



UNIVERSIDAD DE  
MONTEVIDEO  
Facultad de Derecho

# DERECHO

## **MENSAJE DEL DIRECTOR**

*Preparar abogados para los nuevos tiempos*

## **DOCTRINA**

- |                                |   |
|--------------------------------|---|
| BLENGIO VALDÉS, Mariana        | Derecho humano a un medio ambiente sano   |
| DURÁN MARTÍNEZ, Augusto        | Responsabilidad del Estado por los daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional |
| ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás | Buceando en las profundidades de la anomia  |
| RODRÍGUEZ ARANA, Jaime         | Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública                                  |

## **CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES**

- |                               |   |
|-------------------------------|---|
| EHEVARRÍA LEÚNDA, Jorge       | El arbitraje y contratación administrativa  |
| JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Mercedes | Los conflictos societarios y el arbitraje   |
| PARODI, Gustavo               | La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias               |
| PEREIRA CAMPOS, Santiago      | Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo   |
| SILVA-ROMERO, Eduardo         | La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional |

## **JURISPRUDENCIA COMENTADA**

- |                     |  |
|---------------------|--|
| CASTELLO, Alejandro | El despido de la trabajadora grávida en la jurisprudencia uruguaya |
|---------------------|--|

## **INFORMACIONES**

## **TESINAS DE MASTERS**

- |                |  |
|----------------|--|
| MANTERO, Elías | Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio |
|----------------|--|

## **MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES**

- |                |   |
|----------------|---|
| PAYSEÉ, Marcos | Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual |
|----------------|---|

## **NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**



# Revista de DERECHO

## MENSAJE DEL DIRECTOR

Preparar abogados para los nuevos tiempos 2

## DOCTRINA

**Blengio Valdés, Mariana**  
Derecho humano a un medio ambiente sano 5

**Durán Martínez, Augusto**  
Responsabilidad del Estado por daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional 19

**Etcheverry Estrázulas, Nicolás**  
Buceando en las profundidades de la anomía 25

**Rodríguez Arana, Jaime**  
Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública 29

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

**Echevarría Leúnda, Jorge**  
El arbitraje y contratación administrativa 39

**Jiménez de Aréchaga, Mercedes**  
Los conflictos societarios y el arbitraje 45

**Parodi, Gustavo**  
La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias 49

**Pereira Campos, Santiago**  
Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo 81

**Silva-Romero, Eduardo**

La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 93

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

**Castello, Alejandro**  
El despido de la trabajadora grávida en la jurisprudencia uruguaya 103

## INFORMACIONES

Seminarios y actividades extracurriculares 121

## TESINAS DE MASTERS

**Mantero, Elías**  
Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio 125

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**Payseé, Marcos**  
Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual 157

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal 165

Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (2002) 167

Revista Iberoamericana de Administración Pública Nº 9 169

Anuario de Derecho de la Universidad Austral Nº 6 171

## MENSAJE DEL DIRECTOR

### *Preparar abogados para los nuevos tiempos*

La convergencia tecnológica y la globalización han transformado tanto las condiciones de vida actuales que, a veces, nos parece que vivimos en un mundo que no es el nuestro, que somos personajes de otra época navegando en un nuevo mundo extraño y complejo, para el cual no hemos sido educados y que, sin embargo, está transformando desde nuestras actividades más íntimas hasta las cuestiones de política mundial.

Estas transformaciones implican también desafíos sustanciales para el Derecho y, por ende, para quienes ejercen las profesiones jurídicas.

Siendo así, es evidente que también es necesario adecuar la enseñanza de la ciencia jurídica, de modo de preparar adecuadamente a los nuevos profesionales para encarar los desafíos de un mundo tan cambiante.

Que el Derecho cambia, no es novedad. Como ya lo señalara magistralmente Giorgio DEL VECCHIO, "las normas jurídicas, en su existencia histórica o positiva, están sujetas a un flujo continuo: quedan en vigor por algún tiempo más o menos largo y después son sustituidas o modificadas por otras. Esta continua renovación obedece, ante todo, a que el Derecho es un producto del espíritu humano; así como la mente humana se desarrolla, elevándose de modos de conocimiento y actividad inferiores a otros superiores, así también se desenvuelve el Derecho. Además, variando las condiciones de vida y las circunstancias de lugar y de tiempo, estas mutaciones deben reflejarse a su vez en el Derecho, porque todos los fenómenos y en especial los de la vida social están concatenados entre sí".

Lo original o peculiar de nuestros días es el vértigo con el que se verifican las transformaciones, la mundialización de las relaciones jurídicas, y la globalización de las comunicaciones y los procesos de intercambio.

Ello obliga a revalorizar lo permanente frente a lo anecdótico y a privilegiar la importancia de los principios generales de Derecho como soportes estructurales sobre los que se asientan todos los ordenamientos positivos nacionales e internacionales.

Según lo destacara el recordado Alberto Ramón REAL, los principios generales constituyen verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el único medio de asegurar un mínimo de unidad dentro de la pluralidad de formas y de preceptos que por su propia dinámica tienden a la dispersión y al particularismo.

Si en todos los tiempos el papel de los principios generales de Derecho ha sido trascendente, ello es especialmente cierto en nuestros días, en que todo el Derecho parece requerido de piezas arquitecturales del conjunto del ordenamiento para poder encarar eficazmente los desafíos del presente y del futuro.

Por eso, no podemos formar abogados de coyuntura o de lo anecdótico sino profesionales conocedores de lo actual pero preparados para las transformaciones.

*Carlos E. Delpiazzo*  
Director



## Revista de DERECHO

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



### **Director**

Dr. Carlos E. Delpiazzo

### **Redactor Responsable**

Dra. Beatriz Bugallo  
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

### **Consejo Editorial**

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

### **Comisión de Publicaciones**

Dra. Beatriz Bugallo  
Dr. Juan Manuel Gutiérrez  
Dr. Pablo Labandera



### **Redacción y suscripciones**

Facultad de Derecho,  
Universidad de Montevideo  
Prudencio de Pena 2440  
11600-Montevideo - Uruguay

### **Impresión**

**mastergraf srl**  
Gral. Pagola 1727  
CP. 11800 - Tel. 203.47.60\*  
Montevideo - Uruguay  
E-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal - 331.445  
Comisión del Papel  
Edición amparada al Decreto 218/96

Las expresiones y opiniones vertidas  
por los autores de cada obra publicada  
en esta Revista, son de su exclusiva  
responsabilidad

Año II (2003), Nº 4



## DOCTRINA

- *Blengio Valdés, Mariana* - «Derecho humano a un medio ambiente sano».
- *Durán Martínez, Augusto* - «Responsabilidad del Estado por daños causados por la inscripción de una marca cuyo registro fue anulado por acto jurisdiccional».
- *Etcheverry Estrázulas, Nicolás* - «Buceando en las profundidades de la anomía».
- *Rodríguez Arana, Jaime* - «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública».

---

# DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

MARIANA BLENGIO VALDÉS

Profesora de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo,  
Profesora de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de la República

## SUMARIO:

I. LA PREOCUPACIÓN POR EL MEDIO AMBIENTE. II ANTECEDENTES. EL DESPERTAR DE LA ECO CONCIENCIA 1972 III. MANIFESTACIONES POSTERIORES. IV. CUMBRE DE LA TIERRA EN RÍO DE JANEIRO – 1992. V. CUMBRE DE DESARROLLO SOSTENIBLE. JOHANNESBURGO 2002. VI. LA PREOCUPACIÓN POR EL MEDIO AMBIENTE. JUS COGENS. VII. EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE SANO. FUNDAMENTO Y ALCANCE. VIII. REGULACIÓN EMBRIONARIA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. IX. EL DERECHO A VIVIR EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES EUROPEA Y AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. X. EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO. XI. EL INELUDIBLE COMPROMISO GENERACIONAL. XII. CONCLUSIONES.

*“Hace dos siglos el mundo contaba con 300.000  
ejemplares de ballenas francas  
de las cuales hoy tan solo quedan 7000.  
Antes visitaban nuestras costas en grandes cantidades,  
buscando la paz que les aseguraba un lugar donde reproducirse.  
Hoy tan solo nos visitan un puñado de ballenas, quienes temerosas,  
se han animado a volver.  
Ojalá no sea demasiado tarde ,  
el día que logremos aprender a escuchar su murmullo  
en la inmensidad del océano,  
valorando en sus ondulantes movimientos,  
su infinita libertad.  
Ese día tal vez comprenderemos que somos nosotros,  
sencillamente,  
visitantes en su territorio” \**

Agosto, 2002.  
Punta del Chileno - Uruguay

## I. LA PREOCUPACIÓN POR EL MEDIO AMBIENTE

Al final de la Segunda Guerra Mundial las principales potencias del mundo encuentran necesario el establecimiento de un orden y equilibrio internacional que busque asegurar el respeto por los Derechos Humanos de los individuos y promueva la paz y la seguridad internacionales.

Es a partir de 1948 con la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos en mayo y diciembre respectivamente, que se inicia un proceso dinámico de desarrollo de la protección internacional de los Derechos Humanos con incidencia paulatina en el derecho interno de cada estado.

En el marco de este proceso y en lo que respecta directamente al tema ambiental, la concientización en relación con la existencia de los recursos limitados de la Tierra y la falta de fronteras para el ambiente, así como el fenómeno de la internacionalización de los daños ambientales y sus irreparables consecuencias, va generando en forma progresiva un vertiginoso desarrollo.

En este sentido debemos distinguir como elemento esencial para el análisis del tema:

- a. Las manifestaciones que significaron una preocupación general por el *derecho del ser humano a vivir en un medio ambiente sano en armonía con la naturaleza*.

En ese aspecto se destaca la búsqueda de su conceptualización y fundamentación teórica, la consagración normativa a nivel internacional e interno y su necesaria efectividad.

En este plano se encuentran las Declaraciones emanadas de las Cumbres sobre la Tierra llevadas a cabo en Estocolmo en el año 1972, Río de Janeiro en 1992 y Johannesburgo en el año 2002.

Asimismo como consecuencia de este proceso paulatino de desarrollo y reconocimiento universal de la importancia del derecho a vivir en un medio sano, surge en el año 1988 por primera vez, su consagración normativa en un documento internacional de naturaleza convencional en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos de la OEA, el denominado Protocolo de San Salvador.

- b. En otro orden, se agrupan las expresiones concretas materializadas también en diferentes documentos internacionales sobre problemas ambientales puntuales.

Esta preocupación dió lugar a la adopción de documentos internacionales que pretenden atender en forma específica dichas problemáticas mundiales.

Pueden distinguirse aquellas convenciones referidas a la atmósfera<sup>1</sup>; las relativas al medio marino<sup>2</sup>, los que incumben a la fauna y flora<sup>3</sup>; las relacionadas a sustancias y desechos tóxicos peligrosos<sup>4</sup>; y las que conciernen a la problemática de las armas bacteriológicas<sup>5</sup>.

\*

El desarrollo de la normativa internacional en relación con la protección del medio ambiente ha dado lugar al surgimiento de una rama denominada Derecho Ambiental.

El trabajo en esta área resulta de especial interés para su prevención, protección y garantía, en mérito a que la misma aborda problemáticas específicas en relación con el medio ambiente, cuya observancia resulta vital para el devenir humano.

<sup>1</sup> Se destacan a vía de ejemplo: el convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985 y el convenio marco sobre cambio climático adoptado en Río de Janeiro en 1992 y su protocolo de Kioto; el tratado de Moscú sobre los ensayos nucleares de 1963; el protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987.

<sup>2</sup> Como por ejemplo el convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por Hidrocarburos de Londres de 1954 y sus enmiendas; el convenio sobre contaminación por buques de 1973 y la convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar de 1982.

<sup>3</sup> Entre otros, la convención para la protección de la flora, fauna y bellezas naturales de los países de América de 1940, el convenio de Ramsar sobre los humedales de 1971; la convención de Bonn sobre la conservación de especies migratorias de animales silvestres de 1979 y el convenio sobre Diversidad Biológica de 1992.

<sup>4</sup> Como el convenio de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos.

<sup>5</sup> Como son la convención para la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y su destrucción de 1972; la convención de Ginebra sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares y otros fines hostiles de 1876 y el protocolo Antártico sobre la protección del medio ambiente y sus anexos de 1991.

Ahora bien: resulta esencial comprender que todo el desarrollo del Derecho Ambiental como temática jurídica, parte de la existencia de un Derecho de los Derechos Humanos, en el cual se estudia el conjunto de derechos, deberes y garantías de la persona humana con los principios propios que lo informan, como son la indivisibilidad e interdependencia.

El Derecho Ambiental con sus dos facetas: la interna y la internacional, surge entonces de dicho tronco común a todos los derechos de la persona humana.

Concluimos entonces que la comprensión de la existencia de este derecho humano a vivir en un ambiente sano como parte integrante del conjunto de derechos inherentes a la persona humana, resulta central como punto de partida para el desarrollo de toda la temática ambiental.

Y en virtud de ello, será, en consecuencia, el objeto del presente estudio.

## II ANTECEDENTES. EL DESPERTAR DE LA ECO CONCIENCIA

1972

En el año 1972, Estocolmo es la sede de una Conferencia Mundial<sup>6</sup> en la cual por primera vez se debate en torno a la importancia del medio ambiente como elemento fundamental para el respeto de los derechos del ser humano.

En dicha oportunidad líderes mundiales se reunieron para discutir los crecientes daños ambientales entre los cuales la contaminación y la sobrepoblación encabezan la lista de problemas detectados.

En la Conferencia se aprobó una Declaración de 26 principios sobre el medio ambiente humano; un plan de acción con 109 recomendaciones y una resolución sobre disposiciones institucionales y financieras recomendadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Declaración emitida en dicha Conferencia, resume la preocupación por el medio que habita el ser humano, estableciendo por primera vez en la Comunidad Internacional, el derecho fundamental de la persona humana a disfrutar de las condiciones de vida adecuadas en un medio que le permita llevar una vida digna sin discriminación y a gozar del bienestar físico y espiritual necesario para su desarrollo integral, tal cual expresa el principio 1.

La Declaración de Estocolmo constituye el primer documento adoptado por la Comunidad Internacional sobre el tema ambiental, significando el despertar de la eco conciencia, con directa incidencia en el plano de la protección internacional de los Derechos Humanos.

El acuerdo aunque de naturaleza no vinculante, prevé un programa de acción conjunto cuyos principios de carácter no obligatorio, significaron una orientación para la legislación interna e internacional a adoptarse en un futuro por parte de los Estados y en el Derecho Internacional.

Entre los principios más importantes deben destacarse: la responsabilidad intergeneracional (principio 2), el desarrollo sustentable (3,4,5,8 y 13); la prevención del daño ambiental (6 y 7); derecho de cooperar (9, 10, 11 y 12); planificación del desarrollo (14, 15 y 17); deber de poner la ciencia al servicio de la sociedad (18); deber de usar la educación y la investigación como instrumentos de la política ambiental (19, 20); derecho a la información (19.2); derecho soberano de los estados a explotar los recursos (21, 23); deber de evitar la proliferación de armas nucleares (26); deber de conservar el medio ambiente (25).

Resulta de interés señalar que en los años posteriores a la Conferencia se adoptaron legislaciones de carácter ambiental en numerosos países<sup>7</sup> y que incluso el tema ingresó al Derecho Constitucional tal cual referiremos mas adelante.

## III. MANIFESTACIONES POSTERIORES

En forma posterior, se van concretando lentamente nuevas iniciativas a nivel internacional.

Todas ellas ponen de manifiesto esta preocupación por la Tierra y sus recursos naturales como elemento básico y fundamental de la vida de los seres humanos ante el marcado deterioro del medio.

<sup>6</sup> La resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2398 de 3 de diciembre de 1968 convocó a la Conferencia Mundial sobre Medio Humano. La misma se llevó a cabo en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 habiendo participado un total de 113 países.

<sup>7</sup> Se destacan las diferentes leyes adoptadas en México en la década del 70 y 80 como son la de protección al medio ambiente y la de prevención y control de la contaminación ambiental; el Código nacional de recursos naturales renovables de Colombia en 1974; la ley para la prevención y control de la contaminación ambiental en Ecuador de 1976; la ley de protección de la naturaleza en Francia en 1976, entre otras.

En tal sentido se destaca la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), organismo subsidiario especializado con sede en Nairobi, Kenya.

Este organismo creado por Resolución de Naciones Unidas No. 2997 de 15 de diciembre de 1972 tiene por objetivo elaborar y recomendar políticas generales e incentivar estudios para contribuir al desarrollo científico y a la protección del medio ambiente.

Diez años más tarde en 1982 la Carta Mundial de la Naturaleza se adopta por Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1982.

En dicha Carta, se expresa la necesidad de salvaguardar la "viabilidad genética" de la Tierra apuntando a la productividad óptima y sostenible de los recursos y haciendo una exhortación a los Estados para que la explotación y el desarrollo no causen perjuicios en la Tierra, los mares y los ríos.

Se formula también la necesidad de proteger a la naturaleza de la destrucción de la guerra y la importancia de evitar acciones militares negativas para la vida en el planeta.

Es un llamado a la Comunidad Internacional y a los Estados para que la explotación, y el desarrollo de los recursos humanos no causen perjuicios a la Tierra.

#### IV. CUMBRE DE LA TIERRA EN RÍO DE JANEIRO - 1992

Veinte años después de Estocolmo, se lleva a cabo la Segunda Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, Brasil.<sup>8</sup>

La evaluación del tema ambiental en el mundo realizada en dicha Conferencia demostró que los avances que se verificaron desde 1972 a 1992 habían sido escasos.

En la Cumbre quedó en evidencia que más allá de la preocupación de la comunidad internacional por el medio en el cual el ser humano habita, poderosísimos intereses de índole económica y geopolítica habían impedido y continuarían vedando un avance en tal sentido.

En la Declaración de Río que emana de la Cumbre, la Comunidad Internacional integró un conjunto de 27 principios sobre derechos y deberes relativos al medio ambiente, además de formularse la denominada Agenda 21.

Los principios que emanan de la Declaración determinaron el compromiso por parte de los Estados participantes de introducir los diferentes aspectos que de ellos surgen en su derecho interno.

Al respecto se consiente en dicha Cumbre, sobre la necesidad de legislar en relación a: la consagración jurídica del derecho a un medio ambiente adecuado<sup>9</sup>, el derecho a la información y la participación pública<sup>10</sup>, la responsabilidad por el daño ambiental<sup>11</sup> y el uso de instrumentos económicos en la gestión del medio ambiente.<sup>12</sup>

Los principales temas tenidos en cuenta en la Cumbre pueden agruparse en tres grupos: los relacionados al desarrollo sostenible, lo relativo a la prevención y la necesaria adopción de medidas a adoptarse a nivel nacional e internacional y los principios que se refieren a la responsabilidad de los Estados.<sup>13</sup>

La referencia al logro de un desarrollo sostenible invocada en más de diez principios de la Declaración reafirma al ser humano como eje en torno al cual gira dicho objetivo, siendo la persona humana el centro de las preocupaciones.

<sup>8</sup> La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo también denominada "Cumbre de la tierra" tuvo lugar en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

<sup>9</sup> Principio número 1.

<sup>10</sup> Principio número 10

<sup>11</sup> Deber de evitar el daño ambiental mediante el reconocimiento del principio de prevención, la regulación y control de las actividades y sustancias peligrosas y la introducción del sistema de evaluación del impacto ambiental de ciertas obras o actividades. Principios 2, 14, y 17.

Deber de reparar el daño ambiental, legislando en materia de daño ambiental pero también otorgando la debida legitimación en juicio.

Principio 13.

<sup>12</sup> "Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales, deberán reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo" Principio 11 Declaración de Río.

<sup>13</sup> En relación a la responsabilidad internacional por el inadecuado manejo de los residuos peligrosos puede afirmarse que es éste fenómeno en la actualidad uno de los problemas ambientales que generan mayor preocupación. El impacto al ambiente y a la salud que resulta de la falta de control de los residuos no respeta fronteras geopolíticas nacionales e internacionales y se traduce en un deterioro generalizado de los recursos naturales. La actividad industrial en América Latina ha tenido un papel protagónico siendo un factor dinamizador de la economía. Sin perjuicio de ello no puede desconocerse que los procesos productivos han generado incalculables daños al medio ambiente como son las emisiones de contaminación de la atmósfera, las descargas de aguas residuales y los residuos peligrosos. La adopción de criterios ambientales que busquen equilibrar el desarrollo, la productividad y la protección ambiental son inexistentes en América Latina hasta la década del 80. Jorge Sánchez Gómez "Los residuos peligrosos en México y América Latina". Bien Común y Gobierno. Febrero 1998 página 7.

El principio 1 expresa: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la Naturaleza"<sup>14</sup>

Asimismo se formula como requisito indispensable para el desarrollo sostenible la erradicación de la pobreza.

El crecimiento demográfico caracterizado por un aumento de la pobreza amenaza gravemente los recursos básicos que las generaciones futuras necesitarán para sobrevivir como seres humanos.

En tal sentido la intensidad del crecimiento demográfico que se verifica en las ciudades agudiza la situación siendo fuente de congestión, insuficiencia de servicios públicos y de inseguridad.<sup>15</sup>

Es en mérito a tales fundamentos que se emite el siguiente principio:

"Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo", expresa el Principio número 5.

En este marco la Declaración destaca el reconocimiento de las mujeres, jóvenes y los indígenas como grupos de vital importancia para la conservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Se señala en este punto que los prejuicios sexuales impiden a millones de mujeres recibir educación, formación, servicios de salud así como también el status jurídico que les será necesario para escapar de la pobreza, destacándose la necesidad de comprender en las políticas que contribuyan al progreso social el rol de las mujeres.

No puede dejar de mencionarse expresamente el principio número 25 en el cual se formula el triángulo existente entre la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente fundado en la interdependencia y la característica inseparable de tales conceptos.

En la Conferencia se adoptó también el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático que implica el compromiso de los Estados de lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica que persigue el múltiple propósito de la conservación de la diversidad, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

\*

En el año 1997 una nueva reunión en Nueva York busca evaluar lo realizado en esos cinco años, verificándose fuertes críticas a la falta del compromiso de algunos países como Estados Unidos por no alcanzar las reducciones pactadas en las emisiones de dióxido de carbono, dejándose presionar por los intereses económicos de grandes grupos industriales.

