dado que no hay un único deudor, sino que los deudores serán la sociedad sumado a todos los socios que existan.

En estos casos, el tercero se aprovecha de una anomalía, por la cual obtiene una ventaja en perjuicio de la sociedad de hecho (y de los demás socios). Este procedimiento anómalo vicia el contrato.³⁷ Sin perjuicio de ello, habría que determinar caso a caso si es que existió mala fe de un tercero a la hora de contratar. En el caso de que se verifique la mala fe, y esta sea comprobable, será responsabilidad del Juez evitar que la sociedad sea responsable por las obligaciones asumidas por uno de los socios en contravención de lo acordado con los demás, en conjunto con un tercero de mala fe.

En caso de la existencia de la mala fe, debería ser de aplicación lo previsto en el inciso final del artículo 79 de la LSC, siempre que se encuentre en una de las hipótesis previstas.³⁸ En estos dos casos, la sociedad no quedará obligada.

Por tanto, en el caso de que el tercero conociera las limitaciones del objeto social, se pueden dar dos supuestos. En un primer caso, si el supuesto ingresa en los últimos tres incisos del artículo 79, la sociedad no quedaría obligada. En los demás casos, la sociedad quedaría obligada en principio, debiendo recurrir a la actuación de un juez para que dilucide la situación. Sin perjuicio de ello, en ningún caso la sociedad debería ser responsable.

³⁷ Gamarra, Jorge, *Buena Fe Contractual*, Montevideo, FCU, 2011, p. 152.

³⁸ Inc. Final del art. 79 de la LSC: *En los casos de los dos incisos anteriores la sociedad no quedará obligada cuando el tercero tenga conocimiento de la infracción.*

Los dos incisos anteriores refieren a: i) cuando las facultades de los administradores se encuentran limitadas por el contrato social; y ii) cuando se trate de obligaciones asumidas por el representante en infracción de la organización plural, en títulos valores, contratos entre ausentes, contratos de adhesión o concluidos mediante formularios.

VIII. Aportes, evaluación y participación social

Con relación al aporte, es preciso remitirnos al artículo 58 de la LSC. Este establece en su inciso 2º que los aportes “*podrán consistir en obligaciones de dar o hacer*”. No hay mayores comentarios a realizar con respecto a esto. Sin perjuicio de ello, sería conveniente determinar cómo procederá la valoración de los aportes, dado que no se instrumentará por escrito. Esto será tratado más adelante.

Es imprescindible que los socios puedan probar haber cumplido con sus aportes para probar su participación en la sociedad de hecho. La falta de documentación de la sociedad trae aparejada la complejidad que puede significar en algunos casos la prueba del aporte.

En la sentencia n° 62/013 del Juzgado Letrado en lo Civil del 19º Turno, se logra demostrar la existencia de una sociedad de hecho probando que el socio había realizado un aporte fundamental, y sus socios habían realizado otros aportes de infraestructura y materia prima.

En el caso mencionado, se termina definiendo la existencia de la sociedad de hecho por la efectiva configuración de los aportes hechos por los socios. El caso no refleja una gran complejidad ya que, de forma notoria, una parte de la sociedad aportó un espacio donde trabajar y la materia prima y la otra parte aportó la propiedad intelectual mediante la cual llevarían a cabo el proceso.

Puede no ser una tarea imposible la prueba de la realización de aportes a la sociedad, pero su posterior evaluación en caso de disputa y disolución puede convertirse en una complejidad.

¿Como logro valorar mi aporte? En los casos en que los aportes pueden ser fácilmente identificados no habría problema en establecer su valuación. La situación cambia cuando los aportes no son fácilmente identificables. La distinta naturaleza de los aportes también significa la complejidad de su evaluación.

Una posibilidad sería considerar a los socios de las sociedades de hecho como iguales. En todos aquellos casos en los que no se logre divisar una verdadera desigualdad entre los aportes de los socios, estos serían considerados como socios por iguales partes.

Al ser las sociedades de hecho, vehículos jurídicos para pequeños emprendimientos y emprendimientos familiares, es de suponerse que los integrantes de estas sociedades se asociaran por partes iguales.

Una forma de probar que efectivamente existía una diferencia entre las participaciones de los socios en la sociedad sería mediante la división de utilidades. Como es de esperarse, la sociedad en algún momento dará utilidades y estas serán repartidas entre los socios. Si se configurara una diferencia entre los dividendos que son repartidos entre los socios de forma indudable se estaría demostrando que no todos los socios participan de la sociedad por iguales porcentajes. El llevar contabilidad suficiente por parte de la sociedad pondría fin a este problema.

Se suele pactar, previo a la efectiva asociación, el aporte que harán los socios y su porcentaje en la sociedad. Es natural que uno quiera conocer el rol que ocupará en una sociedad antes de unirse y antes de realizar su aporte. La complejidad que puede significar su prueba llevaría a los jueces a reconocerles a los socios idénticas participaciones en la sociedad de hecho, en sus ganancias y en sus pérdidas salvo prueba en contrario.

En caso de que un socio demande dividendos, ya sea, producto de la disolución o durante la vida normal de la sociedad de hecho, se podrá plantear procesalmente en un incidente de liquidación, una vez que ya haya obtenido una sentencia de condena³⁹.

IX. Efectos entre socios

Oponibilidad del contrato entre los socios

Como una primera aproximación al tema, cabe señalar los antecedentes parlamentarios de la LSC⁴⁰. Hubo una intención del legislador de ser duro y poco flexible con la sociedad de hecho. Incluso la regulación aprobada -si bien sigue siendo ampliamente desfavorable- es mucho más flexible que la prevista en los antecedentes parlamentarios de la LSC, donde se imponían importantes consecuencias negativas para la sociedad de hecho.

A modo ilustrativo, el artículo 37 del proyecto de ley presentado disponía la inoponibilidad del contrato social entre los socios. De esta forma, el legislador intentó, en un primer momento, desestimular la constitución y operatividad de la sociedad de hecho en forma casi absoluta. De haberse adoptado esta fórmula, el contrato social por el que se constituye la sociedad de hecho no cumpliría con el artículo 1247 del Código Civil⁴¹. Con la actual fórmula expresada, sí nace un haz obligacional entre las partes contratantes.

El legislador optó por quitar la inoponibilidad del contrato social entre socios, en tanto hizo primar las disposiciones referidas a la buena fe contractual. De lo contrario, habría habilitado a que las partes se contradijeran con respecto a lo establecido en el contrato social. Asimismo, si el contrato no fuera oponible entre socios, no habría sociedad, dado que si bien el contrato es verbal, este debe obligar a las partes contratantes.

Es preciso destacar que aún en la LSC queda algún resabio del trámite parlamentario que hace a la precariedad jurídica de la sociedad de hecho. Esto se ve, y de forma muy clara en el artículo 43 de la LSC⁴². La ley confiere a cualquiera de los socios la posibilidad de notificar a los demás y solicitar la disolución de la sociedad de hecho.

Por tanto, la eficacia del negocio, va a alcanzar a aquellos que dieron origen al negocio jurídico, como parte sustancial.⁴³ Más allá de esto, la actual redacción del artículo 37 establece en su inciso primero⁴⁴ una particularidad especial con relación a las demás so-

39 Sentencia 5/006 de TAC 4º, de 1/02/2006, Turell (R), Larriex y Tobía Fernández.

40 Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes. Carpeta 885/1987. Distribuido 30699/0.

41 Artículo 1247 del Código Civil: *Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.*

42 Art. 43 de la LSC: *Cualquiera de los socios de una sociedad irregular o de hecho podrá exigir su disolución. Esta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente su decisión a todos los consocios. (...)*

43 CAFFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago, Eficacia Contractual, FCU, 1996, Montevideo, p.39.

44 Art. 37 de la LSC: *Ni la sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero, derechos o defensas fundados en el*

ciudades comerciales. Esta disposición prevé la inoponibilidad del contrato social frente a terceros tanto por parte de la sociedad, así como por parte de los socios, este punto será analizado más adelante.

Deber de lealtad

El art. 85 de la LSC dispone que los administradores y representantes de las sociedades comerciales no pueden competir con la sociedad en la que ejercen sus funciones, salvo autorización expresa para ello.

En el caso de la sociedad de hecho todos sus socios son administradores y representantes, bajo el régimen legal, y por lo tanto le son aplicables esas restricciones.

De la lectura exegética del art. 85 de la LSC surge que la limitación está restringida a las actividades que realiza la sociedad, término que no es sinónimo de objeto social. Es decir, la restricción comprende únicamente la actividad que efectivamente ejerce la sociedad, y no otras que pueden estar previstas en su objeto social y que no sean desarrolladas.

Actuación de mala fe

Los administradores y representantes deben actuar de conformidad con las leyes y con la diligencia del buen hombre de negocios (art. 83 de la LSC). Estos deberes hacen pasible de responsabilidad a los administradores y representantes que actúen en infracción de dichos deberes. En el caso de la sociedad de hecho, esta responsabilidad pesa sobre los socios.