## V. CUMBRE DE DESARROLLO SOSTENIBLE. JOHANNESBURGO 2002

El año 2002 da lugar a una nueva Cumbre desarrollada en el Continente Africano.

Es este un nuevo esfuerzo por compensar las necesidades humanas con los recursos que la tierra ofrece.

El rápido crecimiento de la población mundial junto al aumento de la demanda de alimentos, agua y energía han generado un deterioro generalizado en muchos ecosistemas cuya recuperación resulta una labor demasiado costosa y en muchos casos imposible.

Entre los desafíos que se reseñan se destacan nuevamente: la erradicación de la pobreza, la necesidad de cambiar modelos de producción y consumo, la protección y administración de los recursos naturales para el desarrollo económico y social.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la Naturaleza" Principio Número 1.

<sup>15</sup> A modo de ejemplo resulta ilustrativo señalar que los efectos de la actividad económica sobre los recursos naturales, la degradación del ambiente y el crecimiento del área urbana se han convertido en uno de los mayores problemas sociales, económicos y políticos para los pobladores del Valle de México. Ello pone en peligro la actividad productiva y cultural de los poblados campesinos así como también la sustentabilidad ambiental de la Ciudad de México lo que afecta a la salud y la calidad de vida de sus habitantes, tal cual refiere Sergio Méndez Cárdenas en "Las reservas Hidrológicas en el Distrito Federal: el caso de Xochimilco" en Bien Común y Gobierno febrero 1998, página 41.

<sup>16</sup> Declaración de Johannesburgo Cumbre 2002 de Desarrollo Sostenible. Johannesburgo

Se reconoce por parte de los participantes en dicha Cumbre el continuo sufrimiento del ambiente global, destacándose la pérdida de la diversidad biológica, la reducción de las reservas pesqueras, la desertificación, los efectos adversos del cambio climático, la mayor frecuencia de los desastres naturales, entre otros.

En la Conferencia se insta a construir la solidaridad humana, a promover el diálogo y cooperación entre las naciones y los pueblos del mundo sin ningún tipo de distinción reafirmando el compromiso a luchar contra el hambre crónica y la desnutrición, factor determinante para el deterioro del habitat.

## VI. LA PREOCUPACIÓN POR EL MEDIO AMBIENTE. JUS COGENS

Del punto de vista del Derecho Internacional se ha sostenido que la preocupación por el medio ambiente y el deber de protección del mismo tal cual emana de las Conferencias de Estocolmo, Río y Johannesburgo antes referidas, constituye uno de los casos de jus cogens, es decir de normas imperativas de Derecho Internacional general aceptadas por la Comunidad Internacional en su conjunto.<sup>17</sup>

Acorde a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968 (arts. 53 y 64), el jus cogens ha sido aceptado con el efecto de que todo acto jurídico contrario a una norma imperativa de esta naturaleza, es nulo.

Este concepto de norma imperativa de Derecho Internacional general o jus cogens, permite entonces señalar que todo acto jurídico contrario y violatorio de este deber de cuidar el medio ambiente y esta preocupación por el medio ambiente en el cual vivimos, sería nula.<sup>18</sup>

## VII. EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE SANO. FUNDAMENTO Y ALCANCE

Todas las manifestaciones de la Comunidad Internacional que se suceden en el tiempo, tanto las formuladas en las Declaraciones, como así también las específicas referidas en las convenciones mencionadas, demuestran la necesidad de avanzar conceptualmente en torno al contenido y la delimitación del "derecho humano a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado".

Señala al respecto Héctor Gros Espiell: *"Hoy nadie duda de que conceptualmente exista un derecho humano al medio ambiente. Este derecho podrá estar o no estar especialmente declarado en el derecho interno, podrá constituir una expresión del Derecho Internacional, ser un derecho que jurídicamente, en cuanto a su reconocimiento, protección y garantías se encuentre en estado nascente, pero lo que es indudable es que este derecho, en cuanto una de las ineludibles expresiones actuales del derecho a la vida y del derecho a vivir, es un derecho humano, expresión necesaria de la personalidad, manifestación de la dignidad y de la seguridad humana entendidas en su acepción genérico, global y comprensiva"*.<sup>19</sup>

Fundamento:

El derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado no es un nuevo derecho como muchos afirman.

La declaración o reconocimiento jurídico en forma independiente o autónoma del derecho a vivir en un medio ambiente sano, es fruto de la necesidad de preservar la vida en el planeta en mérito a las innumerables agresiones al eco sistema y a las visibles consecuencias por demás negativas del proceso de destrucción de la vida en el mundo.

Constituye un aspecto o proyección del derecho a vivir.

En este concepto la formulación del derecho humano a vivir hace imprescindible la preocupación por el medio en el cual se habita.

La alteración del medio ambiente supone una agresión al derecho de las personas a vivir en él.

La doctrina jurídica ha avanzado notoriamente en la búsqueda de una conceptualización amplia del derecho a la vida, como derecho a vivir, no acotándola al mero acto de existir.

Tal cual expresa Gros Espiell *"el derecho a la vida y el derecho a vivir son conceptos análogos, equivalentes, interdependientes y condicionantes"*.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Sobre este punto puede consultarse la opinión de Héctor Gros Espiell en "El derecho al medio ambiente y las generaciones futuras" en Homenaje al Prof. Mateo Magarinos de Mello - 26 de junio 2002. Universidad Católica del Uruguay. (En imprenta)

<sup>18</sup> Gros Espiell, Héctor en ob.cit en nota anterior.

<sup>19</sup> Gros Espiell, Héctor ob cit en nota 17.

<sup>20</sup> Gros Espiell, Héctor en "Derechos Humanos y vida internacional". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México 1995. página 137.

Desde una concepción restringida del derecho a la vida, como sinónimo de la de su intangibilidad, se ha evolucionado a una idea amplia y global que le da al derecho a la vida como presupuesto de todos los demás derechos de la persona humana.

La vida que debe proteger el derecho es la manifestación integral del derecho de todo ser humano a existir en forma digna.

Este concepto amplio del derecho a la vida análogo al derecho a vivir, implica que deba completarse con aquellas condiciones que hacen viable y plena la vida y hacen efectivo el derecho: como son la forma y el medio en el cual vivimos.<sup>21</sup>

\*\*\*

Tal cual se desprende de lo anterior, el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano, encuentra su razón de ser en la primera de las generaciones.

Es entonces, un derecho individual, colectivo y universal, con características que pueden emanar de los derechos civiles y políticos así como también con otras que provienen de los derechos económicos sociales y culturales y los denominados de la solidaridad, vocación comunitaria o de la tercera generación.

Ello en mérito a que combina todos sus elementos. Por un lado el deber de abstención del Estado a efectos de no inhibir su ejercicio, por otro la necesidad de un hacer estatal que se traduzca en la creación de políticas de desarrollo y defensa de la protección del medio ambiente y por último una acción de la Comunidad Internacional ya que no puede haber desarrollo, ni protección al medio ambiente, ni reconocimiento del patrimonio común de la Humanidad, ni paz, sin una acción internacional correlativa.

En este marco resulta imprescindible la existencia de políticas de desarrollo ambiental que promuevan la búsqueda de protección del medio y las riquezas naturales, la preservación de la naturaleza y la necesaria eliminación de factores que degradan las condiciones mínimas del ser humano como son la pobreza, el hambre y la desnutrición.

Siguiendo con este razonamiento señalamos que es también cuestionable como acabamos de ver, su calificación de "nuevo" derecho en base a lo referido, pues su novedad es estrictamente teórica.

En este sentido podemos reafirmar que como proyección del derecho humano a la vida, el derecho a vivir en un medio ambiente sano posee algunas características fundamentales como el concepto de solidaridad.

Ello dado que su observancia implica una complementación integral de los individuos, de los Estados, de los pueblos y de la propia Humanidad.

Este derecho así concebido no puede existir en el marco exclusivamente interno de los Estados.

Requiere un ámbito meta estatal en el cual el deber de cuidar del medio y la responsabilidad por los daños no reconoce fronteras. A vía de ejemplo es evidente que los fenómenos de alteración climática y los perjuicios que el ser humano ha ocasionado sobre la naturaleza, no reconocen ningún tipo de límites.

Existen en función de la comunidad en la cual vivimos y no se detienen por ningún tipo de tratados sino por la prevención que genera un accionar conciente y responsable.

Al respecto conviene recordar que no es solamente el ser humano individual el titular de este derecho.

No puede dejar de señalarse que este derecho tiene como titulares no solamente al individuo sino también a los pueblos como sujetos de derecho internacional.

<sup>21</sup> El derecho a la vida de los seres humanos (hombres, mujeres, niños, niñas o adolescentes) no se reduce a la simple sobrevivencia humana sino que se debe integrar con el efectivo goce de todos aquellos derechos que hacen posible su desarrollo. Partiendo de ese concepto son dos los elementos básicos a tener en cuenta. En primer lugar impedir la violación de este Derecho fundamental a partir de la protección concreta de atentados o agresiones que afectan o busquen destruir el bien jurídico tutelado: la vida. En segundo lugar es necesario asegurar que esa vida se disfrute con el goce efectivo de todos aquellos Derechos que la afectan directamente como ser: vivienda, salud, etc. - Puede verse un mayor desarrollo de este concepto en el trabajo de nuestra autoría, publicado sobre el "Derecho a la vida" en la publicación "Los Derechos no caen del cielo - XII Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño" - editado por el Seminario Permanente de Educación en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de la República, año 2000 página 9.

## VIII. REGULACIÓN EMBRIONARIA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

### A) Sistema universal de protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas

El derecho a vivir en un medio ambiente sano no ha sido consagrado a texto expreso en ningún documento convencional del sistema de Naciones Unidas de naturaleza vinculante.

Si ha sido establecido en Declaraciones como la de Estocolmo y Río tal cual reseñamos.

Sin perjuicio de ello destacamos que igualmente puede invocarse la protección del derecho al medio ambiente sano aún ante la falta de documentos que expresamente lo establezcan.

El mismo puede alegarse a través de la consagración normativa del derecho a la vida siempre acorde a una concepción amplia del derecho tal cual la hemos formulado.

Como es sabido, en el año 1966 se sancionaron los dos Pactos de Naciones Unidas uno relativo a los Derechos Civiles y Políticos y otro relacionado con los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En ninguno de ellos se mencionó el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.<sup>22</sup>

Sin perjuicio de ello no podemos pasar por alto el alcance de la regulación del derecho a la vida en los referidos pactos.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana en su artículo 6, deteniéndose en las consideraciones que atañen a la pena de muerte.

Sin embargo, el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales reconoce en su artículo 11 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y a una mejora continua de las condiciones de existencia, norma cuya importancia es esencial a la luz del desarrollo doctrinario efectuado en este trabajo.

Asimismo dicho Pacto, establece su preocupación por el problema de la alimentación y la pobreza, refiriéndose en forma concreta a la necesaria utilización eficaz de las riquezas naturales.

El valor de este artículo es destacable.

En primer lugar dado que constituye un antecedente directo que avala la interpretación que efectuamos del alcance del contenido del derecho en estudio, tenue antecedente que permitirá la construcción de un contenido que será posteriormente definido por las normas del derecho internacional en forma específica.

En segundo lugar pues nos abre una puerta frente al sistema de Naciones Unidas para invocar eventualmente la responsabilidad de los Estados por la eventual omisión del deber de ofrecer a las personas las condiciones de existencia que les permitan vivir con dignidad lo cual implica la erradicación de la pobreza, la necesaria alimentación y la utilización eficaz de las riquezas naturales, elemento por demás destacable para el derecho en estudio.

### B) Sistema regional de protección de los Derechos Humanos de la OEA

En el sistema regional de protección de los Derechos Humanos de la OEA, en el año 1988 el Protocolo de San Salvador específicamente consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el día 17 de noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador establece en su artículo 11 el "derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado".<sup>23</sup>

Desde nuestro punto de vista la inclusión del derecho a vivir en un medio ambiente sano en este Protocolo Adicional a la Convención Americana es una demostración concreta de los argumentos referidos supra en cuanto a la proyección del derecho a vivir.

Debe destacarse que en el año 1969 la Convención Americana había incluido el derecho a la vida en su artículo 4, deteniéndose en el análisis exhaustivo de aquellos elementos que determinan su afectación en forma directa como son el comienzo de la vida y la pena de muerte.

En su artículo 26 expresa su interés por el desarrollo paulatino y la observancia de los derechos económicos sociales y culturales.

<sup>22</sup> Al respecto merece recordarse el proyecto de Tercer Pacto de Naciones Unidas relativo a los Derechos de la solidaridad que preveía la consagración del Derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, el derecho al respeto del patrimonio común de la Humanidad y el derecho a la asistencia humanitaria. Karel Wasak en "Relire la troisième génération des droits de l'homme avant leur codification" en *Amicorum Liber Héctor Gros Espiell*, Bruylant Bruselas 1997, Volúmen II, página 1673.

<sup>23</sup> Artículo 11 Protocolo de San Salvador: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

Diecinueve años después, el Protocolo de San Salvador adiciona en un esfuerzo interesante de consagración normativa a nivel internacional, derechos que si bien habían sido enunciados genéricamente no habían sido desarrollados en la Convención sin que por ello dejaran de ser menos importantes.

Y asimismo se detiene concretamente en aquellos elementos que permiten avanzar en la protección del derecho a vivir, concebido no ya como el mero existir sino con elementos que determinan la propia existencia. Entre ellos, el medio ambiente en el cual se habita.

Véase que el propio texto se refiere al "derecho a vivir en un medio ambiente sano".

Esta consagración normativa acredita una visión integral de los derechos de la persona humana, un análisis interdependiente y indivisible del universo de derechos como condición misma de existencia humana.

\*\*\*

Sobre la importancia práctica de la adopción de este Protocolo, debe destacarse que en la mayoría de los Estados Americanos las Constituciones Nacionales atribuyen a los tratados de Derechos Humanos jerarquía superior a la ley y en muchos casos, jerarquía constitucional o aún incluso supra constitucional.

Esta norma del Protocolo de San Salvador constituye entonces un aporte fundamental del sistema regional de protección de los Derechos Humanos, significando que a través de la integración de la normativa internacional de Derechos Humanos con el Derecho interno podemos llegar a invocar y proteger concretamente el derecho

## IX. EL DERECHO A VIVIR EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES EUROPEA Y AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como señaláramos anteriormente el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado no ha sido incluido en ningún documento internacional de Derechos Humanos a excepción del Protocolo de San Salvador cuya entrada en vigencia resulta reciente.

Sin perjuicio de ello resulta ilustrativo destacar que esta carencia de consagración normativa específica, no ha impedido la invocación jurídica del derecho de los seres humanos a vivir en condiciones saludables y dignas y en consecuencia la necesaria búsqueda de reparación por actos que violen tal derecho.

Asimismo resulta importante destacar que el concepto antes reseñado del derecho a vivir como proyección del derecho a la vida ha sido objeto de desarrollos que consideramos permiten abrir nuevas puertas a la interpretación jurídica basada en los principios de indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos.

\*\*\*

Al respecto no puede dejar de mencionarse el caso planteado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en el año 1990 que diera lugar a la sentencia de la Corte Europea cuatro años mas tarde.

El problema surge en el pueblo de Lorca en España donde una planta industrial construida para el tratamiento de desechos líquidos y sólidos del cuero provoca emanaciones de gas que determinaron molestias y trastornos de salud a los habitantes del referido pueblo.

Ante los daños causados por dicha planta industrial que lesionó el medio ambiente en el cual viven los habitantes del referido pueblo, la familia López Ostra presenta ante la Comisión Europea de Derechos Humanos una queja contra el Gobierno español alegando la violación de los artículos 8 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que refieren a:

El derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8)<sup>24</sup>

El derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos, crueles o degradantes. (artículo 3)<sup>25</sup>

<sup>24</sup> "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y cuanto esta ingerencia esté prevista por ley y constituya una medida que en una sociedad democrática es necesaria para la seguridad pública y el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o moral y la protección de los derechos y libertades de los demás". Convención Europea artículo 8.

<sup>25</sup> "Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" Convención Europea Artículo 3.

La Corte Europea concluyó en sentencia de fecha 9 de diciembre de 1994, que el gobierno español había violado el artículo 8 de la Convención que consagra el derecho al respeto del domicilio y la vida privada y familiar.<sup>26</sup>

Podemos concluir evaluando este caso que la búsqueda del respeto a las condiciones del medio en el cual el ser humano habita puede invocarse en forma indirecta, dado que su violación afecta derechos de carácter civil, económico y social como son: el derecho a la vida y el derecho a vivir, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho al reconocimiento de la dignidad humana, todos presupuestos del derecho en estudio.

\*\*\*

La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala, también denominada "Los Niños de la calle", vierte a la práctica fundamentos teóricos que abren las puertas a nuevos enfoques doctrinarios en relación al derecho a vivir en condiciones dignas lo cual resulta también ilustrativo a la luz del estudio realizado.

El fallo de la Corte es un vivo ejemplo de la responsabilidad que puede atribuirse a los Estados por la violación del derecho a la vida concebida ésta, no solamente como la privación arbitraria de la libertad, sino como la violación de aquellos factores que garantizan la existencia digna de las personas.

"Cuando los Estados", señala la Corte Interamericana, "violan los derechos de los niños en estos casos, los hacen víctimas de una doble violación. En primer lugar no evitan que sean alcanzados por la miseria, privándolos de las mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno desarrollo de la personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alimentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la cual pertenece. En segundo lugar atentan contra su violación física, síquica y moral, hasta contra la propia vida."<sup>27</sup>

Este es un claro ejemplo de la visión amplia del derecho a la vida y la comprensión de que la violación de este derecho no implica sencillamente la interrupción del ciclo vital sino también la falta de las condiciones mínimas para que el mismo sea posible.

Y en este contexto si bien en el caso no se aborda la problemática ambiental, esta conceptualización jurisprudencial permite visualizar una nueva dimensión del necesario respeto del derecho a vivir en condiciones dignas.

Y basándonos en esta interpretación, surge en forma clara que la alteración del medio ambiente en el cual el ser humano habita, es una forma clara de violación del derecho de las personas a vivir sanamente.

## X. EL DERECHO A VIVIR EN UN MEDIO AMBIENTE SANO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO

La consagración constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se ha observado en diferentes Constituciones de América.

Hasta la década de los 70 en forma general las constituciones hacían una referencia marginal o sectorial sobre cuestiones ambientales.

Luego de Estocolmo se verifica un proceso paulatino de constitucionalización de diversos aspectos del derecho ambiental dado que un número importante de constituciones establecen el derecho y el deber del ser humano y la comunidad a conservar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En el caso de México el artículo 4 párrafo tercero de la Constitución establece: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar".

Asimismo el artículo 2 fracción V cuando se refiere al reconocimiento de los derechos indígenas, señala la necesidad de "conservar y mejorar el habitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la Constitución".

<sup>26</sup> "Compte tenu de ce qui précède et malgré la marge d'appréciation reconnue à l'Etat défendeur, la Cour estime que celui-ci n'a pas su ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien être économique de la ville de Lorca - celui de disposer d'une station d'épuration et la jouissance effective para la requerante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale. Il y a donc eu violation de l'article 8." Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *Affaire López Ostra c/ Espagne* (41/1993/436/515) 9 de diciembre de 1994

<sup>27</sup> Ver Caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala - Niños de la calle - Sentencia de 19 de noviembre de 1999 en "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" editada por la UNAM y la Corte Interamericana de DDHH con la coordinación de Sergio García Ramírez - México 2001, página 563.

La fracción VI establece que se debe *"acceder con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la Constitución y a las leyes de la materia así como a los derechos adquiridos por terceros o integrantes de la comunidad al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades salvo aquellos que correspondan a las áreas estratégicas en términos de esta Constitución"*.

En ese mismo artículo<sup>28</sup> se establece la necesidad de *"impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos mediante acciones coordinadas entre los tres ordenes de gobierno con la participación de las comunidades."*

Y mas adelante en dicho artículo : *"consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de desarrollo y de los estatales y municipales"*.<sup>29</sup>

El tema ambiental también se encuentra presente en los artículos 25 en relación a la Rectoría de Desarrollo Nacional ; el 26 sobre la planeación para el Desarrollo Nacional y el 27 sobre el derecho a la propiedad y el dominio de los recursos naturales.

También en el artículo 73 cuya fracción XXIX G establece , en relación a las facultades del Congreso, la de *"expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal , estatal y municipal en materia de protección al ambiente y preservación del equilibrio ecológico"*.<sup>30</sup>

En **Argentina** el artículo 41 vigente en materia constitucional consagra el derecho de todos los habitantes a un medio ambiente sano , equilibrado y apto para el desarrollo humano , expresando que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.<sup>31</sup>

Al igual, la Constitución de **Brasil** en su artículo 225 (capítulo VI del Medio Ambiente del título VIII (del orden social) establece: *"Todos tem direito ao meio ambiente equilibrado , bem de uso comun de povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo -se ao Poder Público e á colectividade o dever de defende - lo e preservá - lo para as presentes e futuras gerações."*<sup>32</sup>

En esta dirección la Constitución de **Paraguay** incluye en el Título II (de los derechos , de los deberes y de las garantías) una Sección titulada "Del ambiente", integrada por dos artículos que disponen que *"toda persona tiene derecho a habitar en un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado"*. (artículo 7).<sup>33</sup>

Así también en el artículo 8 titulado *"De la protección ambiental"*: *"Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas..."*<sup>34</sup>

La Constitución de **Colombia** dedica el capítulo 3 a los *"derechos colectivos y del ambiente"* desarrollando extensamente el mismo en cinco artículos que abordan diferentes aspectos de la regulación de la temática.<sup>35</sup>

El artículo 79 establece que *"Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano"*, así como también el deber del Estado de *"proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines"*.

La Constitución de **Costa Rica** dispone en el párrafo segundo del artículo 50: *"Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada a denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado"*. Esta norma, incluida por la reforma de 30 de junio de 1994, en la Constitución de 1949 se encuentra en el capítulo único del título V (derechos y garantías sociales).<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Apartado b del artículo 2 Constitucional 2o. Párrafo primera fracción . Constitución Política de los Estados Mexicanos.

<sup>29</sup> Apartado b del artículo 2 Constitucional 2º. Párrafo fracción 9. Constitución Política de los Estados Mexicanos.

<sup>30</sup> Constitución Política de los Estados Mexicanos.

<sup>31</sup> Constitución Argentina.- Art. 41 "Todos los habitantes gozan del derecho a un medio ambiente sano , equilibrado , apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tiene le deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer , según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias , las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos , y de los radiactivos."

<sup>32</sup> Constitución de Brasil. Artículo 225.

<sup>33</sup> Constitución Nacional de la República del Paraguay. Art. 7: "Toda persona tiene derecho a habitar en un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social, la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental."

<sup>34</sup> Constitución de la República del Paraguay . Art. 8: "Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación , el montaje, la importación , la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas , así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología , precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar"

<sup>35</sup> Constitución Política de Colombia. Artículos 78, 79, 80,81,82.

<sup>36</sup> Constitución de Costa Rica. Artículo 50.

La Carta Constitucional de Perú contiene un Capítulo II (del ambiente y los recursos naturales) en el cual establece en el artículo 67: "El estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de los recursos naturales". Y el 68: "El estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".<sup>37</sup>

La Constitución de Panamá en el capítulo 7 (Régimen ecológico) del título III (Derechos y deberes individuales y sociales), dispone en sus artículos 114 y 115: "Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo de la vida humana".

Y el artículo 115 establece "El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación ambiental, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción del ecosistema".<sup>38</sup>

La Constitución de Guatemala estatuye en su artículo 97: "Medio ambiente y equilibrio ecológico. El estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando la depredación".<sup>39</sup>

La Constitución de Nicaragua dispone en el artículo 60: "Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable: es obligación del Estado la preservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales".<sup>40</sup>

Uruguay en el año 1997<sup>41</sup> con la introducción a la Constitución del artículo 47<sup>42</sup>, se establece que la "protección del medio ambiente es de interés general", debiendo las personas abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación grave al medio ambiente.

Esta redacción resulta ser completamente diferente a la reseñada en varias de las Constituciones de los Estados referidos así como también en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, en el cual efectivamente se consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.<sup>43</sup>

A diferencia de otras constituciones americanas, la uruguayana tampoco refiere a la responsabilidad de las generaciones presentes con las futuras, punto al cual específicamente se refieren las Constituciones mencionadas y cuya preocupación se encuentra presente a nivel internacional tal cual lo pone de manifiesto la Declaración adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997, sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las futuras.<sup>44</sup>

## XI. EL INELUDIBLE COMPROMISO GENERACIONAL

La Declaración de la UNESCO sobre las responsabilidades de las generaciones futuras del año 1997 antes citada se refiere al compromiso generacional de la Humanidad.

Este punto había ya sido destacado en las Conferencias de Estocolmo y Río, lo cual surge e los principios expresamente incorporados en sus declaraciones.

<sup>37</sup> Constitución de Perú. Artículos 67 y 68.

<sup>38</sup> Constitución de Panamá. Artículos 114 y 115.

<sup>39</sup> Constitución de Guatemala. Artículo 97.

<sup>40</sup> Constitución de Nicaragua. Artículo 60.

<sup>41</sup> Constitución de Uruguay. Artículo 47.

Antes de la referencia concreta a la protección del medio ambiente a nivel constitucional, su aplicación indirecta podría invocarse a partir de los artículos 7, 72 y 332, siendo fundamental el concepto antes analizado referido a la protección en el goce del derecho a la vida y el derecho a vivir.

En virtud de la aplicación del artículo 72, este derecho, inherente a la personalidad humana deberá ser protegido y observado acorde con dicho precepto.

Y aún más, a falta de legislación o regulación, procede la aplicación del artículo 332 de la Constitución.

<sup>42</sup> Constitución Nacional. Art. 47 "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley regulará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores".

<sup>43</sup> Igualmente surge la consagración del derecho de otros artículos constitucionales como son el artículo 7 que reconoce el derecho a ser protegido en el goce de la vida, entre otros, el artículo 72 que señala cuya filiación jusnaturalista permite reafirmar la existencia de derechos inherentes a la persona humana más allá de su reconocimiento expreso y el artículo 332 en relación a su falta de regulación. Al respecto señala Héctor Gros Espiell sobre el tema en la constitución uruguayana: "El derecho a un medio ambiente sano es no sólo una expresión moderna, concreta y específica del derecho a la vida, a la protección de cuyo goce todas las personas tienen derecho según el artículo 7 de la Constitución, sino que podrá considerarse, con todas sus consecuencias que, a su respecto, era aplicable el artículo 72 de la Constitución, porque en efecto el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado es un derecho inherente a la personalidad humana, una expresión actual ineludible del derecho a la vida". En Reforma constitucional Serie Congresos y Conferencias No. 16 Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Universidad Católica del Uruguay. 1997 página 59.

<sup>44</sup> Declaración sobre las Responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

En el Preámbulo de dicha Declaración, se proclama:

*"Teniendo presente que el destino de las generaciones venideras depende en gran medida de las decisiones y medidas que se tomen hoy y que los problemas actuales, comprendidos la pobreza, el subdesarrollo tecnológico y material, el desempleo, la exclusión, la discriminación y las amenazas al medio ambiente, deben resolverse en beneficio de las generaciones presentes y futuras".*

El mantenimiento y perpetuación de la Humanidad depende fundamentalmente de nuestro diario accionar.

La crisis ecológica y sus consecuencias negativas para la Humanidad son una evidente demostración de la falta de respeto a la propia vida.

La violación del derecho a vivir en un ambiente sano implica promover no solamente la conciencia individual sino también la colectiva, dando luz y esperanza a la difícil e interminable búsqueda de un horizonte humano en su tránsito hacia la dignidad.

## XII. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto podemos concluir:

1) El derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho inherente de la persona humana.

Constituye una proyección del derecho a la vida.

2) La comunidad internacional debe promover su consagración expresa de carácter vinculante en los diferentes sistemas de protección de los Derechos Humanos, a los efectos de su invocación directa y protección mas efectiva.

3) Los Estados deben integrar al elenco de los derechos expresamente referidos en sus Constituciones el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado como punto de partida para la protección a nivel nacional, sin perjuicio de desarrollar por vía legal los diferentes aspectos específicos de la temática.

4) El derecho a vivir en un medio ambiente sano no puede ser limitado sin perjuicio de su reglamentación, pues no existen razones de interés general que ameriten limitar el derecho a vivir en condiciones que hagan viable y posible dicha vida.

5) El derecho a vivir en un medio ambiente sano tampoco puede ser suspendido dado que implícitamente significará una suspensión del propio derecho a vivir, concepto análogo del derecho a la vida.

6) La responsabilidad de los Estados por la violación del derecho de los habitantes a vivir en condiciones sanas acordes a la propia dignidad del ser humano, surge no solamente de la eventual consagración expresa del derecho, sino también del análisis integral de los derechos de la persona humana: derecho a la salud, derecho a la alimentación, derecho a la vivienda decorosa e higiénica, derecho al desarrollo espiritual y físico, derecho a la integridad física y mental, derecho a la paz y derecho al desarrollo.

Su fundamento se sustenta en el principio del indivisibilidad e interdependencia que informa el Derecho de los Derechos Humanos.

7) La ausencia de mecanismos efectivos de recuperación del daño ambiental, obligan a un desarrollo profundo de la prevención con el fin de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

En tal sentido la adopción de medidas tendientes a su divulgación masiva y comprensión cabal de la importancia del derecho y de su problemática obliga a los Estados a la necesidad de idear políticas públicas en la materia.

Entre ellas no puede omitirse en ningún caso la educación ambiental como herramienta eficaz para la comprensión, sensibilización y abordaje conciente de la responsabilidad de cada habitante del planeta mas allá de su actividad o responsabilidad en la comunidad.

8) Una vez que falla el principio precautorio, la responsabilidad que emerja del daño al derecho a vivir en un medio ambiente sano deberá buscar el justo equilibrio entre la posibilidad de sancionar e indemnizar a la víctima así como también en la búsqueda de medidas que apunten a recomponer la situación.

9) El derecho a vivir en un medio ambiente sano es un derecho de carácter individual, colectivo y universal. Por ende serán titulares del mismo tanto los individuos como los pueblos, los Estados y la Humanidad.

10) La necesidad de continuar desarrollando el concepto de derecho a vivir debería ser objeto de análisis y desarrollo profundo, promoviendo la consolidación de un movimiento que realice una apertura efectiva del contenido de este derecho en aras a su aplicación concreta en el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos y la comprensión cabal de la responsabilidad de las generaciones presentes para con las futuras.

---

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR LA INCRIPCIÓN DE UNA MARCA CUYO REGISTRO FUE ANULADO POR ACTO JURISDICCIONAL \*

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo  
de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay  
y Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de la República

- I -

- 1.- Agradezco antes que nada a la Universidad de Montevideo por la invitación formulada a los efectos de reflexionar sobre un tema de tanta importancia práctica.
- 2.- Y aclaro de inmediato que el título de esta exposición no me ha sido dado sino que ha sido formulado por mí en virtud del caso hipotético que se me ha propuesto, a fin de determinar con precisión el objeto de la reflexión.

Ese caso hipotético es el siguiente:

"Una empresa A tiene registrada una marca. Otra firma B solicita el registro de una marca muy similar. A se opone pero la marca igual se concede. B comienza a vender. A interpone recursos y termina demandando la nulidad ante el TCA. El TCA anula por unanimidad por entender que la marca de B infringe el registro de A. B vendió productos en perjuicio de A durante todo el trámite administrativo y la acción de nulidad."

- 3.- A este caso, pues, me ceñiré, sin entrar a otros aspectos de la responsabilidad del Estado, necesarios para estudiar el tema en su conjunto pero irrelevantes a los efectos de este estudio. Por eso se imponen una serie de precisiones que enseguida se indicarán.
- 4.- El registro de una marca conforme a lo establecido por los artículos 29 y siguientes de la ley N° 17.011, de 25 de setiembre de 1998, se dispone por un acto administrativo, precedido de un procedimiento administrativo especial, pero procedimiento administrativo al fin.<sup>1</sup>

Desde este punto de vista la nueva ley siguió en esencia la solución prevista en la ley N° 9.956, de 4 de octubre de 1940.<sup>2</sup>

Por tanto, estamos ante un supuesto de responsabilidad del Estado por acto administrativo. No cabe duda, pues, sobre la procedencia de la aplicación al respecto del artículo 24 de la Constitución de la República. Doctrina y jurisprudencia han discutido si este artículo 24 comprende también la responsabilidad del Estado por acto legislativo y por acto jurisdiccional pero nadie ha dudado que comprende a la responsabilidad por acto administrativo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> PRAT GUTIÉRREZ, A. J.-FICHER FLEURQUIN, G. Desaplicación en vía jurisdiccional de un acto administrativo ilegal por el cual se concedió el registro de una marca en violación de normas prohibitivas, en *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, 1993, números 3-4, pp. 124 y ss.; KUOCCO, G. El nuevo régimen de marcas, en *Revista de Derecho Público ...*, 1999, N° 16, pp. 99 y ss.

<sup>2</sup> FRUGONE SCHIAVONE, H. De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 74, Montevideo, enero-octubre 1974, números 1 a 10, p. 4.

<sup>3</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Responsabilidad por hecho lícito de la Administración, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo*, UCUDAL - Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999, vol. I, pp. 190 y ss.

- 5.- Como el caso propuesto refiere a la anulación de un acto administrativo que dispone el registro de una marca, y la anulación es siempre por razones de legitimidad,<sup>4</sup> carece de sentido analizar si el artículo 24 de la Constitución establece un sistema de responsabilidad objetivo o subjetivo<sup>5</sup> puesto que nadie discute que la responsabilidad por los daños ocasionados por un acto administrativo que luego fue anulado por acto jurisdiccional, queda comprendida en este artículo 24.
- 6.- Como según el caso propuesto nos encontramos ante una nulidad ya dispuesta, no analizaré las distintas causales de nulidad posibles. Prescindiré así de analizar las causales de nulidad previstas en el artículo 4 de la ley N° 17.011, calificadas expresamente como de nulidad absoluta, de los previstos en el artículo 5 de dicho acto legislativo, calificadas expresamente de nulidad relativa, así como de otras causales de nulidad que surgen de esa ley o del sistema de nulidad de los actos administrativos en general. En efecto, dispuesta una nulidad, cualquiera sea la causal produce los mismos efectos. Por esas razones tampoco voy a analizar la procedencia en el Derecho Administrativo de la distinción civilista de las nulidades absolutas y las nulidades relativas.<sup>6</sup> Aquí me limito a efectuar la advertencia que NIETO efectuaba en España en el sentido de que no es cierto que en este punto siga el Derecho Administrativo la matriz del Derecho Civil. "La teoría administrativa española -y la uruguaya- de las nulidades y de la eficacia de los actos administrativos, socialmente tributaria del Derecho francés, no está anclada en la dogmática civil sino en las potestades administrativas, que son las que explican y fundamentan sus característicos rasgos originales."<sup>7</sup>
- 7.- Aclaro finalmente que como el tema planteado refiere a una anulación en vía jurisdiccional no analizaré la llamada acción de anulación prevista en el capítulo V de la ley N° 17.011 (arts. 20 y ss.) puesto que ella opera en ejercicio de función administrativa.
- 8.- Mis reflexiones se centrarán pues en los casos de anulación dispuesta por sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, puesto que es el único caso previsto en nuestro Derecho de anulación de un acto administrativo por acto jurisdiccional. No obstante, a los efectos de completar nuestro tema, mencionaré brevemente algunas situaciones distintas aunque afines. Distintas porque no estamos en estos casos ante una anulación, pero afines porque nos encontramos ante un daño provocado por un acto administrativo ilegítimo.

## - II -

- 1.- Efectuadas estas precisiones paso a recordar el contenido de la sentencia anulatoria.
- 2.- La sentencia que acoge la demanda anulatoria es de naturaleza constitutiva. Como bien dice GIORGI, "el Tribunal no se limita aquí a comprobar la antijuridicidad de la decisión administrativa atacada, es decir a un pronunciamiento puramente declarativo, sino que procede a su anulación extinguiendo con carácter retroactivo la situación jurídica originada por aquél."<sup>8</sup>  
Es que la anulación supone un vicio *ab initio* y como la acción anulatoria es un medio tutelar de los derechos o intereses lesionados, sus efectos no pueden ser sino *ex tunc*. Se destruye el acto con efectos retroactivos como si nunca hubiere existido.<sup>9</sup>
- 3.- Pero bien advertía GIORGI que "la afirmación pura y simple que el acto debe considerarse no haber existido nunca cierra los ojos a una realidad: la producción por ese acto de variados efectos durante el lapso, a veces extenso, que va de su formulación por la Administración a su anulación por el Tribunal encargado de juzgarlo. Y ciertos hechos consumados por la ejecución del mismo, se sobreponen al

<sup>4</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Revocación del acto administrativo, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IV, octubre-noviembre 1987, N° 21, pp. 161.

<sup>5</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Responsabilidad ..., loc. cit., pp. 191 y ss.

<sup>6</sup> Ya me he manifestado expresamente en general acerca de la impropiedad de la aplicación en el Derecho Administrativo de la distinción que en Derecho Civil se efectúa entre nulidad absoluta y nulidad relativa. DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada administrativa, en BARRIOS DE ANGELIS, D.-DURÁN MARTÍNEZ, A. *Cosa juzgada y cosa juzgada administrativa*, Universidad Católica del Uruguay - Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 18), p. 35.

<sup>7</sup> NIETO, A. Contra las teorías en uso: una propuesta de renovación, en "III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer - Curtis. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos", FUNEDA, Caracas, 1997, pp. 48 y ss.

<sup>8</sup> GIORGI, H. El Contencioso Administrativo de Anulación, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, p. 286.

<sup>9</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Revocación ..., loc. cit., p. 161; DURÁN MARTÍNEZ, A. Impugnación de reglamentos, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T.V, diciembre 1988 - enero 1989, N° 28, p. 343.

derecho, que se muestra impotente de destruir sus efectos pese al principio de retroactividad del fallo anulatorio. Los hechos cumplidos escapan al alcance del pronunciamiento jurisdiccional. Del mismo modo, la *restitutio in integrum* es a veces imposible respecto de actos administrativos que condicionaban su validez a la del acto anulado.<sup>10</sup>

"Ante la imposibilidad de la *restitutio in integrum*, -dice GIORGI- el administrado lesionado en sus derechos por el acto ilegal debe ser indemnizado, en compensación, por la Administración."<sup>11</sup>

- 4.- En el caso planteado la anulación del acto administrativo que dispone el registro de una marca da plena satisfacción al actor para el futuro, en el sentido de que la sentencia anulatoria impide a quien había obtenido el registro continuar ejerciendo los derechos derivados de la inscripción. Pero esa sentencia no da satisfacción al actor por los hechos consumados. La única forma de que el actor obtenga una satisfacción plena de sus derechos desconocidos es por intermedio de la acción reparatoria. La Administración, responsable por haber inscripto ilegítimamente una marca, debe responder íntegramente por los perjuicios que se deriven de esa inscripción. Debe responder tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, como también por el daño moral.
- 5.- Por cierto que estos daños deben ser ciertos y probados. De no existir daño no procede indemnización alguna pese a la nulidad dispuesta. Y además debe existir el correspondiente nexo causal.
- 6.- El juez competente para entender esta acción reparatoria es, en Montevideo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y en el Interior los Juzgados Letrados de Primera Instancia que no tengan competencia especializada. En los asuntos de menor cuantía tendrán competencia los Juzgados de Paz, tanto en Montevideo como en el interior (art. 1 de la ley N° 15.881, de 26 de agosto de 1987 con las modificaciones dispuestas por los arts. 319 a 321 de la ley N° 16.226, de 29 de octubre de 1991).

En el caso en estudio, como el daño lo causa un acto administrativo de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, que es el órgano que dispuso la inscripción que luego fue anulada (art. 34 de la ley N° 17.011), órgano desconcentrado privativamente<sup>12</sup> del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria, Energía y Minería (art. 102 de la ley N° 17.011) que tiene su sede en Montevideo, los jueces competentes son los de Montevideo. De manera que el juez competente en el tema ahora en estudio será el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo o el de Paz, según la cuantía.

- 7.- El juez reparatorio en este caso deberá analizar la existencia del daño, su cuantía y el nexo causal. Pero no podrá analizar la cuestión de la ilegitimidad del acto administrativo puesto que esto ya fue juzgado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La cosa juzgada ata en este punto al juez reparatorio.

### - III -

- 1.- Paso a considerar ahora otros casos diferentes al planteado pero que presentan algunas similitudes.
- 2.- El primero de esos casos que deseo mencionar es cuando el Tribunal no dispuso la anulación pero dejó reservada la acción reparatoria.

Esta hipótesis surge expresamente del artículo 310 de la Constitución.

Tal disposición establece:

"El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.

Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo.

En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada."

Coordinando este artículo con el último inciso del artículo 309, se advierte que el segundo inciso del artículo 310 refiere a demandas presentadas por el titular de un derecho subjetivo y el tercer inciso de este artículo 310 refiere a demandas presentadas por el titular de un interés directo, personal y legítimo.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> GIORGI, H. El Contencioso Administrativo ..., p. 293.

<sup>11</sup> GIORGI, H. El Contencioso Administrativo ..., p. 294.

<sup>12</sup> RUOCCO, G. Ob. cit., loc. cit., p. 99.

<sup>13</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Situaciones jurídicas subjetivas. (Con especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad y la acción de nulidad), en *La Justicia Uruguaya*, t. 122, año 2000, S.D. p. 100.

Conforme a nuestra Constitución, el titular de un interés directo, personal y legítimo puede deducir la acción de nulidad, para disponerse la nulidad se requieren cuatro votos conformes, pero si se reúnen tres votos conformes el Tribunal reservará a la parte actora la acción de reparación.

Comparto en este aspecto en esencia la posición de MÉNDEZ.

Este autor, al comentar esta disposición, habla de contencioso atípico o anómalo. Aquí "se mantiene el acto recurrido reconociendo la existencia del vicio, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo compensa al agraviado *reservándole* la acción de reparación como dice impropiaemente el art. 312. No se trata aquí de una reserva de derecho sino de una condenación verdadera. Corresponde, entonces, pedir a la Justicia Ordinaria simplemente la liquidación de los daños y perjuicios de conformidad con el procedimiento para ejecución de sentencias."<sup>14</sup>

O sea, el Juez reparatorio queda también aquí atado por la cosa juzgada de la sentencia del T.C.A. en cuanto por tres votos consideró al acto ilegítimo. No se anula porque la Constitución exige cuatro votos, pero el juez no podrá analizar la cuestión de la legitimidad del acto: se limitará a la determinación del daño, su cuantía y el nexo causal.

Como el acto no fue anulado y el Juez reparatorio no lo puede anular, tendrá en cuenta esto a efectos de la determinación del daño y la fijación de su cuantía. O sea, no solo considerará el período anterior a la sentencia del T.C.A. sino también el posterior.

- 3.- El segundo caso que deseo mencionar es cuando el damnificado opta por prescindir de la acción anulatoria y acude directamente a la reparatoria.

Aunque esta posibilidad surgía a mi juicio de la redacción original del artículo 312 de la Constitución, fue sistemáticamente negada por la jurisprudencia.<sup>15</sup> Pero con la nueva redacción de este artículo dada por la reforma de 1997 no cabe duda acerca de esta posibilidad.

En este caso cabe distinguir dos situaciones: a) cuando el acto fue revocado en sede administrativa por razón de legitimidad; b) los demás casos.

Cuando el acto fue revocado por razones de legitimidad esta cuestión no se ventila ante el Juez, puesto que la ilegitimidad ya fue admitida por la Administración (art. 1, literal c de la ley N° 15.881). El Juez aquí también se limitará a la determinación del daño, su cuantía y el nexo causal.