A modo ilustrativo podemos mencionar las sentencias n°291/010 de TAC 4^o45 y 10/013 de JL Civil 19^o46. Se trataba de una acción por daños y perjuicios impetrada por un socio de una sociedad de hecho titular de un arrendamiento donde funcionaba un local de una red de cobranzas, contra la otra socia y terceros. Los hechos consistieron en que la socia, en representación de la sociedad de hecho, rescindió el contrato de arrendamiento donde funcionaba la sociedad, y celebró un nuevo contrato con el mismo objeto, pero en representación de otra sociedad de hecho con otros integrantes. A los pocos días, la socia demandada ejerció el derecho de disolución de la sociedad de hecho previsto en el art. 42 de la LSC. El actor reclama daño emergente y lucro cesante.

Se entendió que hubo actuación de mala fe de la socia, quien ejerció sus derechos en forma abusiva, causando un daño al otro socio, que se vio imposibilitado de mantener sus ingresos de dicho local comercial: *"La circunstancia que se trate de una sociedad de hecho en la especie, en nada cambia las conclusiones las que se arriba. Los hechos de los que fuera protagonista Mayra Martínez, en especial los vinculados con el contrato de arrendamiento, referidos en la prueba, aunado al hecho que Martínez quedó luego como empleada dependiente de las restantes co-demandadas prestando funciones en el mismo local, constituyen, un accionar ilícito de Martínez, quien en convivencia con las titulares del Abitab⁴⁷ procedió a excluir de la sociedad que había conformado y del propio local comercial del cual era arrendatario, a Dasque⁴⁸".*

contrato social.

45 Sentencia 291/010 de TAC 4°, 8/12/2010, Maggi (R), Tobía, Turell.

46 Sentencia 10/013 de JL Civil 19°, 11/3/2013.

47 Debíó decir "Abitab". Este agregado nos pertenece.

48 Sentencia 10/013 de JL Civil 19°.

Entendemos que el caso citado es relevante en tanto hace una distinción respecto a los rubros reclamados: *“En lo que se refiere al daño emergente reclamado se observa que, en puridad, refiere a perjuicios provocados a la sociedad de hecho que integraba el accionante, lo que tiene relevancia en cuanto, por una parte, se advierte que no tiene legitimación porque no actúa por la sociedad sino en forma individual y, asimismo, porque dicha pretensión debe plantearse y resolverse en la liquidación de la sociedad de hecho (Artículos 167 y ss. de la Ley No. 16.060) en trámite según surge del acordonado (...). En cambio, no es compartible dicha solución en lo que respecta a la pretensión indemnizatoria del lucro cesante porque se trata de un rubro de carácter personal del accionante y se invoca responsabilidad de MM en el ámbito de la sociedad de hecho y con fundamento en el Artículo 83 LSC.⁴⁹”*

X. Efectos entre la sociedad y los terceros

En tanto persona jurídica, la sociedad de hecho puede trabar relaciones jurídicas con terceros.

La representación de la sociedad estará a cargo de cualquiera de los socios (art. 38 LSC). Esta es una solución legal, que a nuestro juicio no admite pacto en contrario. No se trata de una hipótesis de inoponibilidad del contrato social, sino que se trata de un tipo de representación que impone la LSC.

A ello se acompaña un régimen de responsabilidad gravoso. Este régimen se caracteriza por la responsabilidad solidaria de los socios, sin posibilidad de oponer el beneficio de excusión ni cualquier otra limitación que se funde en el contrato social (art. 39 LSC).

Los terceros podrán atacar tanto el patrimonio de la sociedad así como el patrimonio de los socios y administradores, que hayan intervenido en las operaciones. Es decir, que en el caso de los administradores el régimen establece un requisito más, que consiste en la intervención en el acto que genera la responsabilidad (art. 39 LSC).

Aquí vemos una de las grandes desventajas que recae sobre la sociedad de hecho, y que en definitiva hace que este régimen sea desalentador para quienes decidan emprender bajo este tipo social, aunque por desconocimiento lo hacen igual.

Así, en sentencia n° 2/2020 del TAC 7°, se dispuso la extensión de la responsabilidad frente al tercero afectado al otro socio, que no fue partícipe personal del incumplimiento del contrato: *A pesar de que el otro integrante de la sociedad de hecho, Sr. Romero, no tuvo participación alguna en el episodio, la actuación flagrantemente violatoria de los deberes asumidos en el contrato de concesión, perpetrada por uno de los socios, se extiende al restante, configurando ambas personas físicas una unidad inescindible en tanto componen la referida figura societaria⁵⁰.*

Ahora, la debilidad del sistema de representación impuesto hace que pueda resultar difícil determinar si la actuación de quien es socio de una sociedad de hecho se hace a título personal o en nombre y representación de la sociedad.

El TAC 3° en sentencia 60/018 discutió si la actuación en un contrato de mutuo de quien era socia de una sociedad de hecho fue a título personal o en nombre y representación de la misma. Esto era clave en tanto esto legitimaba pasivamente a los restantes

49 Sentencia 291/010.

50 Sentencia 2/020 de TAC 7°, 3/2/2020, Tommasino (R), Cabrera, Ettlin.

socios de la sociedad de hecho. En el caso se logró demostrar que con el préstamo se pagaron deudas de la sociedad de hecho, por ende, concluye el sentenciante que la socia requirió el préstamo por la sociedad, debiendo por ende, responder los socios⁵¹.

Es decir, podemos afirmar que la jurisprudencia determinó la existencia de un criterio económico que permita definir si existe o no actuación en nombre y representación de la sociedad de hecho.

Comentario aparte merece el art. 40 de la LSC, que regula las relaciones entre los acreedores sociales y de los particulares de los socios. Conforme este artículo, las relaciones entre ambos tipos de acreedores, incluso en caso de concurso, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular.

Ahora, entendemos que este artículo tiene una dificultad práctica en relación con la sociedad de hecho. ¿A qué sociedad regular asimilamos la sociedad de hecho? Tratándose de una sociedad de hecho es evidente que los socios no eligieron, probablemente por desconocimiento, un tipo social de los específicamente regulados. Una solución sería asimilarlo al régimen de la sociedad colectiva, que es sumamente amplio.

De todos modos, consideramos que este artículo era innecesario. En particular, desde que se reconoce la personería jurídica de la sociedad de hecho, es consecuente que no podrá responder el patrimonio social por las deudas de los socios. No obstante, en tanto existe solución legal en ese sentido, el patrimonio de los socios responde por las deudas sociales.

Será cuestión de cada caso concreto determinar si el bien en cuestión pertenece al socio o a la sociedad de hecho. Entendemos que, en caso de existir información registral disponible en cuestión al bien (ej.: inmuebles, vehículos automotores), debe estarse a la titularidad que surja de la información registral.

XI. Cesión de derechos de participación sobre la sociedad de hecho

A nivel del derecho comparado se discute si es posible transferir las participaciones de la sociedad de hecho, en particular, dado el régimen de responsabilidad que pesaría sobre el cedente de la cuota.

Una posición sustentada por ROMERO indica que es posible transferir los derechos de participación, pero hasta tanto no exista disolución y se haya hecho pública esta circunstancia (registro mediante), el socio cedente de su participación queda vinculado plenamente en relación a terceros⁵².

En una variante a esta posición, RADRESA sostiene que la responsabilidad del socio cedente se mantiene hasta tanto exista prescripción de las deudas sociales o hasta que se inscriba la disolución de la sociedad.

NISSEN considera inadmisibles las transferencias de cesión de partes de interés de las sociedades de hecho, en tanto son modificaciones del contrato social que carecen de absoluta oponibilidad⁵³.

51 Sentencia 60/018 de TAC 3º, 11/4/2018, Kelland (R), Alonso, Operti.

52 Cabanellas de las Cuevas, op. cit., pág. 529-531.

53 Ídem.

Compartimos la posición de los primeros autores mencionados en tanto es posible modificar el contrato social, alterando la integración de la misma, aunque calificamos que dicha alteración sería inoponible a terceros, que no tienen forma de conocer – al menos formalmente – que el socio cedente de su cuota ya no integra la sociedad de hecho. La cesión de “cuota” ha sido admitida por la jurisprudencia en sentencia n° 322/009 del TAC 6⁵⁴.

La responsabilidad del socio cedente cesará con la inscripción de la disolución de la sociedad (art. 43 de la LSC) así como con la inscripción de la regularización (art. 42 de la LSC) bajo un tipo social determinado.

Entonces, en principio, el socio saliente sigue vinculado con la sociedad de hecho, no solo por sus deudas pasadas, sino también por las deudas futuras de estas. La solución legal es coherente. No debemos perder de vista que la responsabilidad de la sociedad se extiende en forma solidaria y sin beneficio de excusión u otro límite fundado en el contrato social a los socios. Entonces, es lógico que se proteja al acreedor que contrató con la sociedad de hecho teniendo presente el patrimonio de los socios de la sociedad.

Pero tal protección entonces debe limitarse. Solo debe protegerse a quienes contrataban con la sociedad antes de producida la cesión de los derechos de participación de la sociedad de hecho. No debe ampararse a quienes empezaron, por primera vez, a contratar con la sociedad de hecho ya producida la cesión de los derechos de participación.

¿Cómo se puede comunicar el egreso de un socio? Creemos que es posible, siguiendo la lógica del comercio, comunicar a las empresas con las que se trabaja en forma corriente el egreso del socio, así como hacer publicaciones en el diario oficial u otros diarios de circulación, de manera de hacer cesar tal confianza de los terceros.

XII. Insolvencia de la sociedad

Cómo todo sujeto de derecho, una sociedad de hecho puede caer en estado de insolvencia. Como regla general, ante la insolvencia de la sociedad los socios responderán ilimitadamente con su propio patrimonio, más allá de su aporte inicial.

Sin perjuicio de ello, entendemos relevante preguntarnos ¿qué pasaría si la insolvencia de la sociedad surge de un accionar doloso o de mala fe de un socio?

Hay que partir del artículo 83 de la LSC.⁵⁵ Este dispone que los administradores y representantes de la sociedad deben actuar con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Asimismo, en caso de no cumplir con este mandato legal, responderán solidariamente frente a la sociedad y los demás socios por los daños derivados de su actuación.

Con relación a los terceros, esta situación no tiene mayores complejidades. No sería coherente exigirle al tercero que pueda accionar únicamente contra el socio que actuó sin la debida diligencia o en forma contraria a la lealtad. Si la sociedad devino insolvente, no

54 Sentencia 322/009 de TAC 6°, 25/11/2009, Hounie (R), Klett, Martínez.

55 Artículo 83 de la LSC: *(Diligencia y responsabilidad de los administradores y representantes). Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que falten a sus obligaciones serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión.*

El Juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño.

importa si hubo una mala gestión, una actitud dolosa de un socio o, simplemente temas de naturaleza comercial. Los derechos de los terceros no pueden verse afectados por las relaciones internas entre los socios. Por tanto, a la hora de analizar esto desde la perspectiva de los terceros, no es de interés el mencionado artículo 83, sino que lo que importa es el artículo 39 de la LSC. Los socios serán solidariamente responsables.

El artículo 83 recién viene a tomar protagonismo cuando se analiza la relación entre los socios por la actuación contraria a la socio. Esto por razón de que el socio que representó a la sociedad será responsable ante ella y ante los demás socios por el daño causado. Con relación a que implica actuar con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios, no corresponde realizar comentarios que diferencien a la sociedad de hecho de las demás sociedades. Son de aplicación los artículo 84 y siguientes de la LSC.

Por tanto, si bien los socios (y la sociedad) no podrán interponer el beneficio de excusión a la hora de defenderse de un tercero, sí podrán repetir lo pagado ante el socio que representó a la sociedad, en infracción a sus deberes.

Negarle al tercero la posibilidad de reclamarle a cualquiera de las partes mencionadas en el artículo 39 sería un perjuicio injustificado para él. El único supuesto en que no podría reclamarle a la sociedad, y únicamente podría reclamarle al socio que representó a la sociedad, sería si estuviera de mala fe. En los demás casos se le habilita poder accionar contra cualquiera de las partes.

XIII. Disolución

Son aplicables a la sociedad de hecho las normas generales sobre disolución de la sociedades comerciales previstas en los artículos 159 y siguientes de la LSC.

No obstante, el régimen de la LSC prevé la disolución eventual de la sociedad de hecho, a solicitud de cualquiera de los socios, lo que requiere notificación fehaciente a los restantes socios (art. 43 inc. 1 de la LSC).

Si bien la disolución se tiene por hecha en *“la fecha en que el socio notifique fehacientemente su decisión a todos los consocios”*, el inciso segundo habilita a la mayoría de los socios a dejar sin efecto la disolución dentro del plazo de diez días hábiles (según artículo 514 de la LSC), procediendo a regularizar la sociedad.

Vencido el plazo de diez días hábiles, contados desde la notificación fehaciente, la disolución se vuelve irrevocable, privando la ley de cualquier posibilidad de acuerdo entre socios.

La notificación fehaciente, entendemos, se puede cumplir acudiendo a Escribano Público, por notificación judicial o telegrama colacionado con acuse de recibo⁵⁶. Entendemos que, la exigencia de que sea fehaciente priva de cualquier comunicación mediante publicaciones en el Diario Oficial o través de actos implícitos.

Respecto a los terceros, la LSC mantiene el régimen gravoso a la hora de la disolución. La LSC mandata la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Comercio,

56 Sentencia 10/013 de JL Civil 19°.

de la disolución de la sociedad de hecho. Hasta ese entonces, no se podrá oponer la disolución, y por lo tanto cualquier socio podrá seguir representando a la sociedad para obligarla. En caso de que alguno de los socios actúe de mala fe, obligando a la sociedad, ya comunicada la intención de disolver la sociedad por otro socio, son aplicables los mismos comentarios respecto a la actuación de mala fe ya mencionados *ut supra*.

En caso de que los socios disuelven de común acuerdo la sociedad de hecho, es conveniente expresar que se tienen por extinguidos todo tipo de responsabilidad por la actividad social para los socios, sin que existan reclamaciones recíprocas ni pretensiones insatisfechas emergentes de la relación societaria. El TAC 6° en sentencia n°80/019⁵⁷ entendió que esta cláusula es válida y que pone fin a cualquier tipo de reclamación entre socios. Entienden que existió remisión al establecerse en la cláusula segunda: *“entendiéndose que en el día de hoy se extingue definitivamente la sociedad relacionada en el numeral Primero literal “a”, sin responsabilidad por la actividad social para ninguno de los socios y sin que existan reclamaciones recíprocas ni pretensiones insatisfechas emergentes -exclusivamente- de la relación societaria.”*⁵⁸

A juicio del Tribunal, dicha cláusula es clara en cuanto se refiere exclusivamente a la relación societaria; por lo que no alcanza a la transacción realizada entre las partes ni afecta a la cláusula penal en ella pactada.

XIV. Rescisión por fallecimiento de uno de los socios

La Sección V del Capítulo I de la LSC no ofrece solución al respecto. Por tanto correspondería, en principio, recurrir a las disposiciones generales de la LSC, siendo de aplicación el artículo 144⁵⁹. De esta forma, en caso de que se dé la muerte, incapacidad o inhabilitación de uno de los socios de la sociedad de hecho, la sociedad continuaría con su existencia, debiendo los socios que permanezcan liquidar la parte que le corresponde al socio fallecido, incapacitado o inhabilitado.

El gran problema que se presenta en la sociedad de hecho con respecto a esto, es el caso de la responsabilidad, y como afectaría a los sucesores del socio fallecido. Los socios de la sociedad de hecho responden en forma solidaria con la sociedad y sin poder invocar el beneficio de excusión. Se aparta del régimen de sociedades personales, donde la responsabilidad del socio es subsidiaria en primer lugar, y en segundo lugar, solidaria con la sociedad⁶⁰.

Surge la duda de si esta responsabilidad sería imponible a los sucesores del socio fallecido. Como primera aproximación hay que remitirnos a lo que dispone la ley en su artículo 39 de la LSC en su inciso primero.⁶¹ La ley es clara al señalar únicamente a los

57 Sentencia 80/019 de TAC 6°, 15/5/2019, Gómez Haedo (R), Alves de Simas, Bortoli.

58 Sentencia 80/019 de TAC 6°.

59 Artículo 144 de la LSC: *El contrato de sociedad se rescindirá parcialmente por la muerte, incapacidad o inhabilitación del socio, salvo disposición legal o pacto en contrario. También será causa de rescisión la exclusión del socio y el ejercicio del derecho de receso en los casos y condiciones previstas por la ley.*

60 Artículo 199 de la LSC: *(Caracterización). En las sociedades colectivas los socios responderán subsidiaria, solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales.*

61 Artículo 39 de la LSC: *Sin perjuicio de la responsabilidad de la sociedad, los socios serán responsables solidariamente por las obligaciones sociales sin poder invocar el beneficio de excusión (artículo 76) ni las limitaciones que se funden en el contrato social.*

socios, sin mencionar a los sucesores de los socios fallecidos. Por tanto, una respuesta aplicando un análisis exegético del artículo sería que esta responsabilidad (solidaria y subsidiaria) no se aplica para los sucesores del fallecido.

Esta solución puede dejar al acreedor social en un estado de desprotección, al menos aparente. Por las características de la sociedad de hecho, se podría dar el caso de que un acreedor contrate con la sociedad debido a la solvencia patrimonial de sus socios.

Entendemos que en caso de que el socio fallezca, la responsabilidad se extenderá a sus sucesores, no en aplicación de la LSC sino en aplicación de las normas relativa a las sucesiones previstas por el Código Civil.