Estimo que también a esta hipótesis debe asimilarse los casos de la llamada acción de anulación en vía administrativa previstos en los artículos 20 y siguientes de la ley N° 17.011 ya que obviamente la anulación se dispone por razones de legitimidad y ya la Administración lo ha reconocido.

En los demás casos, como la ilegitimidad no ha sido declarada, ni por el T.C.A. ni por la Administración ella debe ser determinada por el Juez.

El Juez en lo reparatorio no podrá anular el acto puesto que solo el T.C.A. puede anular un acto administrativo. Pero como cualquier Juez puede analizar la legitimidad de un acto y fallar en consecuencia.<sup>16</sup> En consecuencia, en este caso el Juez no solo analizará la cuestión de la determinación del daño, su cuantía y el nexo causal, sino también la ilegitimidad del acto de inscripción registral.

- 4.- En estos casos mencionados, el Juez competente es el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo, salvo que en virtud de la cuantía resulte competente el Juzgado de Paz.

Pero existe un caso en que la condena al Estado puede provenir del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil. Es el caso en que el damnificado demanda al particular que ilegítimamente había inscripto la marca y este citó en garantía al Estado.

La demanda es presentada en el Juzgado Civil, el que continúa siendo competente en caso de que se cite en garantía al Estado por expresa disposición del artículo 2 bis de la ley N° 15.881 incorporado por el artículo 321 de la ley N° 16.226.

El Juez aquí no podrá anular, pero sí podrá apreciar la legitimidad del acto y fallar en consecuencia. El Juez así apreciará la legitimidad del acto, la determinación del daño, su cuantía y el nexo causal.

- 5.- Cabría considerar una última hipótesis: la posibilidad de demandar simultáneamente al particular que se benefició con un registro ilegítimo y al Estado.

Teóricamente ello sería posible. El Juez en estos casos no podrá anular el acto vigente pero podrá juzgar su legitimidad y fallar en consecuencia.

<sup>14</sup> MÉNDEZ, A. Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pp. 23 y ss.

<sup>15</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Relación entre la acción anulatoria y la acción reparatoria, en *El Derecho Digital*.

<sup>16</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. Contratos administrativos y juez competente para juzgarlos. El caso "Caravana", en *Casos ...*, vol. I, p. 69.

No obstante, se plantea un problema delicado en la determinación del Juez competente, ya que la ley no regula el punto a texto expreso.

Aunque no conozco casos en materia de marcas, sí conozco otros casos en que el tema se ha planteado. La jurisprudencia ha sido al respecto oscilante; a veces los Juzgados Civiles asumieron competencia, otras veces lo hicieron los Letrados de lo Contencioso Administrativo, y en ocasiones cuando alguna de las partes opuso excepción de incompetencia esta fue admitida, tanto en los Juzgados Civiles como en los Letrados de lo Contencioso Administrativo. La ley debería solucionar este punto de una manera clara a fin de evitar los problemas que actualmente se plantean.

---

# BUCEANDO EN LAS PROFUNDIDADES DE LA ANOMIA

NICOLÁS ETCHEVERRY ESTRÁZULAS

Catedrático de Filosofía de Derecho y de Ética, Universidad de Montevideo  
Vicedecano de la Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo  
Profesor de Filosofía de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República

¿Por qué nuestro país goza del triste privilegio de tener uno de los índices mayores de muertes por accidentes de tránsito por año en proporción a sus habitantes? ¿Y por qué hablamos y escribimos cada vez peor?

Pienso que entre el descreimiento en las instituciones y las normas, el lenguaje y los accidentes de tránsito hay mucha relación.

Empecemos por el término. Según el diccionario de la Real Academia Española, la anomia es ausencia de ley. Pero también se agrega que la anomia es el "estado de aislamiento del individuo, o de desorganización de la sociedad, debido a ausencia, contradicción o incongruencia de las normas sociales." (1) Si le suena familiar al lector, puedo asegurarle que toda similitud con lo que puede estar ocurriendo en el país no es mera y pura coincidencia...

Así las cosas, sigamos con el lenguaje: Una de las primeras formas de empezar a respetar las normas desde temprana edad, es comenzando por las de la ortografía y la sintaxis. Si no se conocen y respetan las reglas elementales del lenguaje, muy difícil será inculcar a posteriori el sentido del respeto por cualquier otro tipo de normas. Al respecto cito al Dr. Guillermo Jaim, quien describe en su libro "La tragedia educativa" el proceso de deterioro y regresión que ha sufrido la Argentina en los últimos veinticinco años. Esa obra – muy recomendable para todos los que puedan tener algún interés por los temas de educación y pedagogía – muestra con claridad a qué grado de gravedad llega el problema: La más reciente evaluación sobre estos aspectos se inició en 1997 con una muestra de más de 130 mil alumnos sorteados entre 5420 escuelas primarias, y siguió en 1998 con más de 260 mil estudiantes que completaban su secundario en 11.829 colegios. En una escala de 1 a 10 (y entendiéndolo por 10 no un nivel máximo de excelencia, sino tan sólo el mínimo que cabe esperar de un alumno que se encuentre en el curso investigado) los promedios alcanzados fueron de 5,2 en matemática y 5,3 en lengua. En esta última materia, que es la que en estos momentos nos interesa, el promedio de comprensión de textos leídos fue de 2,7 y el de reglas de lenguaje fue de 3,1. (2) Cabe agregar que no hubo diferencias muy significativas entre los centros públicos y privados pero ello, acoto, no es razón suficiente para echar las campanas al vuelo y festejar. Más bien es motivo para entristecerse por el alto grado de uniformización mediocrizante al que se ha llegado. En las preguntas de la evaluación se apuntó a buscar el tipo de respuestas que no representaran un alto grado de proeza intelectual, sino operaciones y conceptos imprescindibles para el desempeño normal en la vida cotidiana... Los resultados en comprensión y expresión oral y escrita fueron alarmantes....

De nuevo surge la interrogante: ¿habrá similitudes con lo que está pasando por estos lares? ¿Y si las hay, será por mera casualidad? Sin embargo el tema no pasa por ver si existen o no analogías en los resultados de las evaluaciones; el asunto es comprender cuales son las verdaderas causas del problema. Al respecto me permito sugerir algunas: el **facilismo** y el **ludicismo**. Por facilismo entiendo la postura que considera que al estudiante no hay que exigirle más que lo mínimo; ya bastante estresado está con los problemas que quizás trae desde su casa o como consecuencia de la crisis que vive la región; no le recarguemos más las cosas. Ya vendrán momentos en los que será más necesario exigirle todo lo que pueda estar en condiciones de dar. Este facilismo no puede separarse del ludicismo: hagamos una educación menos exigente pero al mismo tiempo, más divertida, más entretenida afín de no ahuyentar a los educandos. Estamos en los tiempos del entretenimiento: a la gente no le interesa pensar mucho, reflexionar o meditar; la gente busca salir de sus problemas

1 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Pag.148 – Espasa Calpe

2 Guillermo Jaim Etcheverry. La tragedia educativa. Fondo de Cultura Económica. Décima reimpresión, mayo de 2001, pags.20 y ss.

por lo menos durante un rato. ¿Cómo lo logramos? Entreteniéndola. Y este enfoque – fruto del marketing televisivo y del mundo del espectáculo en general – se ha trasladado al campo educativo: el profesor antes que enseñar conocimientos o ayudar a los estudiantes a descubrir y practicar valores y virtudes, tiene que entretener. Si aburre es porque es un mal profesor. Y será malo en la medida en que no monte en cada clase un espectáculo divertido, o al menos entretenido... Cuidado con ser exigente y no divertido, pues esa combinación puede resultar fatal. Todo esto nos impone ciertas interrogantes: ¿Tendrán la culpa los alumnos cuando escriben hojo, oja, ber y no usan los tildes? ¿No será más bien que durante largo tiempo lo han hecho así y nadie los ha corregido, dándoles señales claras y pautas firmes de cómo deben manejarse con las normas del lenguaje? ¿No se habrá puesto demasiado el énfasis en los contenidos con descuido de las formas por entender que estas no afectan lo sustancial?

Transcribo fragmentos de un artículo fechado el 18-5-03 en El País suscrito por Mariana Rethen: "Opiniones: (Los profesores de los alumnos): Los alumnos no saben nada... Cada vez vienen peor... No entienden que el estudio es trabajo; la educación es un desastre; es un descontrol... No me da tiempo para atender todos esos problemas, no es problema mío... Cómo no saben esto que es obvio... Tengo que bancarlos a ustedes por un sueldo miserable... Tanto da que hagan 4º, 5º y 6º en 8 años... No saben sacar apuntes... (Los alumnos de los profesores): Somos unos burros, no servimos para nada... Antes me sacaba 8 y ahora tengo 2 en todas... Ahora me doy cuenta que no tengo ni las básicas... Los profesores llegan tarde, ponen orden, pasan la lista y al final dan 20 minutos de clase... Usan términos que nosotros nunca habíamos oído... Me hubiera gustado tener un buen profesor... Sólo aprendes algo si vas a profesor particular... Muchos profesores dan la clase con bronca... Tenés que arreglarlo por ahí para dar el examen, el problema es tuyo... Los profesores nos dicen yo viví en un Uruguay que ya murió; es decir que vivimos en un cementerio; dicen que antes se estudiaba más, que los profesores jóvenes ya no exigen nada, que bajan el nivel año a año, que todo es cada vez peor, que la diferencia entre lo que estudiamos y la Universidad es de terror..." Y más adelante agrega el artículo que "los estudiantes perciben un alto porcentaje de inasistencias docentes, al punto que llegan a tener asignaturas sin profesor durante más de dos meses. En general todos los días tienen una o dos horas de ausencia de docentes" apunta el estudio. (3)

Si combinamos lo planteado por Guillermo Jaim con la información recabada en el artículo citado ¿a qué conclusiones podemos llegar? En lo personal, a creer firmemente que los verdaderos pedagogos actuales de nuestros jóvenes no son los docentes, ni siquiera los padres. Son los medios de comunicación y la cultura del espectáculo. Entretener y excitar los sentidos es la consigna; el resto es silencio, diría Hamlet (¿o Jamlet...?) Es que si hablamos de cultura, preferible es callar: Como botón basten estas muestras: en el libro citado se relata que sólo tres de cada diez estudiantes pudieron ordenar cronológicamente los siguientes personajes históricos: Aristóteles, Napoleón, Carlomagno, Jesucristo y Julio César. Sólo cuatro de cada diez fueron capaces de nombrar al autor del Quijote y algunos adjudicaron la obra a... Martín Fierro. (4) Sin embargo, lo más grave de todo esto no son los resultados en sí mismos, sino la total indiferencia o diversión que provocan en muchos de los sujetos involucrados. Coincido con el Dr. Jaim cuando afirma que no estamos ya en el opresivo mundo de Orwell que retacea, filtra y deforma la información, sino en el alegre y frívolo mundo de Huxley que banaliza la tragedia y toma como modelo a la trivialidad y la irrelevancia.

Vivimos en una sociedad que cada día se ríe más de lo que no habría que reírse y llora más por lo que no hay que llorar..

Pasemos a los accidentes: Según datos oficiales, el año pasado murieron 401 personas, más de uno por día, sólo en accidentes de tránsito. Las principales causas de los 1653 accidentes ocurridos sólo el año pasado fueron imprudencia del conductor (363), maniobras incorrectas (328), ebriedad (216), no respetar la cartelería (128), sin especificar (111), imprudencia del peatón (57). (5) Si alguna de estas causas le advierte al lector que pueden relacionarse con la falta de respeto por las normas – heterónomas o autónomas – poco queda por decir. Cientos de personas mueren año tras año por la anomia externa o interna que el país entero padece. Y conste que nos hemos centrado en los accidentes fatales de tránsito, excluyendo por ejemplo a los laborales, originados por falta de medidas de seguridad y precaución en el trabajo... ¿Más datos? El País del 25 de Mayo de 2003 nos aporta los siguientes: Según una investigación de Antonio Alvarez, "...En Uruguay mueren aproximadamente 500 personas por año en accidentes de tránsito. No hay ningún organismo del Estado que posea un dato cierto al respecto... Se producen más de ocho mil accidentes de tránsito al año... Es la primera causa de muerte en la población de 18 a 35 años... A Uruguay le cuesta 927 millones de dólares los daños que producen los accidentes. El Estado uruguayo gasta ocho veces más dinero en atender los resultados de los accidentes que en prevenirlos. Equivale al 42% del gasto anual en salud. El 92 por ciento de los accidentes de tránsito de produce por fallas humanas. En el país mueren cinco veces más personas por millón y por año que en Suecia,

3 Diario El País. Edición del 18-5-03, 1ª sección, pag.16.

4 Guillermo Jaim Etcheverry. Op.cit. pag.27

5 El Observador. Anuario 02-03. Sociedad-Tránsito, Causas de accidentes pag 130

pero el parque automotor uruguayo es cuatro veces menor... El Ministerio de Transporte advirtió que en los próximos diez años todo uruguayo tendrá un accidente de tránsito..." (remarcado nuestro) (6)

Pues bien, estimado lector, a prepararse. Pues ya se estará preguntando lo mismo que yo cuando leí el artículo: "¿Y a mí cuanto tiempo me quedará antes de que me toque...?"

Nuevamente el tema de fondo no es cuando nos podrá tocar esa lotería o mejor aún, ruleta rusa colectiva, sino si hemos podido tomar conciencia cabal del vínculo existente entre estos datos y el estado de anomia colectiva, contagiante y destructiva que padecemos los uruguayos.

Va de suyo que luego de haber estado recabando este cúmulo de información y comprobar lo livianamente indiferentes que dejan a la mayoría de los que vivimos en este país, preocuparse por temas como el contrabando a gran escala, las gestiones de la Aduana, o la inoperancia o corrupción de varios de los funcionarios que se desempeñan en ella, pasa a ser un tema absolutamente menor, una trivialidad más entre muchas otras. Una historia de niños que se disuelve entre las oscuras y turbias aguas de la historia cotidiana, que ni inquieta ni alarma a nadie.

Para el final hemos dejado lo más remoto. Lo más lejano en nuestra propia historia, pero justa y precisamente por ello, lo más básico, primigenio, radical (en el sentido de raíz) y esencial de todo cuanto hemos estado describiendo. Me refiero a la propia génesis del colectivo uruguayo:

Para reforzar esta parte de mi argumentación recorro al trabajo de José Pedro Barrán, *Historia de la sensibilidad en el Uruguay*, Tomo 1, La cultura "bárbara" (1800-1860). En dicho ensayo puede leerse: "La abundancia de carne, el principal alimento, su baratura en la capital, su a menudo ningún valor de cambio en el medio rural, facilitaban la vida de los sectores populares, no los forzaban, como en otras partes del mundo, a cumplir con la maldición bíblica, que suena tanto a patronal: trabajar para comer... ¿Cómo disciplinar a los pobres y obligarlos a servir cuando son jinetes, están armados y el alimento a menudo se les regala o lo toman? (...) Libres pues e independientes de toda clase de potestad, acomodados a vivir sin casa ni arraigo, acostumbrados a mudar de albergue cada día, surtidos de unos caballos velocísimos, dueños de un terreno que hace horizonte, provistos de carne regalada, vestidos de lo necesario... la gente de las clases trabajadoras (según un informe del visitante inglés James Weddel) no se distingue por su laboriosidad siendo bastante adicta a la holgazanería y a la embriaguez (...) Con tres días de trabajo por semana, dada la baratura de las provisiones, les basta para mantenerse. Resulta interesante la reflexión final: "(...) casi no hay ningún europeo, por más trabajador que haya sido a su llegada, que no caiga en esta conducta de holgazanería..."

A continuación se agrega: "Charles Darwin, el naturalista, reiteró el concepto en 1832: Hay un número tan grande de caballos y tal profusión de alimentos que no se experimenta la necesidad de la industria..." (...) Véase esta serie coincidente de diversos testimonios: el cónsul británico Thomas S. Hood en enero de 1825: "La clase baja detesta el trabajo y la subordinación"; el empresario inglés J.A.B. Beaumont hacia 1826-27: "Los gauchos... se cuentan, quizás, entre los seres más independientes del mundo"; el francés Arsenio Isabelle en 1830: "Esa gran facilidad de subsistir, casi sin trabajo (genera) en ellos el nacimiento del espíritu de insubordinación", añadiendo, con obvia desesperanza: "Esta costumbre de la libertad física hará (...) que ningún gobierno monárquico pueda mantenerse entre esos pueblos". (7)

Bienvenido este augurio, me permito acotar, pues gracias a esas costumbres entre otras es que pueblos como el nuestro se asfixian si les falta el aire de la democracia. Pero una cosa es vivir y ejercitar la democracia - que va mucho más allá de poner un voto cada tantos años - y otra es pretender que esa misma democracia se transforme en la peor de las tiranías: la tiranía de unas mayorías que - siempre manipuladas por minorías - dejen de lado lo previsto en leyes, reglamentos, normas de cualquier tipo y hasta constituciones.

Agrego una última cita del libro de Barrán: proviene de Charles Darwin nuevamente y dice así (luego de observar una pulpería): "Su apariencia - la de los gauchos - es chocante (...) Tienen impresos en su rostro todos los signos de la altivez y del desenfreno..." (8)

Mi propósito es distinguir entre un tipo de herencia positiva, de la que emana el espíritu libre, democrático e igualitario de nuestro pueblo, y un tipo de herencia negativa, que se impregna de indiferencia o incluso desprecio por lo normativo escudándose en el altanero argumento de que acatar las normas es símbolo de abyecta sumisión. Por nuestra idiosincrasia positiva, celebro mucho; por la negativa, me alarmo también. El temperamento o rasgo anómico de nuestro pueblo le ha hecho daños profundos y prolongados a lo largo de la historia. Mi hipótesis es que parte de los problemas que padecemos se remonta a ese sentimiento de desprecio o al menos indiferencia por las normas y las instituciones, fruto de una desgraciada combinación de sentimiento democrático romántico y voluntarista por un lado, y una inclinación por el individualismo caudillesco por el otro. La consecuencia de esa vieja y desgraciada combinación ha sido una inclinación recurrente a los pactos o arreglos individuales, a buscar y encontrar excepciones a lo normativo, a salirse del

6 Diario El País. Edición del 25-5-03. 2ª sección, pags. 1-2

7 José Pedro Barrán. *Historia de la sensibilidad del Uruguay*. Tomo 1. La cultura bárbara (1800-1860) pags. 32-33

8 Ibid. Pag 34

camino para ir por la tangente, a confiar más en los líderes carismáticos y demagógicos de turno, que en las leyes, normas e instituciones. Y así nos ha ido...

¿Es que acaso nos resulta extraño leer o escuchar frases que – sentido más o menos – implican lo siguiente: **“dejemos de lado las normas (leyes, reglamentos, instituciones o códigos); esto lo arreglamos entre nosotros...”** Y ese nosotros generalmente supone un pacto lateral o colateral, que no contempla la totalidad de los problemas y personas a solucionar. Es un acuerdo parcial pero sólido, pues se fundamenta en concesiones recíprocas, amistades entrañables y respetos ancestrales. Nada de ver a largo plazo o toda la dimensión del tema o problema. Son pactos de remiendo, con soluciones cortoplacistas y mezquinas. Se vive y se transmite un provisorio que deviene eterno. Y se pasa de un acuerdo lateral a otro, siempre parcial, coyuntural y muchas veces violatorio de normas o instituciones.

Hubiera sido preferible heredar algo más del espíritu socrático; ése que se preguntaba *“¿Qué ciudad podrá subsistir, si los fallos dados no tienen fuerza alguna y son eludidos por los particulares...? O aquel que afirmaba que “...un grupo que no defiende y acate las leyes será como una polis que derriba sus murallas, quedando desprotegida y expuesta a la invasión de los más fuertes y astutos... ¿No es cierto que con esta acción (de no acatar el fallo condenatorio) proyectas destruirnos a nosotras las leyes, y a toda la ciudad en lo que de ti depende? ¿Te parece a ti posible que pueda aún existir sin arruinarse una ciudad en la que los juicios que se producen no tienen ningún poder, sino que son destruidos por particulares y resultan nulos...?”* (9)

Robert Bolt, historiador, dramaturgo y guionista de cine de películas tales como “La misión” o “Un hombre de dos reinos” nos muestra en esta última – que previamente fue una obra teatral muy exitosa – el siguiente diálogo entre Tomás Moro, Lord Canciller de Inglaterra y su futuro yerno Roper, luego de haberse retirado enojadísimo de la casa de Moro un arribista y trepador Richard Rich que había ido a solicitarle empleo sin obtener respuesta satisfactoria:

ROPER: Es peligroso. Arréstelo.

MORO: No hay ley que prohíba ser peligroso.

R: La hay. La ley de Dios.

M: Entonces Dios puede arrestarlo.

R: Eso es pura sofisticación

M: No pura simplicidad. La ley Roper, la ley...

R: Entonces usted coloca la ley humana por encima de la ley de Dios...

M: No; todo lo contrario. Pero déjame recordarte que yo no soy Dios...

R: Mientras nosotros conversamos, él se ha ido

M: Y así debe ser, aún si fuera el demonio mismo, mientras no quebrante la ley.

R: Así que ahora le da al demonio mismo el beneficio y amparo de la ley...

M: ¿Y qué harías tú? ¿Quebrantar la ley para capturar al demonio?

R: Quebrantaría todas las leyes de Inglaterra para lograrlo.

M: ¿Ah sí? Y cuando la última ley estuviese quebrantada y el demonio se diera vuelta para agarrarte, ¿dónde te esconderías Roper, sin ninguna ley que te proteja...? Este país está cubierto de costa a costa con leyes. Leyes humanas, no divinas. Y si tú las hicieras desaparecer – y pareces ser la persona más adecuada para ello – ¿realmente crees que podrías mantenerte en pie frente a los vientos que soplarán entonces...? Sí; yo le daría al diablo mismo el amparo de la ley, por mi propio beneficio..... (10)

Quizás Artigas conoció algo de la obra de Moro, pues parece coincidir en su enfoque humanista cuando en el congreso de abril de 1813 proclama **“Es muy veleidosa la probidad de los hombres, sólo el freno de la constitución puede afirmarla...”** Y unos años más tarde Lorenzo Batlle, al asumir el gobierno en 1868 **“...sin exigir otra cosa para los cargos públicos, que patriotismo, capacidad y honradez... Trataré de... hacer que la ley sea igual para todos, blancos, colorados, nacionales y extranjeros; afianzar la paz, el orden y las instituciones; en una palabra, gobernar con la Constitución, levantándola por encima de todas las cabezas.”**

Urge que comprendamos pronto la necesidad de volver – educación y formación cívica mediante – a restaurar el respeto por las instituciones y las normas – sean del tipo que sean. Para no confiar más tanto en las variables voluntades de los hombres y revalorar en cambio aquello que trasciende esas voluntades y nos permite cobijarnos bajo la protección igualitaria, justa y no arbitraria de la ley. De la opción que hagamos, mucho más de lo que puede parecer está en juego.