En sentencia n° 67/2008 del Juzgado Letrado de 1° Instancia de Artigas de 2° Turno⁶² se desestimó la demanda de disolución y liquidación de la sociedad de hecho impetrada por un socio de esta contra la esposa de quien fuera su otro socio, prefallecido. En autos se alega que, al fallecimiento del socio, la carpintería que ambos tenían permaneció en manos de la cónyuge, quien le prohibió el acceso al local comercial. La demandada alega que no tiene legitimación pasiva, en tanto la sucesora del socio prefallecido es su hija, de conformidad con lo establecido por el Código Civil, y que no existe tal sociedad de hecho, en tanto la misma ya se había disuelto al producirse el fallecimiento.

La justicia admitió la legitimación pasiva de la hija del socio, su sucesora, y que la sociedad de hecho ya se había disuelto al momento del fallecimiento en tanto el actor se había retirado del negocio, abriendo una nueva carpintería, lo que resulta contrastados con testigos: *“Sin embargo, de la deposición testimonial, se infiere que la nueva instalación de Franco implicó que dejó de asistir a la anterior y si se vio impedido de ingresar al local como afirma en el presente, pues pudo ocurrir al proceso pertinente en forma inmediata, lo que no hizo. En consecuencia, resulta del cúmulo probatorio allegada a la causa, valorada conforme a derecho que la sociedad efectivamente se había disuelto antes del fallecimiento de Ferreira por decisión de Franco”*⁶³.

XV. Conclusión

A modo de conclusión entendemos que el régimen jurídico aplicable a la sociedad de hecho es notoriamente adverso para quienes, por ignorancia, accidente o voluntad, emprenden mediante este tipo social.

Las ventajas que reporta son escasas en comparación con las cargas que pesarán sobre los socios y administradores de este tipo de sociedades. Es patente que en actividades de menor y mediana envergadura este tipo social resulta acorde dado que el potencial de crecimiento y relacionamiento con terceros no hacen que la sociedad pueda contraer muchas deudas por lo cual los socios no se verían severamente afectados por las consecuencias de la LSC.

En caso de que la actividad de la sociedad de hecho crezca, principalmente en su relacionamiento con terceros, lo aconsejable es regularizar la sociedad de hecho, adoptando un tipo social que satisfaga los intereses de sus socios y los proteja de los riesgos, y en simultáneo, garantice a los terceros la existencia de un patrimonio social claro e independiente.

62 Sentencia 67/008 de JL Artigas 2°, 14/08/2008, Vega.

63 Sentencia 67/008 de JL Artigas 2°:

BIBLIOGRAFÍA

- BIASCO, Emilio (1983), *Sociedades de hecho y regulares*, *Revista AEU*, N°69.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1997) *Derecho Societario. Parte General. Sociedades nulas, irregulares y de hecho*, Editorial Heliasta SRL, Madrid.
- CAFFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago (1996), *Eficacia Contractual*, FCU, Montevideo.
- GAMARRA, Jorge (2011), *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo.
- Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes. Carpeta 885/1987. Distribuido 30699/0. Recuperado de: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/S1988100106997479501.PDF>
- LAPIQUE, Luis (2020), *Sociedades por acciones simplificadas*, 1ª edición, FCU, Montevideo.
- MEZZERA, Rodolfo (1983), *Curso de Derecho Comercial*, Tomo II, ACALI.
- MILLER, Alejandro (2014), *Actividad Empresarial Mercantil y Sociedad de Hecho*, LJU, Tomo 149.
- PIANTONI, Mario (1981), *Sociedades de Hecho e Irregularmente Constituidas Civiles y Comerciales*, Editora Córdoba.

**LA EFECTIVIDAD Y MATERIALIDAD DEL DERECHO A LA
EDUCACIÓN A LA LUZ DEL CASO GONZALES LLUY
Y OTROS V. ECUADOR
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015¹**

**THE EFFECTIVENESS AND MATERIALITY
OF THE RIGHT TO EDUCATION IN LIGHT OF GONZALES
LLUY ET AL. V. ECUADOR
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, RULING
FROM SEPTEMBER 1ST, 2015**

**A EFETIVIDADE E MATERIALIDADE DO DIREITO À
EDUCAÇÃO COM BASE NO CASO GONZALES LLUY
E OUTROS V. EQUADOR
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,
SENTENÇA DE 1 DE SETEMBRO DE 2015**

MARÍA DELFINA COLLAZO OLANO²

RECIBIDO: 31/10/2020

APROBADO: 23/11/2020

RESUMEN: El siguiente trabajo analiza la efectividad y materialidad del derecho a la educación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en base al caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En dicho caso, una niña de 5 años fue sometida a una transfusión de sangre de la que contrajo el virus VIH/SIDA, lo que le impidió poder ejercer su derecho a acceder a una escuela pública como los demás niños de su edad. Se intenta realizar un análisis de los derechos en juego y la forma de armonizarlos.

¹ Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf (último acceso el 29 de octubre de 2020).

² Estudiante de 2do año de Derecho en la Universidad de Montevideo. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0226-060X>. dcollazo@correo.um.edu.uy

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho a la educación

ABSTRACT: The following paper analyses the effectiveness and materiality of the right to education in the Inter-American Human Rights System, based on the case of Gonzales Lluy et al. v. Ecuador, ruled by the Inter-American Court of Human Rights. In that case, a five-year-old girl received a blood transfusion from which she contracted the HIV/AIDS virus, which prevented her from exercising her right to access to a public school like other children of her age. The paper analyses the rights at stake and how to harmonise them.

KEY WORDS: Human rights, Inter-American Court of Human Rights, right to education

RESUMO: O seguinte trabalho analisa a efetividade e materialidade do direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com base no caso Gonzales Lluy e outros v. Equador, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse caso, uma menina de 5 anos foi submetida a uma transfusão de sangue da qual contraiu o vírus HIV/SIDA, o que a impediu de exercer o seu direito de frequentar a uma escola pública como as outras crianças da sua idade. Pretende-se realizar uma análise dos direitos que estão em jogo e a forma de harmonizá-los.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, direito à educação

SUMARIO

1. Introducción. 2. Hechos del caso. 3. Derechos en juego y su jerarquización. 4. Postura del Estado demandado. 5. Situación interna en Ecuador respecto al Derecho a la Educación. 6. Regulación del Derecho a la Educación a nivel internacional. 7. Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8. Voto concurrente del Juez Eduardo Mac-Gregor. 9. Conclusión y algunos aspectos de la situación actual.

1. Introducción

El concepto de los *derechos humanos* no es novedoso, encontramos las primeras referencias sobre el tema ya en la Época Greco-Romana donde Panecio de Rodas hablaba de una unidad esencial de todo el género humano, y ya existía un concepto de igualdad de naturaleza y dignidad. Acuñando la corriente iusnaturalista, si bien la igualdad material propiamente dicha no está garantizada a todos los individuos al día de hoy, no se debe dejar de destacar el avance en el campo de regulación o reconocimiento de los derechos humanos, en especial del derecho a la educación que va a ser de especial análisis en este trabajo monográfico. Recordemos además en relación a este derecho que las circunstancias históricas han marcado una evolución de su contenido a lo largo de la historia.

En las últimas décadas, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la lista de tratados y declaraciones de derechos humanos ha ido en aumento consagran-

do derechos en muchos ámbitos, incluso se destaca el lobby o influencia ejercida por grupos de presión o diversas organizaciones que proclaman la regulación de derechos que no son reconocidos por la Comunidad Internacional. Es tal el afán por crear nuevos tratados, fomentar protocolos adicionales a las convenciones, implementar programas y plantear objetivos a futuro (como son los Objetivos del Milenio), que se ha puesto más foco en buscar reconocer “nuevos derechos” que en lograr una efectiva implementación de los derechos ya reconocidos en los textos normativos.

No es sujeto de análisis ni corresponde abordar la cuestión de fondo respecto a la enumeración que hacen los tratados o declaraciones de los derechos humanos, pero cabe resaltar que, debido a la falta de una verdadera garantía o mecanismos eficaces para la protección de estos derechos, es que suceden violaciones claras y evidentes a los mismos por parte de los Estados.

Los Estados Americanos al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”) asumen la obligación de proteger y garantizar los derechos fundamentales en ella enumerados, a todos sus ciudadanos. Es por esto que, los individuos tienen la posibilidad de denunciar, a través de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), la violación de sus derechos por parte de los Estados. Ante esto podemos preguntarnos acerca de la supuesta materialidad de los derechos regulados en los textos normativos: ¿alcanza con que haya una lista abultada de derechos enunciados a nivel internacional para efectivamente garantizar los derechos fundamentales? ¿Cuánto camino queda por delante para que podamos realmente hablar de una efectiva protección de los mismos?

En el siguiente trabajo monográfico se analizará un caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) relativo al derecho a la educación conexo con otros derechos, como el derecho a la vida y la integridad personal. Se mostrará cómo hay una vulneración a dichos derechos pese a su abultada regulación nacional e internacional. Al emitir el fallo, la Corte IDH exigió la implementación efectiva de mecanismos de consagración y protección de dichos derechos en la regulación nacional del Estado de Ecuador, así como decidió la adjudicación de la responsabilidad internacional a dicho Estado por violación de los derechos mencionados anteriormente.

2. Hechos del caso

La accionante principal de este caso es Talía Gabriela Gonzales Lluy, nacida el 8 de enero de 1995 en la provincia de Azuay Ecuador, más exactamente en Catón de Cuenca, en donde vivió junto a su madre y su hermano durante toda su infancia.

En junio de 1998, a partir de un episodio de hemorragia nasal, Talía fue llevada a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo, donde fue diagnosticada con púrpura trombocitopénica.³ La niña tuvo que recibir por indicación médica una transfusión de sangre y de plaquetas, por lo que su madre, preocupada por la salud de su hija, acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja de Azuay a donar sangre y otro tanto hicieron algunos

³ Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 75

conocidos. Entre los donantes compatibles se encontró el señor HSA, y la transfusión se realizó de forma exitosa.

Luego de la transfusión, el señor HSA fue contactado por la Cruz Roja para que se realizara nuevamente exámenes de sangre, sin explicarle los motivos de tal decisión. Realizados los exámenes, el señor HSA fue informado por la Cruz Roja que era portador de VIH/SIDA. A raíz de esto, en los exámenes de sangre realizados en forma posterior, en agosto de 1998 y enero de 1999, resultó que Talía también tenía el virus de VIH.

En septiembre de 1999, Talía fue inscrita en la escuela pública “Zoila Aurora Palacios”. El director de la escuela se enteró, a través de la profesora APA, que Talía tenía VIH, por lo que decidió que la niña debía dejar de asistir a clase hasta que las “autoridades de educación” tomaran decisiones relativas al asunto. Ante esta negativa, el 8 de febrero del 2000, su madre Teresa Lluy, con la asistencia del Defensor del Pueblo de Azuay, presentó una acción de amparo constitucional ante el Tercer Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de la Cuenca, contra el Ministerio de Educación y Cultura, el director de la escuela pública “Zoila Aurora Palacios” y la profesora APA, alegando la violación del derecho humano fundamental, a la educación.⁴

El 11 de febrero, el Tribunal rechazó el recurso presentado por la parte actora, debido a una supuesta colisión entre los derechos de la niña (derechos y garantías individuales como es el derecho a la educación) y los intereses de un grupo de niños que asistían a la escuela (derecho a la vida). Esta supuesta colisión de derechos será luego sujeto de análisis. Ante el agotamiento de recursos internos, en 2006 Lluy decidió iniciar el proceso ante la CIDH.

El trámite ante este organismo internacional se desarrolló de la siguiente manera: la petición ante la CIDH fue presentada por Iván Durazno Campoverde el 26 de junio de 2006, el Informe de Admisibilidad fue admitido por la CIDH el 7 de agosto del 2009 y finalmente el Informe de Fondo fue emitido el 5 de noviembre de 2013. Allí se concluyó que el Estado era responsable por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, a la educación y a las garantías judiciales, consagrados por los artículos 4, 5,8 y 25 de la CADH. A través de este informe, el Estado fue notificado el 18 de noviembre de 2013, y se le concedió un plazo de dos meses para que cumpla con las recomendaciones de la CIDH. Ante la falta de cumplimiento por parte del Estado demandado, se sometió este caso a la jurisdicción de la Corte IDH el 18 de marzo de 2014.

3. Derechos en juego y una forma de armonizarlos

Los derechos reclamados ante la Corte IDH fueron los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad personal, a la educación, a la salud, y a las garantías judiciales. Para verificar la efectiva violación a estos derechos, la Corte IDH analizó el vínculo entre la situación de salud - discriminación sufrida por Talía y la respuesta del Estado de Ecuador para justificar su conducta negativa en relación al asunto.

⁴ Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 133 - 135.

Todos estos derechos tienen un marco legal internacional que los ampara frente a los Estados Miembros de la OEA. Además, cada Estado tiene el deber de reglamentar esos derechos en su Derecho Interno, tal como lo enuncia el artículo 2 de la CADH: “los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Por lo tanto, si un derecho es efectivamente reglamentado y consagrado por la CADH es evidente que su protección debe estar avalada en todos los ordenamientos internos de los Estados Parte sin excepción. Siguiendo esta línea de pensamiento, los derechos a la vida y educación deberían estar ampliamente protegidos y garantizados, no solo en papel sino también en la práctica. Sin embargo, al negar el acceso a la educación a Talía, se violentaron los artículos 19 y 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 4, 5, 19 de la CADH y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la CADH, el Protocolo de San Salvador. Asimismo, vulnerando así el derecho a la educación de esta niña de tan solo 5 años.

El VIH/SIDA no debe ser visto como una discapacidad, tal como lo definió la Corte IDH: “no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”.⁵ De modo que, la persona infectada de VIH no se encuentra en una situación de discapacidad, sino que, se encuentra en condiciones de vulnerabilidad debido a las consecuencias negativas que tal padecimiento puede traerle aparejado a nivel social.

El director de la escuela no solo no comprendió la situación de fragilidad en la que se encontraba la niña, sino que tampoco tuvo la flexibilidad y empatía para atender las necesidades sociales y educativas de la familia Gonzales Lluy, y por ende resultó que Talía fue considerada como un riesgo para el sistema educativo. En adición, la discriminación no fue solo padecida por la niña, sino que se extendió a toda su familia, y fue de tal magnitud, que Teresa Lluy fue despedida de su trabajo por el simple hecho de tener una hija con VIH/SIDA. La parte actora argumentó que la familia no tuvo garantizado un entorno seguro, y a pesar de su carencia de recursos económicos, dispusieron el máximo esfuerzo para cuidar el estado de salud de su hija. Las presiones a nivel social que tuvo que sobrellevar la familia Gonzales Lluy fueron aberrantes, lo que condujo a consecuencias negativas como la pérdida de peso de Teresa, que culminó en el desarrollo de una diabetes emotiva.⁶ En cuanto a su hermano Iván Lluy, dejó de asistir a la universidad y decidió trabajar para solventar los gastos médicos que requería el tratamiento del VIH, luego padeció depresión, al ser testigo de la discriminación y el dolor sufrido por su hermana y su madre. La Corte IDH entendió que este tipo de consideraciones no son menores y acompañan al estigma social que sufrió Talía y su familia. Por ende, el caso requería ser atendido con urgencia, para poder poner un punto final a la situación.

El director de la escuela alegó la protección del derecho a la salud y evidentemente a la vida de todos los niños que concurrían a la escuela “Zoila Aurora Palacios”. Asimismo,

5 Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 236

6 Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 218

mo, argumentó que Talía se encontraba en primer año de educación básica, donde la posibilidad de estar en contacto con objetos cortopunzantes era frecuente, y por consiguiente un posible contagio de VIH a los demás niños era eventual.

Para contrarrestar este argumento, la parte actora presentó una serie de informes médicos donde probó que, si bien la posibilidad de contagio por parte de los niños respecto de la niña existía, esta era poco probable. Tal como expresó la CIDH, una vez que el Estado tomó conocimiento en el asunto, era su obligación actuar para proteger el débil estado de salud de Talía, especialmente cuando estamos ante un caso de una niña que carece de recursos económicos para acceder a un buen tratamiento para conllevar su enfermedad. El Estado de Ecuador no solo supo de la vulneración de derechos de los que la niña fue objeto, sino que fue testigo de las acciones jurisdiccionales que presentó Teresa Lluy para que se hicieran valer esos derechos, los cuales concluyeron sin resultado exitoso. A partir de la transfusión que recibió Talía, que fue la causante de su contagio, el Estado de Ecuador incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de la niña.

La Corte IDH emitió su opinión respecto de la trascendencia y la gravedad de la situación expresando:

*“Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada”.*⁷

Es imprescindible preguntarnos, ¿no es evidente la vulneración de derechos humanos en este caso?

Se puede observar que hay dos derechos en juego, por lo que hay que encontrar la forma de armonizarlos, para que no pase que uno prevalezca sobre el otro. Ante una colisión de derechos hay dos visiones para resolver los conflictos: la visión conflictivista y la visión armonizadora. Por un lado, la visión conflictivista plantea que, ante la posibilidad de un conflicto entre derechos o entre derechos y bienes colectivos públicos, uno debería prevalecer respecto del otro. Los dos mecanismos de solución de conflictos son la jerarquización y ponderación. El primero es defendido por el profesor argentino Miguel Ángel Ekmekdjian⁸, que plantea la existencia de una tabla jerárquica de derechos humanos, en donde unos derechos tienen más peso que otros, y ante un posible conflicto entre dos de ellos, el de menor jerarquía debería sacrificarse en beneficio del otro. En la tabla que él plantea, el derecho a la vida estaría por encima del derecho a la educación. En este caso, al jerarquizar los derechos en juego, Talía debería quedarse en su casa y no ir a la escuela, al verse vulnerado el derecho a la vida de varios niños. El segundo mecanismo es el de la ponderación, que busca sopesar los derechos en juego, en base a la relación entre costos y beneficios que lleva la elección de un derecho u otro. En definitiva, esto lleva a inclinarse por proteger el derecho que tenga mayor peso específico. De usarse este mecanismo en el caso planteado, Talía no debería asistir a clase debido a que significaría un costo menor a que el resto de los niños se contagien de VIH.