9 Platón. Critón o del Deber. Pags.224 y ss. Edición Aguilar S.A. 1972

10 Robert Bolt. A man for all seasons. Traducción libre del articulista.

---

# NUEVAS ORIENTACIONES DOCTRINALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*JAIME RODRÍGUEZ-ARANA*

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña  
ex Director del Instituto Nacional de Administración Pública de España

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es uno de los temas centrales del Derecho Público. Es una cuestión clásica de los programas de Derecho Administrativo y desde luego me parece muy atinado que se trate en este curso de formación que imparte el Consejo General del Poder Judicial para jueces y magistrados, entiendo que interesados en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo tanto, felicito a mi buen amigo Joaquín García Bernardo de Quirós, presidente de la sala de lo contencioso administrativo de Málaga por su iniciativa, por la elección del tema y desde luego por haber tenido la benevolencia de acordarse de mí para intentar transmitirles algunas ideas muy generales, por supuesto, sobre las nuevas perspectivas doctrinales en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Desde otro punto de vista puede decirse también que la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la responsabilidad objetiva de la Administración pública, tal y como esta configurada en nuestro Derecho desde hace largas décadas es una cuestión de palpitante y rabiosa actualidad en la medida en que se puede decir que si todos los supuestos de daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos plantean reclamaciones y demandas de responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública, el contenido material de ese conjunto de reclamaciones de acuerdo con la última memoria del Consejo de Estado se eleva a 30.000.000 millones de pesetas y las cantidades que son estimadas o las demandas que prosperan se encuentran en torno al 10% del montante total reclamado.

Es decir, se trata de una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y tenernos que estudiar con detenimiento porque mantener, ya lo adelanto desde este momento, el principio objetivo de la responsabilidad de la Administración pública tal y como esta planteado en nuestro Derecho, tal y como fue configurado en la Ley de expropiación forzosa de la década de los cincuenta sin variaciones, entraña problemas de entendimiento con los tiempos en que vivimos. Me parece que el Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este súper-blindaje, súper-defensa que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la Administración pública.

Y, por otra parte, juzgo desproporcionado el régimen vigente porque ciertamente tenemos que ser cada vez más conscientes de que las actuaciones de la Administración pública son actuaciones que realizan o realizamos los funcionarios. Que yo sepa, cuando se produce un daño o se lesiona un derecho o un bien de un ciudadano desde la Administración pública, es siempre consecuencia de que alguien, alguna persona o algunas personas revestidas de poder público, con su actuación o con su actitud provoca esa situación. Por lo tanto, ya que estamos en un momento en el que, desde muchos puntos de vista, la reflexión sobre el Derecho, la reflexión sobre la libertad y la reflexión sobre la responsabilidad personal parece que no están demasiado de moda, es pertinente afirmar que la libertad y la responsabilidad son dos caras de la misma moneda, incluso como decían los clásicos y pienso que es un principio de interesante: "máxima libertad", por supuesto, pero también "máxima responsabilidad".

En este sentido, se puede afirmar como criterio general, que el principio de la Ley de expropiación forzosa establecido en el año 1.954, no es ya en el año 2.002 un principio razonable; más bien necesita ser repensado y replanteado de acuerdo con el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

El sistema actual, como veremos, es un sistema poco satisfactorio y disfuncional, que además hasta podría entrar en colisión con algunas de las ideas madres que están expuestas en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Es más, el artículo 43.2 de dicha Carta que parece que plantea un derecho común, europeo, sobre responsabilidad. Este criterio objetivo y global que permite que, con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público que ocasiona el daño, siempre tenga responder la Administración pública, no tiene parangón ni precedente en Alemania y en Italia, por poner dos casos conocidos.

Y por lo tanto, pues, el mandato de la Unión Europea, en su declaración del artículo 43.2 de la Carta pues debería también llevarnos a una reflexión y a una reforma en este tema: a una reforma concreta del sistema de responsabilidad patrimonial.

La modificación que se hizo en el año 1.999 de la Ley de régimen jurídico de la Administración pública y del procedimiento administrativo común, estableció en el artículo 145 que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo uno de dicho título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por las autoridades y personal a su servicio, esto es lo importante. En el punto dos, se puede leer: "la Administración pública correspondiente exigirá de oficio a las autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa negligencia grave; previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se determine". Es decir, en aquellos casos en que exista dolo o culpa negligencia grave es obligatorio para la Administración repetir, dirigirse de oficio a sus autoridades y demás personal que hubieran incurrido en actuaciones que produjesen lesión de los bienes o derechos de las personas.

Esta regulación antes no existía y me parece que abre una línea que supone una pequeña grieta, una pequeña quiebra, en ese sistema superobjetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Hoy nos preguntamos por qué el centro de la cuestión se coloca no tanto en la conducta, en la culpa, en que incurre el funcionario, en un patrimonio que sufre un daño antijurídico que no tiene el deber jurídico de soportar.

Con independencia de que más adelante podamos hacer algún comentario referente a este aspecto, sí quiero señalar en este momento que en alguna medida la razón de que esto sea así tiene que ver con una determinada manera de entender el Derecho Administrativo que parte de que la presunción de legalidad y legitimidad no reside en la actuación administrativa sino que parece ubicarse en las demandas que interponen los ciudadanos. Me explico.

Me parece especialmente grave esta situación cuando estamos tratando de una institución de tanto calado y de tanta importancia para explicar el Derecho Administrativo y que tiene que ver precisamente con algo tan esencial como es el funcionamiento de la Administración pública.

Insisto, la Administración pública no es únicamente esa fría máquina de la que nos hablaba Max Weber que ejecuta fríamente y neutralmente la ley; sino que la Administración pública esta compuesta por personas que con defectos o virtudes procuran hacer lo mejor que pueden su trabajo y que a veces incurren, en dolo, negligencia o culpa en su trabajo cotidiano. Supuestos en los que parece lógico que no responda única y exclusivamente la Administración, sino que, responda, porque es el causante del daño, el funcionario que actúa en determinado sentido y que provoca una determinada lesión o perjuicio en un derecho o en un bien de un ciudadano.

Por lo tanto, el sistema de 1.954 respondía a las circunstancias del momento, y en el año 2.002 estamos en otro contexto histórico muy distinto, y en el cuál precisamente ya el interés general no es un concepto que monopoliza o interpreta unilateralmente un funcionario sino que como ha dicho el Tribunal Constitucional en el año 1.984 es un concepto que define armónicamente a través de la intercomunicación entre los poderes públicos y los agentes sociales.

Esta es una cuestión que no es baladí ni casual y que tiene gran importancia y una gran incidencia sobre la construcción del Derecho Administrativo moderno y también sobre el entendimiento del marco constitucional que debe presidir la construcción de todas y cada una de las categorías e instituciones del Derecho Administrativo.

Por otra parte, como ha señalado el profesor García de Enterría en un artículo relevante, muy relevante, sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo español publicado en el año 1.981 por el Anuario de derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, resulta que ahora el interés general reside en la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

Desde este punto de vista, la aplicación como principio absoluto del criterio de solvencia económica de la Administración pública pienso que no debe llevar a correr un tupido velo sobre la libertad y sobre la respon-

sabilidad en las actuaciones de los funcionarios que al final son los que con su trabajo, con su actuación en un sentido o en otro, provocan el bienestar o provocan en algunas ocasiones daños o perjuicios a los bienes y derechos de los ciudadanos.

Me gustaría extraer más conclusiones y más consecuencias de por qué se coloca el acento en el año 1.954 sobre ese patrimonio que debe ser reparado porque no existe el deber jurídico de soportar el daño antijurídico que se le provoca desde la Administración pública. Porque me parece que en los tiempos que corren ya no es sostenible una reflexión de esta naturaleza y, por tanto, es mejor acudir a la aplicación de los principios de proporcionalidad, de racionalidad, del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que la Administración pública ya no puede gozar de ese privilegio tan absoluto y fenomenal que le impida cuando provoca daños particulares repetir o conocer la dimensión exacta de la actuación de sus agentes.

Como sabemos, en el Derecho español hasta el año 1.950 la Administración pública era irresponsable. Se aplicaba para aquellos supuestos que se provocaban daños o perjuicios, lesiones en bienes o derechos de los ciudadanos por actuación administrativa el Código Civil. Por ello, sólo respondían los funcionarios cuando se producían daños que debían ser reparados por esa actuación.

Se piensa, por tanto, que esta irresponsabilidad de la Administración pública debía ser modificada y se empieza a trabajar. En el año 1.950 se establece una Ley del régimen local en la que empiezan a cambiar las cosas, pero sería en el año 1.954 cuando se promulga la Ley de Expropiación forzosa, y en concreto en el artículo 121 nos encontramos con la primera regulación de la institución que ahora analizamos.

Este artículo 121 dice lo siguiente: "dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento una lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos al que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pública exige de sus funcionarios..."

Tenemos que pensar que en virtud de este precepto, la responsabilidad era directa, era objetiva, global, con independencia de que el daño ocasionado fuera como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Es decir, que cualquier tipo de lesión, cualquier tipo de daño que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que haya sido consecuencia de la actuación administrativa ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración pública, daría lugar siempre a la indemnización por cuenta de la Administración pública.

Como digo, se sitúa el centro de gravedad del modelo en ese daño antijurídico que se causa en el patrimonio y que no tiene el deber jurídico de soportar.

Podemos preguntarnos ahora por qué no se sitúa en el centro del modelo la actuación que ocasiona el daño y que realiza un determinado funcionario. Porque que se sepa, la Administración pública como organización abstracta, como ente de razón, hasta el momento al menos no ocasiona "per se" daños a los particulares. Los daños los causan el funcionamiento de los servicios públicos como consecuencia de la conducta humana. Los actos administrativos, lo sabemos bien, son consecuencia del procedimiento administrativo que desemboca o termina con una resolución, con un acto administrativo que puede ocasionar o no un daño a un ciudadano.

Por eso, insisto, aquí está la cuestión central, el asunto básico y fundamental se encuentra en explicar, si es que se puede explicar, por qué la Administración pública dispone de ese gran privilegio y los funcionarios disponen de ese anonimato con solo apelar a esa responsabilidad superdirecta, súper-objetiva y súper-global de la Administración que cubre con su manto todos los supuestos de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

A mi me parece, desde luego, que en un Estado social y democrático de Derecho, con independencia de que este principio ocasione un grave quebranto a las arcas públicas, se debe tener presente que las consecuencias de los actos son de cuenta de los funcionarios, por lo que una aplicación objetiva y global de la responsabilidad administrativa, no se compadece con un entendimiento moderno del sentido de la libertad y de la responsabilidad.

En fin, más adelante, la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de los años cincuenta del siglo pasado estableció una regulación parecida que excluye, eso sí, la fuerza mayor, y se diseña técnicamente una mejor caracterización del daño para que sea susceptible de indemnización como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración pública y así se establece que el daño debe ser efectivo, evaluable e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

La Constitución Española se refiere a este tema en el artículo 106, artículo que tenemos que leer con calma y con tranquilidad porque en mi opinión no se puede señalar que ahora se haya constitucionalizado "in toto" el régimen de 1.950, ni mucho menos.

Veamos. En tóncreto dice el artículo 106, párrafo 2, "los particulares en los términos establecidos por la ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de los bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Y hay que llamar la atención y, no poco, sobre la literalidad de la parte final del número 2 del artículo 106 donde se dice que efectivamente existe el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran los ciudadanos en sus bienes y derechos salvo los supuestos de fuerza mayor, como es obvio; pero fíjense bien que se dice siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. ¿Por qué no se dice funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos?. Pues porque en un Estado social y democrático de Derecho, insisto, incluir en la responsabilidad de la Administración pública los supuestos de funcionamiento normal de un servicio público puede ocasionar graves problemas interpretativos.

Por eso, aunque no se regula expresamente en la Constitución, me parece que en la mente del constituyente, cuando se habla del funcionamiento de los servicios públicos parece, al menos yo lo sostengo así, que se está queriendo referir al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

En el año 1.992 como saben, se publica la Ley de régimen jurídico de la administración pública y del procedimiento administrativo común y en sus artículos 139 y 141 se vuelve a mantener el sistema de la responsabilidad directa, objetiva y global con independencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Lo que sí que se produce en el año 1.999 es una reforma parcial de esta ley y el artículo 145 queda redactado en su párrafo segundo, como antes les comentaba, estableciendo que cuando efectivamente el daño se haya producido como consecuencia de actuación por dolo, culpa o negligencia grave previa instrucción del procedimiento que se establezca reglamentariamente, la Administración debe dirigirse y exigirá de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido la responsabilidad al funcionario responsable, es decir que aquí hay una modificación no pequeña en relación con la voluntariedad o la exigibilidad. En 1992 la repetición era voluntaria; ahora, en estos supuestos, la repetición "se exigirá de oficio"

Este me parece que es un avance sustancial y que permite pensar en que esa quiebra del sistema vaya poco a poco llevándonos a un entendimiento razonable, moderno, de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Les quiero recomendar ahora un libro reciente que se llama "La responsabilidad patrimonial en la Administración pública: hacia un nuevo sistema", es de 2.002 y el autor se llama Oriol Mir Puig Pelat. Les invito a que lo lean porque el libro patrocina una tesis que, en alguna medida comparto, dirigida a reformar radicalmente el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y limitarlo hasta supuestos me parece que lógicos y razonables.

Una de las personas que participaron en la elaboración de la Ley en 1.954 y que además hace el prólogo al libro de Oriol Mir Puig Pelat es el profesor Eduardo García de Enterría, uno de los maestros de Derecho Administrativo, una de las personas con más autoridad en la materia que en el prólogo explica como en el año 1.954, según él, nunca hubo la intención de que la responsabilidad patrimonial fuera responsabilidad objetiva y absoluta, que incluyera indemnización siempre que interviniese un agente público.

Una cosa es, efectivamente, que no hubiera deseo, o no hubiera, pues, un planteamiento en esta dirección, pero la realidad fue que la responsabilidad patrimonial ha sido tan absoluta y tan objetiva que ha incluido toda suerte de supuestos, salvé la fuerza mayor, en los cuáles un daño o una lesión de un bien o un derecho de un particular que se haya provocado por la actuación normal o anormal de un servicio público daba lugar a la correspondiente indemnización.

El profesor García de Enterría en el año 1.955 escribe un artículo titulado potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva ley donde analiza las causas de la responsabilidad patrimonial y dice que fundamentalmente la principal causa de la responsabilidad patrimonial debe estar en un perjuicio antijurídico. Pero trasladando el perjuicio antijurídico de la conducta del agente a la perspectiva del patrimonio del daño, es decir lo realmente importante es el patrimonio y no la conducta del agente público.

Podemos preguntarnos por qué, y es una pregunta que desde luego yo les hago a ustedes, me hago a mí mismo y me gustaría hacerla a los autores de la ley del año 1.954: ¿por qué se sitúa el centro de gravedad del sistema en la perspectiva del patrimonio del dañado y no en la perspectiva de la conducta del agente público? O, al menos, ¿por qué no se consideraron la causa y el efecto en un cierto plano de igualdad?

Me permito volver, para ir terminando, a la reflexión que hacía al principio de la intervención. Parece ser, y en algunas instituciones así podría pensarse, que la construcción de algunas instituciones o categorías jurídico-administrativas se ha realizado desde una perspectiva en virtud de la cual la presunción de legalidad está en el particular, esta en el ciudadano y no tanto está en la Administración

pública, que resultaría que como regla general actúa siempre de forma torpe pues provoca numerosos daños y perjuicios a los ciudadanos.

Con su permiso y benevolencia, me permito criticar este punto de vista y pienso que es positivo que exista esta presunción de legalidad y legitimidad en la actuación administrativa que no debe ser una presunción absoluta, insisto, no debe ser absoluta. No debe ser tan absoluta que lleve a posiciones que son incongruentes, como tampoco debe ser absoluta la reflexión anterior. ¿Por qué?, pues porque no me parece que sea razonable pensar que siempre en y todo caso la actuación de la Administración es negligente y no vela por los intereses generales; ni una cosa ni la otra.

Por lo tanto nos encontramos con que la causa de la responsabilidad es el perjuicio antijurídico. Esa idea antijurídica del daño se intentó explicar con el concepto del perjuicio que el dañado no tiene el deber jurídico de soportar, concepto incluso que recoge el legislador de 1.992 e incorpora al artículo 141: se nos dice en el capítulo primero del título décimo de la Ley de 1992 que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las administraciones públicas correspondientes de toda la institución que sufre en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

El principio básico, insisto, el principio de que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar se encuentra en el artículo 141 punto 1 de la Ley.

Es en este concepto o en esta consideración del daño antijurídico donde la jurisprudencia ha tropezado más, a veces llegando a interpretaciones demasiado complejas, que han provocado una cierta ilimitación y una cierta amplitud no siempre deseable.

Por supuesto, también es necesaria la concurrencia de alguna causa de imputación que no puede reducirse a un canon unitario. Aquí es donde el profesor García de Enterría habla de las tres causas específicas que pueden dar lugar a los daños o las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos.

La primera sería la realización directa y legítima del daño por la Administración pública cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportar ese daño. Serían daños como consecuencia de las construcciones de obras públicas; como consecuencia de la represión de desordenes o calamidades públicas o en el año 1.950 de actos no fiscalizables en vía contencioso administrativa.

La segunda causa específica sería la actuación ilícita de la Administración pública aunque imputable subjetivamente al agente público. Esto sería el supuesto de funcionamiento anormal de un servicio público.

En tercer lugar, nos encontraríamos con casos de riesgo creados por la administración 'que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo que la Administración ha originado en beneficio propio a los ciudadanos.

Pues bien, sólo en estos casos técnicamente parece que es cuando se puede aplicar esa institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública siempre, siempre que el riesgo, insisto, se haya creado por la Administración pública. No cualquier riesgo general, sino riesgo que haya creado en concreto la Administración pública.

Y en cuarto lugar serían los supuestos de enriquecimiento sin causa.

Realmente, el manejo del sistema se ha hecho sobre el supuesto de funcionamiento anormal del servicio público, que me parece que es un supuesto propio y específico sobre el cual debe operar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En cualquier caso, el sistema ha sido un sistema hasta el momento insatisfactorio y excesivo.

Es verdad que en 1954 se trató de romper la regla de la irresponsabilidad administrativa por daños que venía beneficiando a la Administración pública en nuestro Derecho. Por ello, repito, se buscó una fórmula general y abstracta que se recoge luego en la Ley de régimen jurídico en el año 1957 y la ley de régimen jurídico de procedimiento común del año 1992.

Es probable que se haya provocado una huida a la cláusula general de la que García de Enterría nos dice que es un peligro para el Estado de Derecho, aunque reconoce que en Francia sin embargo ha funcionado el sistema sobre principios generales sin especiales problemas.

La solución, en opinión de García de Enterría, está en mantener fórmulas generales con matizaciones concretas o reducir la responsabilidad como regla al funcionamiento anormal de los servicios públicos y remitir los otros supuestos a otras categorías jurídicas. Solución que desde luego comparto y me parece que es la más razonable no solamente desde el punto de vista constitucional sino de acuerdo con los principios propios de una Administración pública moderna en un Estado social y democrático de Derecho.

Las reflexiones que hace el profesor Mir, Oriol Mir, tienen mucho que ver también con el fundamento de la responsabilidad objetiva en el derecho de daños, derecho de daños público. Él enumera tres fundamentos para establecer esa responsabilidad objetiva.

Primero, el principio general de que se trata de supuestos en los que hay un riesgo especial creado por la Administración; estos supuestos parece que encajan perfectamente con una categoría general de responsabilidad objetiva.

Luego tenemos el segundo fundamento que sería el principio de igualdad ante las cargas públicas y por lo tanto, ese principio de igualdad ante las cargas públicas cuando se produce ese daño debe ser asumido por la colectividad y ciertamente si el interés general es el interés de todos los ciudadanos la asunción por la colectividad de ese principio llevaría también a esa indemnización de acuerdo con los principios del Derecho patrimonial de daños.

Sin embargo, como digo, en Europa no existe este sistema y comparto la tesis del profesor Oriol Mir cuando dice con bastante acierto que la idea de que el interés general produce siempre beneficio susceptible de valoración económica, corre pareja con la idea de que el interés general es equiparable a la persecución del lucro por parte de los particulares desde el punto de vista del interés privado, no es exacta. Y claro, puede ser que el interés privado se oriente a la persecución del lucro, pero hoy los intereses públicos o los intereses privados ya no son conceptos unilaterales sino que son complementarios y compatibles, y no siempre el interés privado supone lucro.

Ciertamente, la idea de que los intereses públicos implican beneficio económico y patrimonial a la gente supone una visión reducida y restringida de algo que tiene una dimensión más amplia como es el bienestar general de la colectividad.

Por eso, reducir el interés general a esta perspectiva de orden crematística o pecuniaria me parece desacertado. Me parece mucho más interesante sostener perspectivas de lo que es el interés general mucho más abiertas, mucho más amplias y mucho más en la línea de pensamiento complementario, de pensamiento compatible.

Por lo tanto, y para terminar les diría que una institución, la de responsabilidad patrimonial, que tal y como esta regulada en nuestro Derecho es excesivamente general. Es una institución en crisis por su excesivo alcance, por su excesiva generalidad y por su excesiva uniformidad.

En Francia existe un sistema de responsabilidad por culpa, en Alemania también y en Italia responden los funcionarios de acuerdo también con el Código Civil del precepto del artículo 1902 de nuestro Código Civil.