⁷ Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

⁸ Ekmekdjian fue profesor titular de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

Si bien ambos mecanismos son defendidos por parte de la doctrina, tienen como críticas la posibilidad que el predominio de un derecho se deba a la fuerza del poderoso o a la defensa que hace la mayoría, violando así el derecho de las minorías.⁹

Otra visión para la solución de conflictos, la cual a mi juicio es la que debería aplicarse en este caso, es la teoría armonizadora. El hecho de que ciertos derechos humanos tengan una mayor jerarquía que otros (sobre todo el derecho a la vida como derecho madre), no exige la destrucción o postergación de los otros, sino su armonización. La primacía de un derecho no significa que las exigencias naturales de los demás tengan que ser sacrificadas o eliminadas. Sin embargo, en ocasiones la armonización no es objetiva, porque se acude a la necesidad de establecer una jerarquización, tal como enuncia Juan Cianciardo:

*“La armonía de un conflicto entre los bienes depende de que estos vengan referidos a la naturaleza, a una instancia objetiva. Si, por el contrario, se la hace depender de la voluntad de los sujetos, se pierde la referencia universal y, con ella, la posibilidad de pensarlos armónicamente, pues si bien es común la naturaleza a todos los individuos, el objeto del querer de la voluntad de cada uno es indeterminado y, por tanto, variable de unos sujetos a otros. Ahí es donde surge la necesidad imperiosa de una jerarquización”.*¹⁰

En definitiva, la única solución viable para analizar los derechos en este caso es la vía armonizadora. Es imprescindible realizar este análisis tomando el derecho a la vida como punto de partida de los otros derechos. Ante una jerarquización de derechos (donde un derecho, como el de la salud, emerge de otro derecho, el derecho a la vida) no habría lugar a dudas en afirmar que el derecho que debe ser protegido, ante todo, es el derecho a la vida. Si no se respeta, todos los demás derechos que se originan en base a él, carecerían de fundamento para alegar su existencia. Sin embargo, eso no da lugar a que uno tenga que ser sacrificado por el otro, sino por el contrario, la solución es armonizarlos, de forma que ambos derechos coexistan.

4. Postura del Estado demandado

Tal como se mencionó anteriormente, la justificación presentada por el director de la escuela ante la negativa de la asistencia a clase de Talía fue la de la protección del derecho a la salud de los niños de primaria en dicha escuela. El demandado manifestó que era un riesgo que Talía concurriera a clase debido a que, al encontrarse en el ciclo de educación básica, el contacto con objetos cortopunzantes era frecuente, y podría tener como consecuencia, un posible contagio entre los niños.

La CIDH, en representación de la familia Gonzales Lluy, solicitó que se tomaran medidas respecto a la discriminación sufrida, como son capacitaciones e información acerca de la enfermedad del VIH/SIDA en la escuela. En definitiva, que el Estado de Ecuador no solo implementara prácticas con el objetivo de la difusión sobre el VIH, sino que efectivamente haya un respeto hacia las personas que viven con la enfermedad, a nivel nacional.

9 CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*. 2ª edición, 2006, p. 110 – 116.

10 CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*. 2ª edición, 2006, p. 117.

La respuesta de Ecuador fue mencionar las prácticas educativas ya realizadas con relación al VIH: programas nacionales para garantizar la equidad e inclusión social y Acuerdos Ministeriales para la consagración de educación sin discriminaciones o limitaciones de ningún tipo. Además, argumentó que como Talía no se encontraba internada en instituciones privadas o públicas, sin un médico que siga su tratamiento, no le competía al Estado el rol de garante y por eso no incurría en responsabilidad por la vulneración de su derecho a la integridad física.

Respecto al rol del Estado como garante de los derechos humanos, se entiende que no es un motivo fundado el alegado por la parte demandada. En este caso hubo una violación expresa del derecho a la vida, salud e integridad física, por la falta de control que debería haber hecho el Estado con respecto a la atención médica dada en centros de salud privados¹¹, tal como surge del Artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 45 de la Carta de la OEA y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Era deber del Estado de Ecuador controlar la actividad y servicios brindados por el Banco de Sangre, la accesibilidad de los procedimientos realizados y la calidad de los mismos. La Cruz Roja era la única en el país con competencia de administrar transfusiones de sangre y sus derivados, por lo que su control estatal debió ser realizado de forma más rigurosa. Asimismo, la parte actora declaró que debieron recurrir a una institución privada por la falta de servicios públicos de asistencia médica de calidad, obligación entendida como propia de cualquier Estado, por lo que Ecuador no debió excusarse en ningún momento delegando la responsabilidad a la institución privada, o a la familia Gonzáles Lluy por recurrir a la anterior.

La Corte IDH evidentemente tomó en consideración la legislación nacional respecto a la consagración del derecho de educación y la vida para las personas, en especial a niños que atraviesan la misma situación que Talía. No hay lugar a dudas respecto a las políticas implementadas por el Gobierno a los ámbitos de educación y VIH, y reglamentos que consagra que el sistema educativo debe brindar a cada niño el acceso y permanencia a la enseñanza, al igual que implementar prácticas para atender a los niños con discapacidades.

En noviembre de 2008, el Ministerio de Educación prohibió a las autoridades de los institutos educativos a exigir pruebas relacionadas con el VIH a estudiantes, amparados en el principio de no discriminación. En adición, el Consejo Nacional de Educación Superior emitió una resolución mediante la cual estableció la prohibición de “exigencia de prueba de VIH para cualquier procedimiento para una institución de educación superior; así como también la exclusión de la comunidad académica a una persona con VIH en virtud de que violenta el principio de no discriminación”.¹² Por ende, carece de

11 Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 172-174.

12 Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 394.

fundamento la justificación en la cual se excusa el Estado de Ecuador para rechazar la admisión y permanencia de Talía en su instituto educativo, así como la negación a recibir ayuda debido a su situación de discapacidad.

5. Situación interna en Ecuador respecto del Derecho a la Educación

Es de sumo interés analizar las consideraciones que hizo la Corte IDH respecto a la ineficaz regulación interna sobre la educación en Ecuador. La Corte IDH enumeró una lista de programas propuestos por el Estado, pero comprobó que, si bien existe normativa, es poco lo que esta se llevó a la práctica.

Por consiguiente, es sujeto de análisis el informe realizado por Rosa María Torres, Ex Ministra de Educación y Cultura de Ecuador, que resalta y constata observaciones similares a la las que llevaron a la Corte IDH a emitir su fallo.

El informe enuncia que *“la educación es tanto un derecho humano como un medio vital para promover la paz y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. A fin de que se realice su potencial para contribuir a construir un mundo más pacífico, la educación debe ser universal y accesible de manera igualitaria para todos y todas”*.¹³

Torres afirma que, si bien la educación es un derecho que se ha venido reconociendo en declaraciones en los últimos tiempos, es necesario ampliar aún más ese derecho. El acceso a la educación no solo debe darse sino también hacerse en condiciones que sean igualitarias para todo individuo, con independencia de su origen, raza, condición social, enfermedad o religión. Una especie de enseñanza alternativa distinta a la que todo individuo ordinario recibe, atentaría la igualdad social.

Alega el informe que *“lograr que se reconozca la educación como un derecho, antes que como un mero servicio, una oportunidad o incluso- cada vez más- una mercancía, es una batalla cada vez más cuesta arriba e importante por sí misma. (...) [Otra] gran batalla ... es lograr que la abultada lista de convenios, declaraciones y programas de acción en torno al derecho de la educación deje de ser tinta en el papel y pase a concretarse en la realidad, especialmente en los llamados “países en desarrollo”, y en relación a los pobres”*.¹⁴

No es objeto de estudio la lista de convenios o programas sociales que definen o legislan los distintos derechos fundamentales que se han ido firmando a lo largo de la historia. En este artículo se intentan resaltar puntos fundamentales respecto a la ampliación del concepto del derecho a la educación. En primer lugar, para que este derecho sea de toda persona, incluyendo a las personas mayores o con alguna discapacidad.

Torres entiende que al exponer el término *educación*, no se refiere solo a tener acceso a las instituciones educativas, sino a efectivamente gozar de una educación; y no cualquier

13 TORRES, Rosa María. *“Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela”*. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Barcelona, 2006, p. 1. Disponible en https://www.oei.es/historico/inicial/articulos/derecho_educacion.pdf (último acceso 30 de octubre de 2020).

14 TORRES, Rosa María. *“Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela”*. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Barcelona, 2006, p.1-2 https://www.oei.es/historico/inicial/articulos/derecho_educacion.pdf (último acceso 30 de octubre de 2020).

tipo de educación, sino una buena educación. Gran parte del proceso de enseñanza sí se da en los centros educativos, pero no es el único lugar. Mucho de los aprendizajes y valores son adquiridos en el seno familiar o con amigos, los cuales complementan el proceso educativo formal recibido en las escuelas.

Expresa además que, para garantizar una buena educación, no alcanza con mejorar en términos de cantidad, sino también en calidad. Actualmente se hace mucho énfasis en la infraestructura de centros de enseñanza y en los porcentajes de niños que acceden a una educación. La calidad, haciendo referencia a los valores o condiciones psico-sociales que regulan la enseñanza ha ido en decadencia, en especial en los países donde sufren más diferencias socioeconómicas.

A su vez, hay que comprender que el derecho a la educación no es solo para personas sanas, sino para personas que poseen alguna especie de discapacidad. Al fomentar la accesibilidad a la educación, se promueve también la inclusión social y, en definitiva, la idea de que las personas que padecen enfermedades no son necesariamente discapacitadas, como el caso de analizado de Talía Gonzales Lluy. Por consiguiente, si bien el acceso a la educación es alto; suceden atrocidades que atentan contra la dignidad humana, y que pueden llegar a ser incluso más graves que la propia exclusión de la enseñanza.

El último punto que resalta Torres es el énfasis de aprender, lo cual conlleva comprender, meditar y profundizar, llevando los conocimientos teóricos a la práctica, a la vida misma. Al democratizar el aprendizaje, se confirma la igualdad de condiciones y oportunidades para la población, permitiendo que el derecho a la educación pase de ser un ideal inalcanzable, a algo concreto que se evidencia en la realidad que trae como consecuencia el “aprendizaje a lo largo de la vida”, el cual nos incentiva a la participación activa, siendo, en definitiva, una característica esencial de toda democracia.¹⁵

6. Regulación del Derecho a la Educación a nivel internacional

En los artículos 1 y 2 de la *CADH*, se establecen las obligaciones de los Estados Parte respecto al deber de respetar los derechos enunciados en la misma, y la prohibición de cualquier diferencia de trato a los individuos. Asimismo, la protección judicial debe ser efectivamente garantizada para todos los individuos, respecto a una posible violación de los derechos humanos consagrados en las Constituciones nacionales, o por la Convención. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 26 de la *CADH* se reglamentan las obligaciones de los Estados sobre el desarrollo de los mismos. A su vez, en el artículo 29 se enumera la interpretación de las normas de la *CADH*, donde se explícita que nunca una norma podría ser interpretada en sentido de la exclusión de un derecho.

En los últimos años se han hecho incorporaciones a la normativa internacional respecto a los derechos humanos fundamentales con el fin de promover una igualdad material y efectiva respecto la garantía de los mismos. Se incorporó a la normativa internacional el Protocolo de San Salvador, adicional a la *CADH*, donde se reglamenta explícitamente

¹⁵ TORRES, Rosa María. “Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela”. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Barcelona, 2006, p.21.

la enumeración de una serie de derechos, así como la afirmación de otros derechos ya enunciados en la *CADH*. En los artículos 1 y 2 del Protocolo, se expresa la obligatoriedad de los Estados Parte en relación a la disposición de medidas, incluidas las económicas, a efectos de reconocer los derechos en el mismo; y el compromiso ante reformas a nivel de orden interno en el caso de que sea necesario. Finalmente se incorpora la regulación del derecho a la educación en el artículo 13:

1. “Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados Parte en el presente Protocolo conviene en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos...”

En adición, se agregan los artículos 20, 24, 28, 29, 32 y 33 de la Convención de los Derechos del Niño en base del respeto del derecho a la educación; y el efectivo acceso a la enseñanza para todo niño sin distinción alguna, aludiendo a niños a los cuales se les vulnera dicho derecho por consecuencia de ciertas enfermedades o discapacidades; así como también se establece en el Preámbulo de dicha Convención.

7. Fallo de la Corte Internacional de Derechos Humanos

La Corte IDH concluyó que el Estado de Ecuador era responsable por la vulneración de los derechos fundamentales de Talía Gonzales Lluy y su familia.

En primer lugar, por la violación del derecho a la vida e integridad personal de Talía según los artículos 4 y 5 de la *CADH* y la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud. En segundo lugar, por la lesión a los derechos de integridad física de Teresa Lluy e Iván Gonzales Lluy. En tercer lugar, por la vulneración al derecho de la educación según el artículo 13 del Protocolo de San Salvador y los artículos 1.1 y 19 de la *CADH*. A su vez, desestimó la excepción preliminar relacionada con la falta de agotamiento de los recursos internos impuesta por el Estado.

Dentro de las reparaciones que debían ser asignadas a la parte demandante, se incluyó una beca de estudios para la continuación de la formación universitaria de Talía, el tratamiento médico para su enfermedad, así como una vivienda digna. Dentro de las medidas que debía adoptar Ecuador con respecto a su normativa interna, se agregó la capacitación a funcionarios de la salud sobre el VIH.

8. Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor

El Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor estuvo de acuerdo con la decisión adoptada, pero agregó además la creación de un nuevo concepto: la “*interseccionalidad*” de la discriminación, una discriminación múltiple que radica en que Talía es mujer, menor de edad, con una discapacidad, con VIH y con un bajo nivel socioeconómico.

Escribió Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente que “*La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o*

*una carga de discriminación única o distinta. (...) Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos”.*¹⁶

La violación de los derechos de Talía y su familia fue respecto a un grupo de derechos que debieron interpretarse y protegerse de forma conjunta. La gravedad del asunto radicó en la violación de un conglomerado de derechos que generaron un daño irreparable a las víctimas.

Otro aspecto que señaló Ferrer Mac-Gregor fue la exigencia de brindar al artículo 26 de la CADH una supremacía independiente de los artículos 1 y 2 de la CADH, y los artículos 4 y 19.6 del Protocolo de San Salvador.

Así lo expresó diciendo que *“lo que involucra esta visión de juziciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho de salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de las Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace directamente desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto de la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por la conexidad con los derechos civiles. (...)”*¹⁷.

Y concluyó el Juez: *“... a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia Interamericana resulta legítimo -y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional – otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el corpus juris interamericano en su integridad”*.¹⁸ Además, hizo referencia a la relación entre la proporcionalidad y la razonabilidad. En definitiva, que las leyes que regulan los derechos humanos deben proteger el goce de los mismos y respeto de la dignidad humana.

9. Conclusión y algunos aspectos de la situación actual

La Corte IDH se pronunció respecto a la responsabilidad del Estado de Ecuador por la violación de un conjunto de derechos humanos fundamentales. El hecho de que el caso fuera sometido bajo la jurisdicción de la Corte IDH permitió que se hiciera justicia a las víctimas y que se viera protegido ese conjunto de derechos, pero ¿qué hubiera pasado si el caso no hubiese sido presentado ante un tribunal internacional? Si bien los tratados o declaraciones son universales por definición, ¿por qué el Estado de Ecuador no había cumplido las recomendaciones presentadas por la CIDH, que impulsaban a realizar acciones y proteger los derechos consagrados universalmente?

16 Voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 11.

17 Voto concurrente del Juez Eduardo Mac-Gregor Poisot. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr.102

18 Voto concurrente del Juez Eduardo Mac-Gregor Poisot. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr.108

La decisión de la Corte IDH fue fundamental para marcar un precedente sobre la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales y también la trascendencia del rol del Estado como garante de los derechos y bienes jurídicos de los individuos bajo su jurisdicción.

La interseccionalidad de una discriminación múltiple, planteo novedoso del Juez Ferrer Mac-Gregor en esta sentencia, es imprescindible para comprender que, en materia de derechos humanos, la vulneración de un derecho o derechos no es siempre respecto a un solo factor, sino que en ciertos casos puede darse la particularidad de que el conjunto de estos factores genere una discriminación distinta, la cual evidentemente requiere que sea resuelta mediante una armonización de derechos.

De esto se deduce lo importante que es realizar una armonización de los derechos, sino de lo contrario, se puede terminar sacrificando un derecho que debería ser también respetado. En el caso sujeto de análisis, el estado jerarquizó y puso por encima el derecho de vida de los niños, dejando de lado el derecho de educación de Talía. Es por eso que, a pesar de la existente regulación internacional respecto a la protección de los derechos humanos, puede que los Estados no siempre cumplan con la misma. Por ende, ante la negativa de los Estados para hacer valer los derechos de sus ciudadanos mediante sus legislaciones nacionales, es imprescindible el rol de la Corte IDH para efectivamente proteger y garantizar los derechos de los más vulnerables, como los del presente caso.

Ante las ineficaces regulaciones nacionales, se aprecia qué tan importante es la subsidiariedad y la entrada en acción del derecho internacional para permitir el goce universal de los derechos humanos.