En Europa, la libre competencia en la materia exige aproximaciones comunes y ya se empieza a hablar de un derecho común de responsabilidad administrativa, y en este sentido España se encuentra en una posición claramente reformable y que en mi opinión permite que nos vayamos acercando a una idea de responsabilidad por culpa y que la responsabilidad patrimonial debe partir supuestos de funcionamiento anormal del servicio público y que ciertamente incluso, en esos supuestos, si hay dolo, culpa o negligencia grave deba repetirse la administración o reclamar la responsabilidad al agente público responsable de esa actuación. -

Como dice el profesor Oriol Mir, yo lo comparto, es necesario el deslinde de la responsabilidad patrimonial de otras figuras afines, como puede ser la delimitación de derechos o la asociación forzosa.

Por lo tanto, el artículo 106 de la Constitución no impone la responsabilidad objetiva, ni mucho menos; establece, eso sí, como regla general, que todo ciudadano debe ser indemnizado cuando se le provoque o le produzca o se le ocasione un bien o un derecho pues una lesión o un daño como consecuencia del funcionamiento de un servicio público.

Intentar a toda costa hacer derivar del artículo 106 el principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración pública me parece que es una interpretación, por supuesto legítima, pero, en mi opinión, no acorde con el modelo del Estado social y democrático de derecho y que ciertamente hoy en día, ese súper-blindaje, ese súper-privilegio del que dispone la Administración pública debe ser modulado y debe ser atemperado de acuerdo con las reglas de la razón y de acuerdo también con los principios jurídicos más modernos que nos invitan o nos animan a replantear de nuevo esta institución.

Para terminar, unas reflexiones finales a modo de concesiones provisionales.

El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública española, tal y como lo recoge el ordenamiento español desde hace más de cuarenta años, no parece objetivamente sostenible y precisaría de una rectificación. Sobre todo, porque contra lo que se había llegado a pronosticar, la responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad por culpa del derecho civil.

Ni el criterio del "riesgo especial", tan manejado en Derecho privado en apoyo de la responsabilidad objetiva, justifica una responsabilidad global objetiva de la Administración, ni procedería equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares. Por otra parte, el Artículo 106.2 de la Constitución no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española.

Limitada así la responsabilidad objetiva a supuestos excepcionales, parece que la regla general debería ser la responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Administración. Un funcionamiento "anormal" que habría de entenderse como culpa objetiva y delimitado de acuerdo a exhaustivos

estándares normativos de diligencia a elaborar por el legislador y la Administración y, a combinar, con una cláusula general de diligencia que permita conferir al sistema la necesaria flexibilidad en los casos concretos.

Justo es reconocer, sin embargo, que ni en el ánimo de los redactores del Artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, ni en el de los que expusieron, después, el régimen vigente, regulado hoy en la Ley 30/1992, de "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", parece haber existido la pretensión de fijar, de manera absoluta y objetiva, una responsabilidad patrimonial de la Administración que incluyese supuestos ilimitados de indemnización tan pronto hubiese intervenido un agente público. Otra cosa, sin embargo, son las consecuencias que se han deducido del sistema actual, hayan sido previstas o no. Lo cierto es que resulta suficientemente probado que la jurisprudencia ha venido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración hasta tales extremos, que no sólo son desconocidos en países de nuestra órbita, sino que van resultando gravosos para las finanzas públicas.

La causa, como hemos señalado, radica en que, al ser los sistemas de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas excesivamente genéricos e indeterminados, dejan en manos de la jurisdicción el entero instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con grave peligro, pues, para los principios democráticos de seguridad jurídica e igualdad.

Como hemos señalado, el profesor García de Enterría, comprometido tanto en los trabajos prelegislativos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como en su posterior desarrollo, ha venido a reconocer la necesidad de una "reconsideración profunda del sistema legal español de la responsabilidad administrativa", si bien, para mejorar el sistema, propone el mantenimiento, "con puntualizaciones" de la fórmula general aceptada. No es esta la postura unánime de la doctrina. En un tema de tanta trascendencia como éste, aparecen, así, posturas alineadas en sectores enfrentados y, en consecuencia, no parece que pueda hablarse de una doctrina dominante en el crucial punto del alcance que deba tener la responsabilidad patrimonial en la Administración española.

Se ha quebrado, pues, un consenso que duraba más de cuarenta años. En efecto, hasta 1994, sólo Garrido Falla se había apartado abiertamente de la interpretación doctrinal dominante, negando que la normativa española recogiese una responsabilidad objetiva global que cubriese toda actividad administrativa.

Otros autores, como Alejandro Nieto o Lorenzo Martín-Retortillo, no fueron tan lejos y sólo advertían de "ciertos peligros" y a poner de manifiesto algunas dudas y preocupaciones sobre la problemática de la responsabilidad de la Administración.

De forma, ya extensa, ha sido Fernando Pantaleón el que habla, claramente, de la necesidad de revisar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, postura ésta seguida por algunas administrativistas (Parejo, Parada) y civilistas (Coderch).

Son pues ya tantos los autores que critican el sistema vigente que la construcción de un sistema de responsabilidad Administrativa parece absolutamente necesario, máxime cuando el mercado común, la libre competencia y la profundización de la integración política, exigen la aproximación de los sistemas de responsabilidad administrativa de los distintos países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE., en su Artículo 4 1.3, no hace más que confirmar lo apuntado.

Llegados a este punto, cabría pues preguntarnos por las más inmediatas reformas que deberían acometerse en el sistema español en relación a la responsabilidad patrimonial de nuestras Administraciones. Y, en este sentido, se hace preciso corregir el excesivo alcance, generalidad y uniformidad de nuestro sistema, adaptándolo a las nuevas exigencias, de todo tipo, del siglo XXI, debería contar, al menos, con dos iniciativas:

**PRIMERA.** Procurar una separación clara de la responsabilidad administrativa, de otras dos instituciones, como la delimitación de derechos y la expropiación forzosa que, aunque afines, son, sin embargo, instituciones distintas, tanto por sus respectivos orígenes históricos, como por sus respectivos fundamentos, presupuestos y consecuencias jurídicas. Una correcta solución de muchos de los problemas que plantea la responsabilidad civil de las Administración pasa, en gran medida, por una adecuada delimitación de figuras afines.

Es el derecho alemán el que conoce una mayor interrelación entre estas tres instituciones, hasta el punto de que la doctrina suele estudiar en una misma sede la responsabilidad de la Administración, la expropiación y, en lo concerniente a sus indemnizabilidad, la delimitación de derechos. Las tres instituciones quedan encuadradas, en el derecho alemán, en la categoría general de "prestaciones indemnizatorias públicas".

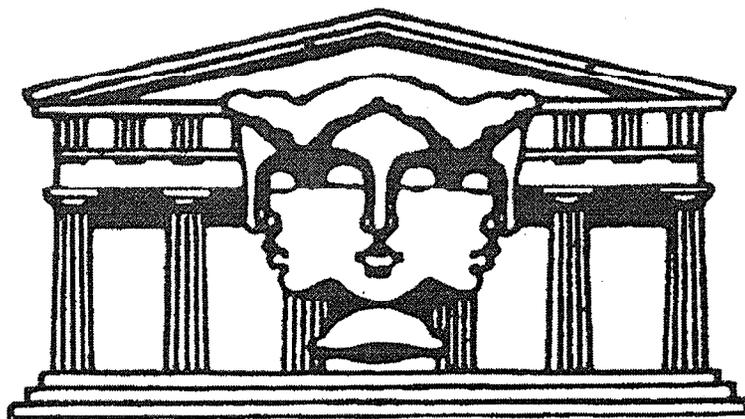
Mientras la "delimitación de derechos" cubre todas aquellas medidas de carácter normativo, procedentes del poder público, destinados a conformar el contenido de los derechos individuales, la "expropiación forzosa" abarca toda privación, total o parcial, de derechos e intereses patrimoniales, acordada imperativamente por el poder público, para la satisfacción del interés general. Por último, la responsabilidad extracontractual

de la Administración" cubre los daños derivados "incidentalmente" de la actuación administrativa, siendo, pues, una institución de garantía residual que sólo opera en defecto de las dos instituciones arriba citadas: delimitación de derechos y expropiación forzosa.

SEGUNDA, Procurar que la Administración goce de un sistema "articulado" de responsabilidad que recoja la especialidades de los distintos ámbitos de la acción administrativa. Abandonar, por tanto, un sistema, como el recogido en la LRJPAC, que somete a un mismo régimen de responsabilidad todas las manifestaciones de la actividad administrativa, pese a su gran disparidad.

Se impone, pues, una reforma. Reforma que, sin embargo, sólo puede acometerla el legislador. Y no de manera prudente y escuchando a todos los interlocutores que tengan algo que decir.

Además, hay que tener presente que, en el ámbito civil, aunque también en el penal, quien aparece como responsable es una persona que, en principio, actúa de forma privada, por lo que las reglas reguladoras de estas formas de responsabilidad no pueden trasladarse, sin más, cuando la actuación la realiza un "poder público" que persigue la consecución de intereses generales y que no puede omitir el ejercicio de sus facultades pese a eventuales perjuicios. Aquí radica el interés y la problemática suscitada por un tema de tanto calado, y de tanta trascendencia, como es el de la responsabilidad administrativa.



## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Echevarría Leúnda, Jorge* - «El arbitraje y contratación administrativa».
- *Jiménez de Aréchaga, Mercedes* - «Los conflictos societarios y el arbitraje».
- *Parodi, Gustavo* - «La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial. Hacia un sistema de congruencias».
- *Pereira Campos, Santiago* - «Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver su competencia en el arbitraje interno uruguayo».
- *Silva Romero, Eduardo* - «La Sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional».

Estas Conferencias fueron dictadas durante el «Primer Encuentro Nacional sobre Arbitraje» organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y realizado en Punta del Este el 28 de abril de 2003.

---

# EL ARBITRAJE Y CONTRATACION ADMINISTRATIVA

*DR. JORGE ECHEVARRÍA LEUNDA*

Ex Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de la República

SUMARIO: I. DOS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. II. POSIBILIDAD JURÍDICA DE APLICAR EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. III. EVOLUCIÓN NACIONAL RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. IV. SITUACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR. V. AMBITO DE APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES. VI. LIMITACIONES DE ORIGEN CONSTITUCIONAL. VII. LIMITACIONES LEGALES Y LAS PREVISTAS EN LOS TRATADOS. VIII. LIMITACIONES IMPUESTAS POR NORMAS REGLAMENTARIAS. IX. VENTAJAS PARA EL ESTADO EN ESTABLECER EN LOS CONTRATOS INTERNACIONES EL INSTITUTO DEL ARBITRAJE.

## I. DOS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Usamos el término "Contratación administrativa" para referirnos tanto a aquellos contratos en los que el Estado actúa en relación de igualdad con el contratante, así como aquellos en los que el Estado se encuentra en relación de supraordenación respecto a aquel.

El arbitraje puede definirse como lo hace el Prof. Delpiazzo, como "un medio para la resolución de conflictos de intereses mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada; se trata de un proceso con un órgano jurisdiccional privado, donde el juzgador no es un funcionario público designado por el Estado..." (Contratación administrativa No. 150 B).

## II. POSIBILIDAD JURÍDICA DE APLICAR EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre este tema han existido opiniones divergentes en el País y en el extranjero.

También han existido y existen discrepancias sobre la amplitud o restricción del objeto de las cuestiones a someter a arbitraje.

Si bien respecto del primer tema hay una clara tendencia a admitir el arbitraje en la contratación administrativa, respecto al segundo, del ámbito de aplicación del arbitraje, existen diversas posiciones en los tratados, en las legislaciones y en la doctrina.

## III. EVOLUCIÓN NACIONAL RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente hubo prestigiosos autores y legisladores que se opusieron a que el Estado se sometiese a arbitraje.

La oposición a este medio de solución de divergencias puede sintetizarse en lo expresado en el Senado al discutirse el proyecto que luego se transformó en ley No. 16.906 del 7 de enero de 1998 sobre "Promoción de Inversiones", en cuyo art. 25 se establece que "El Estado o los inversores podrán optar entre acudir a los órganos jurisdiccionales competentes o a un Tribunal Arbitral".

El argumento básico fue que "La función jurisdiccional en razón del principio de separación de poderes, es privativa del Poder Judicial, salvo excepción expresa contenida en la propia Constitución". Se citaron en esa oportunidad las opiniones conformes de Luis Arcos Ferrand, Justino Jiménez de Aréchaga, Alberto Ramón Real, etc.

El Senador Mallo agregó en esa ocasión "...si convenimos que la función jurisdiccional puede ser extraída de los organismos del Poder Judicial, no para adjudicarla a otra Poder del Estado, sino a un organismo fuera de la estructura estatal, toda lógica de un razonamiento elemental concluye en que todas las otras facultades pueden ser transferidas".

Este último argumento cae si se advierte que el estado ya dio su consentimiento de aceptar el arbitraje al dictar el art. 25 de la ley comentada y cuando sancionó diversos tratados que imponen el mismo criterio.

Consideramos además equivocada la opinión citada y que no constituye una interpretación ajustada de las normas constitucionales.

El art. 83 que inicia la sección sobre el Poder Legislativo, expresa: "El Poder Legislativo será ejercido por la asamblea General".

El art. 84 establece el sistema bicameral y el 85 enumera las facultades de la Asamblea General.

Por su parte, el artículo 149 dice: "El Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos o con el Consejo de Ministros..."

El art. 309 que reglamenta la acción de nulidad contra los actos administrativos definitivos dispone: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá las demandas de nulidad..."

Por su parte, el art. 233 afirma: "El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley".

Esta redacción coincide con lo dispuesto respecto de las facultades del Poder Legislativo en el N. 2 del art. 85: "Establecer los Tribunales y arreglar la Administración de Justicia y de lo Contencioso Administrativo".

Más allá de la expresión poco feliz de "arreglar la Administración de Justicia", es evidente que la misma significa reglamentar la actividad jurisdiccional y ello es coherente con lo dispuesto en el art. 233, que atribuye ala ley organizar la forma en que se desempeñará la acción jurisdiccional.

De ello se deduce que es de resorte legal atribuir dicha función al Poder Judicial en forma monopólica o por el contrario, como lo ha dispuesto actualmente, permitir que también órganos privados, como son los tribunales arbitrales compartan en ciertas condiciones la decisión obligatoria de las controversias.

Como surge de los textos citados, la conclusión es diametralmente opuesta en el caso del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Tribunal de lo Contencioso.

Se puede señalar que en el país hubo un período intermedio en el cual existieron fuertes dudas sobre la constitucionalidad de recurrir al arbitraje en la contratación administrativa. Las mismas se manifestaron en la legislación, en la doctrina y en las normas reglamentarias.

Como posición intermedia se sostuvo también que podría admitirse el arbitraje cuando las dos partes estaban de acuerdo una vez creado el conflicto, pero no cuando es impuesto a priori por una parte como se permite en el citado artículo 25 de la referida ley

La tesis de admitir el arbitraje en los contratos de la Administración actualmente es absolutamente predominante y ha sido recogida en diversas leyes nacionales y tratados internacionales.

Los profesores Ronald Herbert, Ope Pasquet, Diego Puciero y Matilde Carrau, en un Trabajo sobre Medios Alternativos de solución de conflictos individuales expresan: que el hecho que el Estado se someta voluntariamente a un arbitraje "cabe perfectamente dentro de la idea del Estado de Derecho".

Que si el art. 6 de la Constitución obliga al Estado a proponer en los tratados internacionales que las divergencias que surjan entre las partes contratantes "serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos".

"Si es constitucionalmente posible someter a un árbitro privado... -agregan los citados profesores- el conocimiento de un litigio que eventualmente puede afectar intereses vitales del Estado, no se entiende cómo puede negarse la posibilidad de que, dentro de nuestro territorio, un tribunal arbitral que aplicará nuestras leyes y en lo pertinente será controlado por la justicia estatal, laude un litigio de contenido meramente patrimonial entre el Estado e inversores privados.

En la década del 50, el Prof. Enrique Sayagués Laso, en su monumental tratado de Derecho Administrativo, expresaba al respecto: "Una cuestión muy debatida es determinar si en los contratos que celebra la administración puede incluirse la cláusula arbitral". "Discútese si en los poderes normales de los órganos de administración está comprendida la facultad de estipular el arbitraje para los litigios que puedan derivarse o si es necesario autorización legal expresa".

La opinión del citado profesor es que "En principio resulta preferible la respuesta afirmativa pues pactar el arbitraje no constituye un acto de disposición que requiera texto expreso. Pero la solución está subordinada a normas expresas de derecho positivo" (Ob. Cit. No. 363).

Está claro que para el Prof. Sayagués Laso no había un obstáculo constitucional para aceptar el arbitraje en la contratación administrativa. Al margen de esta opinión positiva, es digno de señalar estos antecedentes porque ellos explican ciertas resistencias actuales de la Administración y de muchos colegas que sin embargo no tienen actualmente fundamento legal.

Posición absolutamente dominante en la actualidad.

Disposiciones legales de aplicación interna y leyes que han ratificado muchos tratados consagran claramente el arbitraje en la Contratación Administrativa.

El Código General del Proceso, ley No. 15.982 del 18 de octubre de 1988, en su art. 472, inc. 1 dice: "Procedencia. Toda contienda individual o colectiva po-

drá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario". (art. 472. inc. 1).

El segundo inciso del mismo artículo reconoce de pleno derecho a "los laudos emitidos por árbitros designados, ya sea por las partes, o por un tribunal judicial, así como los dictados por los tribunales formados por las Cámaras de Arbitrajes, a los que se sometan las partes".

Las disposiciones citadas no establecen ninguna exclusión respecto de la Contratación Administrativa.

Sin embargo, el mismo Código, en su art. 476 disponía: "Causas excluidas de arbitraje. No pueden someterse a procesos arbitrales las cuestiones respecto a las cuales está prohibido la transacción".

El citado código disponía en el art. 293 la obligatoriedad de recurrir al procedimiento de la conciliación previa a la iniciación del proceso.

El art. 294 exceptuaba de la conciliación en el numeral 2 a "Los juicios en los cuales es actor o demandado el Estado u otra persona pública estatal".

El fundamento de esta excepción está en el art. 2152 del C. Civil, que expresa: "Las personas jurídicas -el Estado tiene tal carácter- sólo pueden transigir en conformidad a las leyes o reglamentos especiales que les conciernen".

De estos textos podía razonablemente sostenerse que el Estado no podía transar, salvo autorización expresa de origen legal o reglamentario y al no poder transar sin texto expreso habilitante, tampoco podía someterse a la jurisdicción arbitral.

La norma citada que excluía de la conciliación previa de los juicios iniciados por o contra el Estado fue derogada por el art. 1 de la ley No. 16.995 del 26/8/1998, es decir, que la ley ha autorizado al Estado a conciliar o transar y por lo tanto debe interpretarse que ha quedado facultado para someterse a la jurisdicción arbitral, por no existir la excepción al principio general del ya citado artículo 472 del mismo Código (Conf. Prof. Delpiazzo "Contratación Administrativa" NO. 156 B).

El Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado (T.O.C.A.F.), en su art. 42, autoriza a incluir en los contratos de la Administración, la cláusula arbitral en los contratos derivados de préstamos de organismos internacionales de crédito.

La ley de Promoción de Inversiones ya citada No. 16.906 del 7 de enero de 1998, en su art. 25, dispone:

"Solución de controversias. Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de la presente ley que se suscite entre el Estado y un inversor que hubiere obtenido del Poder Ejecutivo de la Declaratoria Promocional, podrá ser sometida, a elección de cualquiera de los mismos, a alguno de los siguientes procedimientos:

Al del Tribunal competente.

Al del Tribunal Arbitral, que fallará siempre con arreglo a derecho, conforme con lo establecido en los artículos 480 a 502 del Código General del Proceso."

"Cuando se haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos previstos precedentemente la elección será definitiva."

"Lo dispuesto en los párrafos precedentes será de aplicación con relación a los inversores extranjeros en caso de ausencia de tratado, protocolo o convención internacional en materia de solución de controversias, en vigor a la fecha de suscitarse de las mismas."

Existen otras leyes de aplicación interna que también aceptan la jurisdicción arbitral pero no es el propósito hacer una lista de todas las disposiciones sino demostrar que la ley, en numerosas oportunidades ha autorizado al Estado a someterse al arbitraje según la facultad que le acuerda al Parlamento el art. 85 n. 2 de la Constitución.

Diversos Convenios Internacionales, oportunamente ratificados, obligan al Estado a someterse al arbitraje planteado por estados y por inversores privados.

"Pero lo novedoso de las soluciones previstas en estos Tratados es que además de prever un sistema de solución de controversia entre los Estados Partes prevén además la posibilidad de dirimir diferencias entre un nacional o una sociedad de un Estado Parte y el Estado Parte receptor de la inversión mediante el Procedimiento Arbitral" (Prof. Carlos Mate Prates - "Algunos Aspectos del Arbitraje en la Contratación con la Administración").

A vía de ejemplo, sin pretender agotar la lista, porque ello excedería los propósitos de esta exposición podemos citar:

Ley 16.819 que aprueba el Convenio con el Reino Unido e Irlanda del Norte.

Ley 16.444 que aprueba el Convenio con España.

Ley 16818 que aprueba el Convenio con Francia.

Ley 16856 que aprueba el Convenio con la Unión Económica Belga-Luxemburguesa-Uruguay.

Ley 17059 que aprueba el Convenio con Chile.

Ley 17102 que aprueba el Convenio con Canadá.

Ley 17.209 sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrito en Washington.

- Este Convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Este Centro "tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a Inversiones entre estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio".

La sede de este Centro está en el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

El Centro está dirigido por un Consejo Administrativo integrado por un representante de cada uno de los Estados Contratantes.

El Centro tiene dos listas: una de Conciliadores y otra de Arbitros.

La jurisdicción del Centro se extenderá "a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un estado Contratante ...y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro".

Debe destacarse que en este Convenio se prevé la conciliación y el arbitraje para cualquier divergencia "de naturaleza jurídica", es decir que ya no está limitado a los contratos comerciales, ni siquiera a los contratos, sino que abarca tanto los contratos de la administración, como sus actos unilaterales, siempre que ello se haya previamente pactado por escrito y que el diferendo sea entre un estado contratante y el Nacional de otro estado contratante.