Pedro Serna expresa que *“los derechos humanos y la lucha por su implantación han revestido siempre los rasgos de una utopía; su defensa y avance postulan necesariamente modificar modos de pensar y actitudes sociales, en un abrirse camino desde el reconocimiento minoritario hasta alcanzar el consenso de la comunidad (...) la renuncia a la utopía, el considerar que ya no queda nada por hacer, no puede sino conducirnos por el camino de la insensibilidad y las contradicciones culturales que hoy nos envuelven”*.¹⁹

Esta lucha idealista para fomentar y dar una base sólida para la protección de los derechos humanos es el único camino para poder finalizar las colisiones entre derechos, y las vulneraciones de los más débiles de una vez por todas.

BIBLIOGRAFÍA

Cianciardo, J. (2006). *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*. 2^o edición, Buenos Aires.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf (último acceso el 29 de octubre de 2020).

19 MASSINI, C.I y SERNA, Pedro, *El derecho a la vida*. Eunsa, Pamplona, 1998, p. 78-79

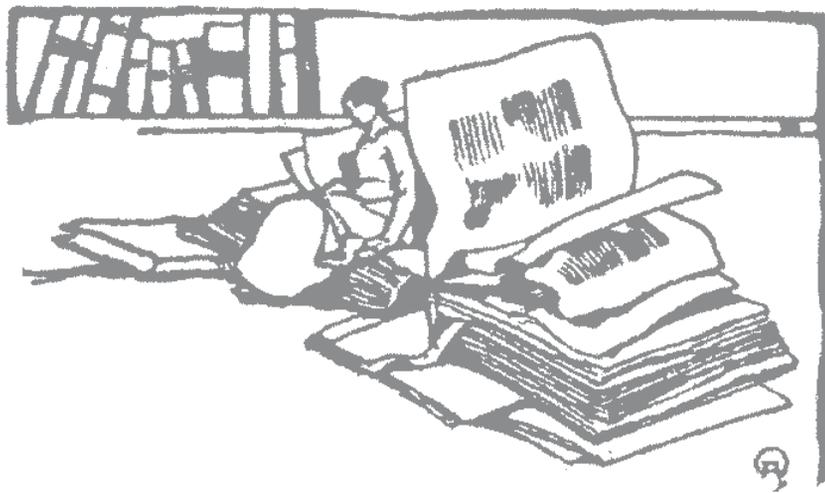
Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_298_esp.pdf (último acceso el 28 de octubre de 2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf (último acceso el 28 de octubre de 2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Ficha Técnica: Caso y otros Lluy Vs. Ecuador. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=428&lang=es (último acceso el 26 de octubre de 2020).

Massini C., & P. Serna (1998). *El derecho a la vida*. Eunsa, Pamplona.

Torres, R. (2006). “*Derecho a la educación es mucho más que acceso de niños y niñas a la escuela*”. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Barcelona. Disponible en https://www.oei.es/historico/inicial/articulos/derecho_educacion.pdf (último acceso 30 de octubre de 2020).



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

PROPIEDAD HORIZONTAL de Elías Mantero Mauri,
Aparicio Howard y Alfredo Frigerio.
Por Miguel Casanova.

Propiedad horizontal¹

Elías Mantero Mauri – Aparicio Howard – Alfredo Frigerio

La obra objeto de la presente reseña tiene como propósito estudiar la forma en la cual la jurisprudencia nacional aplica el Derecho de la Propiedad Horizontal. Procura que el lector conozca a través de la sistematización y análisis de las sentencias qué dicen los jueces sobre la materia. Mediante un estudio razonado de las sentencias de los tribunales superiores, ordenadas por temas y comentadas, busca identificar cómo funciona el Derecho de la Propiedad Horizontal en la práctica diaria. En definitiva, el objetivo del libro es conocer el “derecho vivo” de la Propiedad Horizontal.

Es que frente al conflicto del caso concreto será un juez quien, en última instancia, declarará el derecho aplicable y condenará o absolverá en base a ello; o simplemente declarará, con carácter obligatorio, cuál es el derecho para ese caso. Y aun fuera del conflicto es innegable la utilidad de conocer cuáles son las líneas jurisprudenciales sobre los temas más importantes de la Propiedad Horizontal para predecir cómo se resolverán los casos y en función de ello adoptar decisiones racionales.

La obra no es solo una sistematización de jurisprudencia, sino que se incluyen comentarios sobre la misma, en ocasiones para describirla, ordenarla o aportarle contexto y en otras ocasiones para criticarla, ofreciendo en estos casos el punto de vista personal de los autores. Incluso, en algún aspecto se hace un tratamiento doctrinario autónomo pese a no existir jurisprudencia al respecto, como es el caso de la Ley 19.604, de 21 de marzo de 2018, que estableció un tope a los intereses moratorios en deudas de gastos comunes.

El trabajo sobre la jurisprudencia no consiste únicamente en la reunión de fallos bajo categorías generales, sino que de cada sentencia se infiere la máxima contenida en ella y se la presenta en forma de título antes de transcribir el fragmento de la decisión en cuestión.

Los temas tratados en el libro son los siguientes: Reglamento de Copropiedad, Reglamento Interno, Bienes Propios y Bienes Comunes, Garajes, Asambleas de Copropietarios, Administración, Comisión Directiva, Gastos Comunes, Hipoteca Recíproca, Prohibiciones y Relaciones de vecindad, Innovaciones y Obras, Prehorizontalidad, Personería del Consorcio y Promesas de unidades futuras y deudas del propietario.

Cada uno de los temas tratados en el libro es estudiado en tres secciones: la primera, consta de un relevamiento de la normativa legal vigente (“NORMATIVA”); la segunda, se compone del análisis y comentarios que conectan los textos legales con la jurisprudencia existente, ya sea describiéndola o criticándola (“COMENTARIOS”); y, la tercera, es el relevamiento de toda la jurisprudencia publicada en la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial (BJN) sobre la materia (“JURISPRUDENCIA”).

Se relevan sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil y, por excepción, alguna sentencia de la Justicia Letrada de destaque, des-

¹ Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2020.

de que comenzó la publicación en la BJNI. En concreto se analizaron más de 500 sentencias: todas las existentes en BJNI encontradas bajo el descriptor “Propiedad Horizontal”. El análisis exhaustivo de jurisprudencia permite identificar las tendencias o máximas judiciales en cada uno de los asuntos, con alto grado de precisión.

La exposición y sistematización de la jurisprudencia sigue la metodología adoptada por la Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil que integran los autores, es decir, la de inferir y exponer las máximas judiciales que se extraen de las sentencias como si fueran reglas de aplicación en los casos reales. A su vez esas reglas inferidas se categorizan y ordenan por subtemas dentro de cada tópico general, para facilitar su conocimiento.

En definitiva, se trata de una obra que analiza el tratamiento jurisprudencial de los temas más relevantes sobre Propiedad horizontal, lo que habilita a conocer el sentido y alcance que en la realidad se le otorga a la legislación en la materia.

Por Miguel Casanova

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. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.

2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.

3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.

4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.

5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:

- i) Título en español y en inglés.
- ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
- iv) Abstract del trabajo en español y en inglés (entre 100 y 200 palabras)
- v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábica: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.

7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).

8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo la 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.

EDITORIAL GUIDELINES

The **Law School Journal** is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

Guidelines for the publication of academic papers

1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.

2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.

3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.

4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.

5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:

- i) Title in Spanish and in English.
- ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
- iii) An abstract of the manuscript in English and in Spanish (between 100 and 200 words).
- iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in English and in Spanish.

6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.

7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).

8) Bibliographical references must appear as footnotes (Font: Times New Roman, Size 10, single-spaced) in accordance with the following structure:

- Books: AUTHOR, Title, Publisher, City, Year.

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

- Journals: AUTHOR, "Title", Journal, Volume, Number, Year and Pages.

Example: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, p. 51 et seq.

9) References to case law must indicate: country of origin, court issuing the judgment, number and date.

10) References to statutory law must include country of origin, enacting body, name (if appropriate), number and date.

REGULAMENTO EDITORIAL

A **Revista de Direito** é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideu.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

Mensagem do Decano ou do Diretor

- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (peer review) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideu, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.

2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.

3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.

4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.

5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:

- i) Título em espanhol e em inglês.
- ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
- iv) Abstract do trabalho em espanhol e em inglês (entre 100 e 200 palavras)
- v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em inglês e em espanhol.

6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.

7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).

8) As referências bibliográficas devem ser feitas no final do texto (formato: Times New Roman, Tamanho 10, espaçamento entre linhas simples) seguindo a seguinte estrutura:

- Livros: AUTOR, Título, Editorial, Cidade, Ano.

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

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

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

9) As referências de Jurisprudência devem estabelecer: país de origem, órgão judicial que ditou, número e data da sentença.

10) As referências de Direito positivo devem incluir: país de origem, órgão que ditou a norma, nome (em caso de corresponder), número e data.



Diciembre, 2020. Depósito Legal N°. 000.000 / 20
www.tradinco.com.uy

ISSN: 1510-5172 (en papel), ISSN: 2301-1610 (en línea)



Facultad de Derecho – UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
www.um.edu.uy