#### IV. SITUACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR

Sin perjuicio que para Argentina entró en vigor el Convenio de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de otros Estados el 19/11/94; Paraguay el 6/2/83 y Uruguay el 8/9/2000; Brasil no lo ha firmado.

Ello explica, entre otras razones, que se haya tratado de crear un nuevo convenio de arbitraje para el Mercosur. El Protocolo de Brasilia establece que los Estados tienen acceso directo al Tribunal Arbitral Ad Hoc y los particulares sólo pueden plantear su reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común y la Sección Nacional del mismo Estado. Estos órganos resolverán si el reclamo reúne o no los requisitos habilitantes para auspiciar ese reclamo y "llegar de esta manera a convertirlo en un reclamo del Estado. Vale decir que los particulares no tienen una legitimación procesal activa...sino cuando el Estado hace suyo el reclamo". Conf. del Ministro de Relaciones Exteriores, Prof. Operti en el Colegio de Abogados el 29 de mayo de 2002. El Protocolo de Olivos de febrero de 2002 crea un Tribunal Permanente pero mantiene el esquema del acuerdo de Brasilia respecto a la intervención de los particulares.

El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur 11/93 establece una serie de garantías que equiparan al inversor de otro país del Mercosur con los nacionales y además le permite a los Estados contratantes -los 4 países del Mercosur- dirimir sus diferencias a través del arbitraje estatuido en el Protocolo de Brasilia del 17 de setiembre de 1991. A los inversores les

permite recurrir al arbitraje internacional. En tal caso pueden plantear:

la creación de un Tribunal ad hoc que funcionará "de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional (C.N.U.D.M.I.);

Puede recurrir al arbitraje del "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) comentado anteriormente (3.12.2). Pero esta segunda solución sólo se aplica "cuando cada Estado Parte en el Presente Protocolo haya adherido a aquel."

Como Brasil no firmó ese protocolo, sólo podrá aplicarse esta vía cuando el problema sea de un inversor argentino, paraguayo o uruguayo que, plantee un reclamo frente a los estados aludidos y sea originario de otro de ellos.

Las sentencias serán obligatorias.

Este protocolo no fue ratificado por ninguno de los estados firmantes.

Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Parte del Mercosur, ratificado por Ley 17.531 del 9/8/02 aprobado en Buenos Aires el 5/8/94.

Cualquier diferencia que no pueda ser resuelta por consultas amistosas entre el Tercer Estado y un Estado Parte o entre el inversor y el Estado Parte (Integrantes del Mercosur) puede ser sometida por el Estado Tercero o por el Inversor a los Tribunales del Estado Parte o al arbitraje internacional a un tribunal "ad hoc" o ante una institución internacional de arbitraje.

Las sentencias serán definitivas y obligatorias para las partes intervinientes.

Es evidente que en el Mercosur el arbitraje respecto de los actos de la Administración es más restringido que en otros convenios de vocación universal o bilateral.

#### V. AMBITO DE APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

Algunas normas legales y otras contenidas en tratados internacionales admiten el procedimiento arbitral con total amplitud, tal el caso del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ratificado por la ley 17.209, ya comentado, que en su artículo 25 que extiende la jurisdicción del Centro de Conciliación y Arbitraje "a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión..." siempre "que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro." la divergencia surgida.

El texto autoriza por tanto, la intervención arbitral tanto respecto de la interpretación o aplicación de los contratos, como de los actos jurídicos unilaterales que puedan asumir el estado que recibió la inversión.

Sin perjuicio de ello, existen ciertas constitucionales y legales que limitan la aplicación del arbitraje en ciertas materias.

## VI. LIMITACIONES DE ORIGEN CONSTITUCIONAL

El artículo 256 de la Constitución dispone: "Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes."

El artículo 257 agrega: "A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento de la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas."

La lectura de estas normas son suficientemente claras como para interpretarlas como una prohibición absoluta de someter la inconstitucionalidad de una ley a ninguna forma de arbitraje.

El artículo 309 de la Constitución reglamente el recurso de nulidad contra los actos administrativos definitivos de la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. El mismo artículo extiende esa norma a las resoluciones definitivas de los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Es evidente que tampoco en esta hipótesis son competentes ningún tribunal arbitral nacional, ni internacional.

6.3 Lo expuesto no impide, sin embargo, que si algún inversor fuera perjudicado, en violación de lo acordado, por el Estado, en su inversión, por una ley o por un acto unilateral superviniente, pueda recurrir al arbitraje, cuando ello sea pertinente, al solo efecto de obtener una indemnización compensatoria.

## VII. LIMITACIONES LEGALES

### Y LAS PREVISTAS EN LOS TRATADOS

El artículo 476 del Código General del Proceso prohíbe someter a arbitraje "las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción."

El Código Civil establece en el Título X limitaciones de carácter subjetivo que no interesan a efectos de esta exposición, salvo lo referente a las personas jurídicas que ya fue aludida anteriormente.

Respecto al objeto, se prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas y sobre los delitos, pero no por las consecuencias patrimoniales de los mismos.

La Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 rige según el artículo 1, tan solo para los "negocios mercantiles".

Los tratados aludidos en el numeral 3.12 de Promoción de Inversiones reglamentan tan solo el arbitraje cuando las divergencias tienen su origen en inversiones en un Estado Parte por personas físicas o jurídicas domiciliadas en otro de los Estados contratantes.

## VIII. LIMITACIONES IMPUESTAS POR NORMAS REGLAMENTARIAS

La resistencia de la Administración a aceptar el arbitraje ha hecho en muchos casos, imponer prohibiciones o limitaciones a la posibilidad de recurrir al arbitraje. En algunos casos sólo se ha admitido para cuestiones técnicas, pero no para problemas de naturaleza jurídica.

Como ejemplo de esa corriente restrictiva, puede citarse el Pliego de la Licitación Pública de UTE No. 001/98SC, que en su art. 2.3 expresaba: "Por el solo hecho de presentarse a la LICITACIÓN, se entenderá que el INTERESADO (SIC) hace expreso reconocimiento y manifiesta su voluntad de someterse a las leyes y tribunales de la República Oriental del Uruguay, con exclusión de todo otro recurso."

Esta posición negativa ha merecido del Prof. Eduardo Jiménez de Aréchaga citado por el Prof. James A. Whitelaw, la siguiente afirmación: "la consecuencia ha sido que a raíz de la no concertación de acuerdos bilaterales sobre inversiones, muchos países de América Latina se han visto postergados en la inversión de capital extranjero, y el flujo de capitales se ha orientado hacia estados en vías de desarrollo de otros Continentes que no han tenido dificultad en renunciar al previo agotamiento de sus recursos judiciales internos.

En otras licitaciones, en cambio, se ha mantenido un criterio amplio, como en el Pliego de la Licitación de Obras Públicas para la realización de obras y la prestación del servicio de saneamiento y de suministro de agua potable en el Departamento de Maldonado elaborado por OSE, que establece que en caso de existir una controversia respecto a la interpretación o ejecución del pliego, a la documentación conexas o al contrato de concesión, las partes podrán recurrir al mecanismo de arbitraje por derecho, según lo establecido en los arts. 472 al 502 del Código General del Proceso.

## IX. VENTAJAS PARA EL ESTADO EN ESTABLECER EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EL INSTITUTO DEL ARBITRAJE

En diversas exposiciones en este ámbito, se han explicitado las ventajas que reporta para las partes, el recurrir, en muchos casos, al arbitraje "ad-hoc" o al dirigido y organizado por un Centro de Arbitraje.

Entendemos conveniente señalar que existen especiales ventajas en establecer el arbitraje obligatorio en los contratos de la Administración.

En un trabajo presentado por Coopers & Lybrand, antes de su fusión con Price, a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de la Presidencia de la República de fecha 10 de mayo de 2000 sobre financiación de concesiones, colaboramos en la parte de dicho informe que tenía relación con la materia jurídica y respecto al tema de arbitraje, expresaba lo siguiente: "Arbitraje Obligatorio. Existe una corriente mundial tendiente a utilizar cada vez con mayor frecuencia las vías privadas de solución de conflictos. En los últimos años se están desarrollando en todo el mundo institutos privados de conciliación y arbitraje, algunos de carácter nacional, otros como el Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio del Uruguay afiliado a la *International Court of Arbitration* de la *International Chamber of Commerce* con sede en París o la Corte Interamericana de Arbitraje, etc.

Analizar las causas y consecuencias de esta corriente de solución de conflictos, excede el objeto de este informe, bastaría con señalar que su difusión mundial hace que en toda licitación destinada a otorgar una concesión en que intervengan empresas y financistas internacionales, constituya una garantía la existencia de normas que establezcan que en caso de producirse discrepancias que no puedan resolverse por tratativas bilaterales, se recurrirá al arbitraje internacional que se haya pactado.

Esta forma de resolver los conflictos tiene a su favor la convicción de los contratistas de que existe un mayor margen de la imparcialidad del fallo y de la especialización de los decisores en el Arbitraje contractualmente acordado y para el Uruguay constituye una garantía sensiblemente superior a las que se han podido lograr en el pasado. En muchas ocasiones el País, especialmente en contratos internacionales de créditos, ha tenido que aceptar la jurisdicción de los Tribunales de terceros países y en no pocas ocasiones, la jurisdicción de los Tribunales del país del acreedor.

La consagración de esta garantía en los pliegos de condiciones estimula la presentación en las licitaciones de empresas de primer nivel y mejora las ofertas que puedan presentar, constituye una garantía para los financiadores, los cuales, si no se establece la cláusula arbitral, pueden temer que una decisión arbitraria del comitente comprometa la rentabilidad del proyecto y por tanto su capacidad de repago.

---

# LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS Y EL ARBITRAJE.

MERCEDES JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

Profesora Titular de Derecho de los Títulos Valores, Técnica del Juicio por Audiencia, Técnicas de Negociación, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo

## SUMARIO:

I. IMPORTANCIA DEL TEMA. II. EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 16.060. III. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ASAMBLEAS. IV. ACCIÓN CIVIL DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. V. DERECHO DE RECESO. VI. CONCLUSIONES RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS.

## I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Es sin duda en materia comercial, en especial en materia societaria donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal para resolver controversias.

Sin embargo, ha sido cuestionada la posibilidad de resolver los conflictos societarios a través del arbitraje, fundamentalmente debido a que se ha entendido que en estos casos, por tratarse de derechos esenciales del accionista se trata de materia indisponible ya que pertenece al orden público, por lo que este sistema alternativo de resolver conflictos estaría vedado.

Rechazamos enfáticamente tal afirmación.

Pero para ello debemos reiterar el concepto del orden público en la ley 16.060.

Adelantando las conclusiones de esta ponencia, entendemos que todos los conflictos societarios son arbitrables.

Desarrollaremos nuestros argumentos.

## II. EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 16.060

Si ha discutido en nuestro derecho si las disposiciones de la ley 16.060 son de orden público. Los autores de la ley 16.060 (Dres. Ferro, Nury Rodríguez y Delfino) entendieron que un gran número de disposiciones de dicho cuerpo normativo son de orden público. Esta posición significa, en definitiva que están fuera del alcance los particulares la exclusión de la norma jurídica ya que la misma rige siempre.

De los antecedentes de la ley 16.060 surge que el legislador uruguayo siguió en la materia una filosofía

que tenía como fundamento abandonar el concepto de liberalismo clásico consagrado en el Código de Comercio regido por los principios de autonomía de la voluntad, libertad de contratación y de prescindencia del legislador no interviniendo en absoluto en la negociación de los particulares, por el principio de seguridad (Conf. Ferro. Lineamientos generales del Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales Revista del Colegio de Abogados, 1989).

Es así que Nury Rodríguez co-autora del proyecto de ley que se convirtiera posteriormente en ley, entiende que las normas de la ley 16.060, fundamentalmente en materia de sociedades anónimas son imperativas y por tanto inderogables.

"El legislador moderno sintió la necesidad de intervenir para regular imperativamente a las sociedades anónimas en defensa de todos quienes se ven involucrados ..... Las normas de la ley 16.060 son efectivamente reglamentaristas, severas y en su mayor parte imperativas en razón de los intereses tutelados. Cuando los particulares eligen este tipo social para encuadrar sus actividades en función de las ventajas que se le ofrecen, saben que se someten a esquemas legales insustituibles, que han de regir toda su actuación en el futuro ....". "En la redacción del estatuto debo tener cuidado de no incluir estipulaciones contractuales contrarias a normas imperativas de la ley. Si se incluyeren seguramente el estatuto será observado por el órgano estatal de control. El carácter imperativo resultará del análisis cuidadoso de cada norma, interpretando el fin seguido por el legislador. La generalidad de las normas son inderogables. En algunos artículos la ley contiene soluciones que admiten contrario porque así lo dice el propio texto. Para el caso de imprevisión contractual, la ley aporta soluciones supletorias". Y luego

menciona como casos de normas imperativas el art. 3 (sociedad que no adopta un tipo legal), el art. 25.1, estipulación que desvirtúa los caracteres del tipo social, y "todas aquellas establecidas como tutela para intereses, especialmente contemplados en la ley, como el interés de los socios o de los acreedores o intereses en general". (Introducción a la nueva ley de sociedades, p. 76)

En el derecho argentino Zaldívar sostiene que la ley encuadra determinados institutos con carácter de orden público y respecto de ellos no podría arbitrarse. Es el caso de las cuestiones de derechos suscitadas respecto a la tipicidad, el contenido del instrumento constitutivo, el régimen de nulidad, las responsabilidades penales de los socios y de los administradores, los límites de participación en otras sociedades, el sistema de documentación, el régimen de las sociedades constituidas en el extranjero, etc. "Insistimos que no podrán someterse a arbitraje problemas que involucren estos institutos y diversos otros relativos a la regulación de los tipos societarios en particular, cuando la interpretación de cuestiones de derecho pueda llevar a la desnaturalización de los mismos. Pero sí podrá laudarse para determinar situaciones de hecho, como sería por ejemplo, la valuación de aportes en especie y de las prestaciones accesorias, la prueba de la existencia de la sociedad, la apreciación sobre la veracidad y claridad de los asientos contables, el valor del patrimonio de un socio fallecido, la circunstancia de haberse caído en ciertas causales de disolución (caso del art. 94 inc. 3 y 4 de la ley), la asignación de la parte que corresponde a cada socio en la participación, etc."

(Sociedades comerciales, p. 438).

No compartimos la posición de los autores compatriotas respecto al orden público en la ley 16.060, así como la consecuencia que extrae Zaldívar de que estos casos no serían pasibles de someterse a arbitraje. Esta posición identifican ley imperativa y orden público la sostiene Guillermo Borda para quien todas las normas imperativas son de orden público.

Desde nuestro punto de vista el hecho de que pese a ese cambio de filosofía legislativa se mantuviera la concepción contractualista de la sociedad (como contrato plurilateral de organización) inclusive la sociedad anónima, implica que el principio de autonomía de la voluntad sigue rigiendo sin perjuicio de las excepciones que a texto expreso se consagren.

Entendemos que la ley 16.060 es un ordenamiento imperativo pero ello no significa que sea de orden público. Por lo tanto las instituciones allí previstas son de libre disposición por los socios y/o accionistas, en la medida que no violen determinados principios que la misma ley establece como inderogables (por ejemplo, los derechos del socio o accionista) o que se trate de la renuncia a derechos irrenunciables.

Dada la importancia de determinar si los distintos conflictos societarios involucren el orden público y por

lo tanto pueden ser sometidos a arbitraje, analizaremos distintos conflictos societarios que podrían ser sometidos a arbitraje a los efectos de determinar la procedencia o no de la solución arbitral.

### III. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ASAMBLEAS

A los efectos de determinar si es posible someter a arbitraje la impugnación judicial de resoluciones de asamblea, es importante tener en cuenta la naturaleza de esta acción y si ella en definitiva consagra un derecho indisponible del accionista. Adelantamos desde ya nuestra conclusión en el sentido que aún en la hipótesis de que se consagra un derecho indisponible (de orden público) el conflicto igualmente podría ser sometido a arbitraje, simplemente la decisión arbitral no podría apartarse de la solución legislativa.

La naturaleza jurídica de este instituto ha sido objeto de discrepancias en doctrina y jurisprudencia y la discusión se plantea entre los que afirman que es una acción social y los que afirman que es una acción individual del accionista.

La impugnación judicial de asambleas es una acción social y no una acción individual ya que la misma se concede al accionista como tal, como integrante de la sociedad. Siburu en este sentido entiende que la ley no desea favorecer directa o indirectamente el interés individual del socio sino el de la sociedad en la medida que éste obra como órgano de la defensa social en salvaguarda de las bases fundamentales de la sociedad que son el estatuto y la propia ley. El objeto de la acción de impugnación consiste en colocar el funcionamiento de la sociedad en vía de la ley y el estatuto, sacada de ello por los intereses efímeros de una mayoría preponderante. Si la acción en definitiva redundara en beneficio del accionista ello es secundario. Por ello entendemos que la acción impugnatoria no procede cuando está exclusivamente dirigida a tutelar intereses privados.

El hecho de que sea una acción social tiene como consecuencia que la sentencia dictada en el juicio de impugnación obliga a todos los accionistas hayan o no comparecido en el juicio (art. 35 ley 16.060) y que la sustanciación del juicio de impugnación aún cuando exista pluralidad de accionistas impugnantes debe realizarse en un solo proceso (art. 369).

Dada la naturaleza del proceso arbitral, cabría plantearse la duda de si las características señaladas son compatibles con dicho proceso.

En la doctrina española Uría ha señalado que "sea cual fuere la naturaleza del derecho de impugnación supuesto que la resolución de la contienda produce efectos para todos los accionistas no cabe dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos", por otro, añade este autor, "no caben acuerdos puramente privados

sobre la base de concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si una asamblea se acomoda o no a la ley o los estatutos la vulneran o si vulneran los intereses sociales" (Comentario a la ley de sociedades anónimas, p.648).

Y otro autor español, Manuel Botano señala que "aún admitiendo la posibilidad de un convenio arbitral estatutario ocurre —con referencia en concreto a la impugnación de los acuerdos sociales— que de este convenio habría que excluir esta materia, por no ser de libre disposición de las partes. Es de señalar a este respecto que en relación a los acuerdos sociales el objeto del que se dispone en el convenio arbitral es el derecho de impugnación de estos acuerdos que la ley reconoce, según los casos, a los socios, administradores y a terceros que acrediten un interés legítimo. Aunque se ha escrito que este derecho, tal como aparece regulado en la ley, ni es un verdadero derecho, ni es privativo del socio, ni se refiere a acuerdos sociales, en una valoración serena no se acierta a encontrar mejor cualificación del mismo que la de considerarlo un verdadero derecho de origen legal, que integra la posición jurídica o status de los sujetos a los que se le atribuye, al modo que lo hacen otros derechos cuya naturaleza de tales nadie discute. Pues bien, si se admitiese la disponibilidad del derecho de impugnar acuerdos sociales mediante un convenio arbitral estatutario, habría que admitir que los fundadores o quienes votaron a favor de la correspondiente modificación de estatutos, podrían disponer no sólo de sus respectivos derechos de impugnación sino también de los derechos de impugnación de quienes no participaron en la incorporación del convenio a los estatutos (por ejemplo, los futuros socios) ....."(Revista de Sociedades Comerciales, T XX; p.239).

Discrepamos radicalmente con la posición de los autores españoles.

Entendemos que las particularidades procesales del proceso de impugnación no son obstáculo a que la misma se someta a arbitraje y que la índole del derecho y de la acción del accionista tampoco son obstáculo a que la misma se dirima en vía arbitral.

En primer lugar, entendemos que se debe resolver si las normas relativas a la acción de impugnación son de orden público. No tenemos dudas que son normas imperativas, ello no significa que sean de orden público y por tanto indisponibles. Justamente por la naturaleza del derecho necesario e indisponible su contenido ha de ser escrupulosamente respetado en el convenio arbitral, este no podrá alterar el concreto marco jurídico diseñado por la ley en puntos a que acuerdo son nulos y anulables, caducidad de acción, legitimación, etc.

Pero entendemos que la arbitrabilidad de la cuestión en definitiva alcanza al procedimiento exclusivamente. Es decir, si las normas procesales establecidas en los arts. 365 y sges. deben ser respetadas sin varia-

ción por el convenio arbitral o pueden ser suplidas por las normas que establezcan las partes. Entendemos que en la medida que se entienda que la materia es arbitrable, como entendemos nosotros (en el sentido que no podría ser resuelta por arbitraje en equidad) no existen dudas respecto a que la vía procesal será la que establezcan los árbitros o las partes de común acuerdo.

Respecto a la materia, la acción de impugnación de resoluciones de asamblea consagra un derecho esencial del accionista establecido en normas imperativas. Ello no significa que no sean arbitrables ya que si bien son imperativas, esta materia puede ser libremente dispuesta por el socio y/o accionista. La propia ley consagra la posibilidad de disposición del derecho en el art. 373 de la ley 16.060 donde se concede a los socios la facultad de dejar sin efecto la asamblea o sustituirla por otra lo que refuerza el carácter negocial de la asamblea y su sujeción al dominio de la voluntad de los socios. Además, en el convenio arbitral no se renuncia, abdica o transige el derecho sustantivo, tan sólo se dispone del derecho a la tutela judicial del mismo sea administrado por la justicia ordinaria. Por otro lado entendemos que la declaración legal de que la sentencia produce efectos frente a todos los accionistas tiene el mismo efecto si se trata de un laudo arbitral dictado al amparo de una cláusula arbitral dictado en el estatuto. Esta cláusula en su aspecto subjetivo no sólo vincula a los socios fundadores sino también a la propia sociedad así como a los nuevos socios.

#### IV. ACCIÓN CIVIL DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDAD ANÓNIMA

El estudio de las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima es uno de los temas más arduos del derecho societario y uno de los que ha planteado más dudas a la doctrina y a la jurisprudencia. Sassot Betes (Sociedades Anónimas, El Organismo de Administración, p. 515) señala que es uno de los temas más difíciles y complicados del derecho societario y agrega que todo lo concerniente a la responsabilidad afecta al orden público y en consecuencia los estatutos no pueden exonerar de la responsabilidad que la ley impone a los administradores. En este sentido la unanimidad de la doctrina ha admitido que todo lo concerniente a esta responsabilidad es de orden público.

Dentro de nuestro sistema normativo el tema de la responsabilidad de los administradores habrá de girar en torno al art. 391 de la ley 16.060 que sienta el principio general en la materia: el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente de la violación de la

ley, el estatuto o el reglamento o por el mal desempeño de su cargo según el criterio del art. 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Con respecto a las acciones de responsabilidad, la ley reglamenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad y el art. 393 establece que la acción social de responsabilidad será ejercida por la sociedad previa resolución de la asamblea de accionistas que podrá considerarla aún cuando el asunto no figure en el orden del día. La resolución aparejará la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar sustituto. El nuevo administrador o el nuevo directorio serán los encargados de promover la demanda. Si la sociedad estuviera en liquidación la acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad. Si la acción prevista en el primer inciso del art. 393 no fuera iniciada dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha del acuerdo cualquier accionista podrá promoverlo, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.

Entendemos que si el estatuto establece que los conflictos sociales se resolverán por arbitraje, la acción de responsabilidad de los directores no escapa a esa regla. No cabe duda que se trata de una acción social, y desde este punto de vista nos remitimos a lo señalado para la acción de impugnación. También entendemos que las particularidades procesales del proceso de responsabilidad de directores no son obstáculo a que el conflicto se someta a arbitraje. El arbitraje no alcanza a las normas, que son claramente de orden público sino el cauce procesal de aplicarlas.

## V. DERECHO DE RECESO

Importa el análisis de este conflicto societario porque en nuestro derecho la sentencia No. 35 del 17 de marzo de 1999 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno entendió que no procedía pese a la existencia de una cláusula compromisoria.

La sentencia mencionada excluye el arbitraje por tres fundamentos.

a) El art. 150 de la ley 16.060 establece expresamente la vía judicial para la tramitación del receso.

b) El art. 151 dispone que el derecho de receso es irrenunciable.

La misma norma agrega que el ejercicio del derecho de receso no puede ser restringido.

Considera Olivera García que la circunstancia de que el art. 150 disponga que, en caso de no mediar acuerdo, el recurrente "podrá pedir judicialmente que se admita el receso" no es motivo suficiente para negar el proceso arbitral. Si bien como lo afirma el Tribunal, la norma legal se refiere expresamente a la vía judicial,

consideramos que debe primar en la especie la disposición contenida en el art. 472 CGP, de acuerdo con la cual puede pactarse el arbitraje en el caso de "toda contienda individual o colectiva" "salvo expresa disposición legal en contrario". (Exclusión del arbitraje en materia de derecho de receso, Anuario de Derecho Comercial No.9).

No es suficiente que la ley expresamente consagre la vía judicial, es necesario que la ley expresamente excluya la vía arbitral, cosa bien diferente y que el legislador no lo hace en la hipótesis del art. 150 de la ley 16.060.

En segundo lugar, el carácter irrenunciable del receso tampoco es un obstáculo para su arbitrabilidad. El art. 150 consagra una norma de orden público que limita la autonomía de la voluntad de las partes para negar en el contrato social el derecho de receso o restringir su aplicación. Así lo expresa claramente el art. 151.

Sin embargo, como surge del desarrollo formulado en los puntos anteriores, el carácter de orden público de la norma no es causa suficiente para excluir la arbitrabilidad de la materia. Será el tribunal arbitral el competente para aplicar la norma de orden, público y desconsiderar las limitaciones o restricciones contractuales de las partes, si ese fuera el caso. A lo sumo, en la concepción de parte de la doctrina, podría negarse la posibilidad de un arbitraje de equidad, en la medida que el mismo autorizaría al sentenciante a apartarse de la aplicación de la norma.

En tercer lugar, es erróneo afirmar que el arbitraje representa una "restricción" al derecho de receso. El arbitraje es un subrogado procesal admitido por nuestro régimen jurídico a través del cual las partes resuelven sus conflictos con el dictado de un laudo que tiene la misma eficacia que la sentencia judicial. En consecuencia, pensar en el mismo como un proceso excepcional, restrictivo, carente de garantías constituye una tesis contraria a la sustentada por el legislador procesal.

## VI. CONCLUSIONES RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

De lo expuesto surge que no existe impedimento legal alguno para que los socios y accionistas sujeten a arbitraje los conflictos que surjan tanto de las relaciones entre sí como de los mismos con la sociedad. Tampoco existe ningún impedimento para que se incluyan en los contratos sociales cláusulas compromisoriales.

La ley no establece ninguna prohibición para el arbitraje de los conflictos sociales ni existen materias societarias no transables que queden también excluidas del arbitraje. El carácter de orden público de algunas normas de la ley 16.060 tampoco resulta un obstáculo para la arbitrabilidad de los conflictos derivados de la misma.

# LA CLÁUSULA ARBITRAL: EFECTOS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL. HACIA UN "SISTEMA DE CONGRUENCIAS"

GUSTAVO PARODI

Especialista en Arbitraje Comercial Internacional,  
LLM (Fulbright, Harvard Law School, Harvard Law School Gammon Fellowship), Premio de la Corte Suprema de Justicia y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales argentinas  
Estudio Jurídico Marval, O'Farrell & Mairal, en Buenos Aires, Argentina

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CLÁUSULA ARBITRAL. III. LA SEDE DEL ARBITRAJE. IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL. V. RECURSO DE NULIDAD. VI. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL CONFORME A LOS CRITERIOS INTERNACIONALMENTE ACEPTADOS Y SUS EFECTOS EN EL PAÍS DE EJECUCIÓN. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>(B)</sup>

La elección de la sede en los arbitrajes comerciales internacionales adquiere una relevancia inusitada al proyectar singulares y en ciertos casos decisivos efectos sobre el eventual arbitraje e inclusive sobre el procedimiento post-arbitral, lo cual es generalmente soslayado o absolutamente ignorado al momento de elaborar la correspondiente cláusula compromisoria<sup>1</sup>. A los fines de analizar tal situación, consideraremos en principio ciertas cuestiones introductorias básicas relativas a la cláusula arbitral, para luego centrar nuestro análisis en las principales consecuencias de la elección del lugar del arbitraje, examinando especialmente lo relativo al control judicial en una de sus manifestaciones más nítidas: el recurso de nulidad contra los laudos arbitrales y los efectos del mismo a la luz de los criterios internacionalmente aceptados.

## II. LA CLÁUSULA ARBITRAL

### A) Importancia

Los aspectos esenciales cuya consideración no debería ser soslayada a la hora de elaborar la cláusula arbitral, constituyen un tema que ha sido objeto de numerosos comentarios y artículos doctrinarios, especialmente en la literatura jurídica europea y norteamericana<sup>2</sup>. Como resultado de dichos estudios y de los casos jurisprudenciales analizados, se podría inferir claramente que la mayoría de los obstáculos susceptibles de complicar o dilatar un procedimiento de arbitraje pueden ser eliminados o acotados mediante la implementación de una cláusula arbitral minuciosamente redactada. De allí que se afirme que mientras más efectiva sea la cláusula compromisoria negociada por las partes, menos probable será que alguna vez necesite ser usada, ya que tendrá la fuerza

<sup>1</sup> A los efectos de esta exposición, consideraremos indistintamente la denominación de cláusula compromisoria o arbitral, entendida como aquella incluida en un contrato, en forma previa al origen de la disputa, y cuyo contenido determina la jurisdicción arbitral elegida por las partes.

<sup>2</sup> Ver, entre otros, W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", Third Edition, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, NY, 2000, p. 43 y p. 85 y sgts.; Y. Derains & E.A. Schwartz, "A Guide to the New ICC Rules of Arbitration", Kluwer Law International, La Haya, 1999, p.73; W. L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson; "Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules", Oceana Publications, Inc., 1998, p. 57; A. Dimolista, "Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the Arbitration Agreement", The ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 7/Nro. 2, December 1996, p. 14; K.S. Belandro, "Arbitraje Comercial Internacional", Oxford University Press, México D.F., p. 60 y sgts.; J.M. Chillón Medina & J.F. Merino Merchán, "Tratado de Arbitraje Privado, Interno e Internacional", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978, p. 309; R. Merkin, "Arbitration Law", Lloyd London Press, 1991, Caps. 3 y 4; A. Redfern & M. Hunter; "Law and Practice of International Commercial Arbitration", Third Edition, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 135; S.R. Bond; "How to Draft an Arbitration Clause", The ICC International Court of Arbitration, Vol. 1, December 1990.

disuasiva necesaria para persuadir a aquella parte que esté analizando la posibilidad de incumplir o resolver un contrato. Por ello, si bien constituye un ejemplo de las llamadas *midnight clauses*<sup>3</sup>, es necesario que, en la negociación de este tipo de cláusulas, se efectúe el debido análisis previo o se cuente con el asesoramiento legal adecuado, a menos que se desee corroborar un viejo adagio según el cual el arbitraje es un procedimiento que tiene pocos abogados en un principio (cuando la cláusula arbitral es redactada) pero demasiados al final (cuando ya el arbitraje se ha iniciado).

Conforme a ello, expondré brevemente y con carácter introductorio algunas reflexiones básicas relativas a la cláusula compromisoria y a ciertos elementos que deberían ser considerados al momento de discutir sus términos.

## B) Necesidad

Siguiendo un cierto orden lógico, la primera cuestión a analizar está dada por la necesidad o no de que la cláusula arbitral sea incorporada en un contrato. En principio, si uno no desea verse sorprendido por el foro en el cual podría ser demandado, que en general es el del país de la parte contraria, necesariamente debe acordar una determinada jurisdicción internacional con competencia para resolver cualquier disputa que pudiera surgir en torno al contrato de que se trate. Es claro también que dicho escollo podría ser salvado pactando la competencia internacional de los jueces de determinado país, pero con ello no se obtendrían los beneficios que el arbitraje representa en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, esto es, entre otros, la celeridad, economía, especialidad, flexibilidad y confidencialidad<sup>4</sup>, a lo cual se suman dos ventajas fundamentales: la neutralidad y las mayores posibilidades de que la decisión final sea reconocida y ejecutada en otros países.

En efecto, todo ello adquiere una crucial relevancia si consideramos las diferentes perspectivas jurídicas existentes en el ámbito de las disputas comerciales internacionales. En tal sentido, en un estudio publicado por la Corte de Arbitraje Internacional de

Londres (en adelante, la "LCIA"), en el cual se efectúa un análisis comparativo de los diferentes sistemas de resolución de conflictos internacionales, se ha sostenido:

"...las partes de transacciones comerciales vienen de países diferentes y tienden a tener percepciones distintas de los principios legales y del papel de los tribunales. Ello ha conducido a diferentes interpretaciones de los derechos y responsabilidades de las partes y a expectativas disímiles sobre la justicia que será dispensada por las cortes..."<sup>5</sup>(el resultado nos pertenece).

Un claro reflejo de lo afirmado precedentemente ha sido expuesto por el Profesor Yashuei Taiguchi en las conferencias brindadas en el marco del *International Council for Commercial Arbitration* (en adelante, "ICCA") de 1996, en relación a la evolución histórica de los diversos mecanismos de solución de controversias en Oriente, expresando:

"...un típico ejemplo es Japón, en donde bajo el régimen feudal que duró por más de 250 años hasta 1868... había un fuerte sistema comunal para promover la amigable conciliación de las disputas y eliminar el litigio. Litigar estaba condenado como una falta moral hacia la sociedad y la otra parte. No se suponía que un buen juez dictara sentencia pero sí que intentara alcanzar una buena conciliación. Esta tradición estaba profundamente radicada en la mente del pueblo y formó la cultura de resolución de disputas en Japón. Los cambios políticos y económicos radicales que tuvieron lugar en los pasados cien años han ciertamente afectado esta cultura pero ella persiste en muchas formas perceptibles"<sup>6</sup>.

Ante ello, podemos afirmar que el arbitraje comercial internacional, en relación con la resolución de conflictos internacionales, ha sido la respuesta dada desde la órbita del Derecho no sólo a la diversidad que plantean las diferentes culturas jurídicas sino también a las nuevas exigencias que emergen como fruto de la globalización de la economía. En efecto, tal como ha sido sostenido por Bernardo Cremades:

"...El más importante desafío que los juristas enfrentan hoy es la globalización de la economía. Educados en conocidas facultades de derecho en su propia geografía, son testigos de cómo las transacciones económicas superan crecientemente sus fronteras nacionales, forzándolos a adaptar criterios nacionales arcaicos y estáticos a las demandas

<sup>3</sup> Dicha denominación obedece al hecho de que, en la mayoría de los casos, los términos de estas cláusulas son discutidos al final de la negociación, cuando ambas partes están exhaustas, luego de agotadoras horas de discusión sobre los otros puntos del acuerdo y con una clara intención de concluir el contrato cuanto antes.

<sup>4</sup> E. Gaillard & J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 1; A. Redfern & M. Hunter, *ob. cit.*, ps. 23-30; R. Merkin, *ob. cit.*, p. 1-1.

<sup>5</sup> M. Wang, "Is ADR Superior to Litigation in International Commercial Disputes?", *Arbitration International, London Court of International Arbitration*, Vol. 16, No. 2, 2000, p. 190, citado y traducido por N. Gamboa Morales en "Consideraciones sobre la Práctica Arbitral Internacional. Un Tema de Reflexión", ensayo presentado con motivo del Seminario "Principales Debates en Torno del Arbitraje", organizado por la Universidad de la Sabana, Bogotá, Julio 2002.

<sup>6</sup> Informe del Profesor Yashuei Taiguchi, dado en la conferencia ICCA de 1996, citado por B.M. Cremades, "Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 14 N° 2 (1998), ps. 157 a 172.

de una creciente economía global y de sus aún más dinámicos hombres de negocios"<sup>7</sup>.

Por último, sin soslayar las mencionadas consideraciones, no es posible olvidar la necesidad propia y esencial de todo procedimiento de resolución de controversias, tanto judicial como arbitral: obtener una decisión final que pueda hacerse efectiva. En tal sentido, Norbert Horn y Richard Mosk han comentado:

"La más llamativa ventaja de los laudos arbitrales es que, en contraste con las decisiones de los tribunales, ellos son ejecutables a nivel mundial con base en la Convención de Nueva York"<sup>8</sup> (el resaltado nos pertenece).

"Los laudos arbitrales internacionales son generalmente más fáciles de ejecutar que las sentencias de tribunales extranjeros. Según convenciones internacionales, un laudo expedido en una jurisdicción es ejecutable en otras y tal ejecución es a menudo menos complicada que la de una sentencia extranjera. La ejecución de sentencias extranjeras no está cobijada por el ampliamente difundido mecanismo de tratados que regula los laudos arbitrales. Estos factores han incentivado a las partes de contratos internacionales a estipular el arbitraje"<sup>9</sup>.

En virtud de ello, como bien lo sostiene Nicolás Gamboa Morales, el citado beneficio brindado por el arbitraje surge de la simple comparación entre, por un lado, los pocos convenios internacionales existentes relativos al reconocimiento de sentencias judiciales dictadas en otro Estado<sup>10</sup> y, por el otro, los 161 países que han suscripto o se han adherido<sup>11</sup> a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sen-

tencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante "la Convención de Nueva York")<sup>12</sup>.

Por lo tanto, y a la luz de todo lo expuesto, si se desea contar con las citadas ventajas del arbitraje<sup>13</sup>, indudablemente será conveniente pactar los términos del acuerdo arbitral<sup>14</sup>.

#### C) Inclusión en el Contrato

En segundo término, y como consecuencia de la necesidad de que las partes acuerden la jurisdicción arbitral, se presenta la alternativa de pactarla en el propio contrato o posteriormente, mediante la firma de un compromiso arbitral. Sin embargo, pese a que existe dicha posibilidad, esto es, elaborar posteriormente un acuerdo de arbitraje detallado y adecuado a las especiales características y circunstancias de la disputa concreta que precisamente lo origina, la experiencia demuestra la conveniencia de incluir la cláusula arbitral en el mismo contrato, ya que, en la mayoría de los casos, cuando el conflicto ha surgido, las partes difícilmente se pongan de acuerdo en algo, inclusive en la forma de resolverlo.

#### D) Elementos

Por último, en lo que respecta a estas consideraciones introductorias sobre la cláusula arbitral, sólo restaría exponer ciertas reflexiones sobre su contenido. En este aspecto se podrían distinguir ciertos elementos esenciales (tales como el alcance o ámbito de aplicación de dicha cláusula<sup>15</sup> y la forma de resolución de las disputas<sup>16</sup>), y determinados elementos deseables, entre los cuales podemos mencionar a la ley según la cual se deberán resolver las eventuales controversias, a las pre-

<sup>7</sup> B.M. Cremades, *ob. cit.*, ps. 162 y sgts.

<sup>8</sup> Se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958. Ver N. Horn, "The Development of Arbitration in International Financial Transactions", *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 16, No. 3, p. 279, citado y traducido por N. Gamboa Morales, *ob. cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> R.M. Mosk y R.D. Nelson, "The Effects of Confirming and Vacating an International Arbitration Award on Enforcement in Foreign Jurisdictions", *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, No. 4, 2001, p. 463, citado y traducido por N. Gamboa Morales, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>10</sup> En este aspecto es necesario citar a las Convenciones de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles y Comerciales, en el ámbito de la Unión Europea; y la Convención de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, vigente en la actualidad para 10 países en América Latina. Sin embargo, cabe notar, a título ilustrativo, que Estados Unidos no ha suscripto ningún tratado con tal objeto, aunque sí ha ratificado la Convención de Nueva York (en 1970).

<sup>11</sup> Hasta junio de 2003.

<sup>12</sup> N. Gamboa Morales, *ob. cit.*, p. 18 y sgts.

<sup>13</sup> Ver K.P. Berger, *International Economic Arbitration* (1993) que, citando a A. J. van den Berg (*Arbitragerecht* 134 (1988), ed. W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle) estima que la mayor parte de los contratos internacionales prevén al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

<sup>14</sup> Cabe recordar que, conforme a la doctrina moderna y a las leyes de arbitraje dictadas de acuerdo a sus lineamientos, la denominación "acuerdo arbitral" comprende tanto la cláusula compromisoria, incluida en un contrato en forma previa al nacimiento de la disputa, como el compromiso arbitral, esto es, el convenio cuyos términos son negociados cuando ya la controversia ha surgido y en relación directa y específica a la misma.

<sup>15</sup> Vgr. "...En caso de cualquier controversia en relación a la interpretación y/o ejecución del presente contrato..."

<sup>16</sup> Vgr. "...será resuelta mediante un arbitraje ante la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, conforme a su Reglamento...". Cabe tener en cuenta también la cláusula modelo de arbitraje recomendada en el propio Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la "CCI"): "Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

visiones relativas al tribunal arbitral<sup>17</sup> y al lugar e idioma del arbitraje.

No es mi objetivo aquí desarrollar dichos elementos, salvo en su relación con las consecuencias de la elección de la sede, que analizaremos más adelante. Baste entonces señalar que, en lo que respecta al Derecho elegido, es necesario tener en cuenta que el arbitraje comercial internacional - a diferencia de su homónimo doméstico - implica la convergencia de diversas leyes nacionales que tienden a regular diferentes aspectos involucrados en el arbitraje. Por ello, con un fin meramente ilustrativo, y sin que configure una lista exhaustiva sino, muy por el contrario, una mera enumeración ejemplificativa de las posibles leyes en juego en un arbitraje comercial internacional, podríamos mencionar las siguientes:

la ley que gobierna el acuerdo arbitral y su cumplimiento;

la ley que regula sobre el fondo de la cuestión sometida a arbitraje, o ley sustantiva;

la ley que gobierna la existencia y procedimientos del tribunal arbitral o *lex arbitri*; y

la ley en base a la cual se solicitará el reconocimiento y ejecución del laudo, que puede ser más de una, si la ejecución debe realizarse en más de un país, esto es la ley del *exequatur*<sup>18</sup>.

Considerando este marco jurídico, y en lo atinente a la elección de la ley sustantiva, siempre es conveniente (a) analizar previamente que dicho Derecho elegido esté suficientemente desarrollado en los aspectos que pudieran ser objeto de la controversia; y

(b) pactar la exclusión de toda regla de conflicto de leyes, para evitar así reenvíos no deseados a otros Derechos, cuyo contenido sobre el tema objeto del contrato es usualmente ignorado al momento de contratar.

Finalmente, también sería aconsejable incluir, como elementos adicionales en la cláusula arbitral:

(i) una especial indicación de la ley conforme a la cual se evaluará la propia validez de la cláusula compromisoria, ya que la misma goza de autonomía con respecto al resto del contenido contractual, de tal forma que quede claramente pactado que (1) la inexistencia, rescisión, resolución o nulidad del contrato no afecta a la validez de la cláusula arbitral<sup>19</sup>; y (2) en aquellos supuestos en los cuales la ley que rige sobre el fondo de la controversia trata negativamente al arbitraje (al exigir, por ejemplo, el cumplimiento de requisitos atípicos en relación al acuerdo arbitral) es conveniente acordar que la ley que regula sobre la validez de la cláusula compromisoria sea distinta a la que gobierne sobre los méritos de la disputa, evitándose así la aplicación de disposiciones localistas, alejadas de las modernas tendencias que favorecen a los arbitrajes internacionales<sup>20</sup>.

En este aspecto, cabe puntualizar lo sostenido por la jurisprudencia argentina, al expresar que la cláusula compromisoria:

*"...puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero ... no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia"*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> En lo atinente a la composición del tribunal arbitral, es conveniente brindar una adecuada respuesta a tres interrogantes básicos: (i) el número de árbitros; (ii) la forma en que deberán ser elegidos; y (iii) las calificaciones (e inclusive nacionalidades) que deberán ser tenidas en cuenta. En general, en este punto existen mayores probabilidades de llegar a un acuerdo con posterioridad al surgimiento de la disputa, lo cual implica que es menor la necesidad de pactar sobre ello al negociar el contrato. En cuanto al número, dependerá siempre de la complejidad del tema en cuestión. Lo usual ante temas complejos o que envuelven grandes sumas en disputa, es un tribunal de tres árbitros cuyo presidente es generalmente designado por la institución arbitral elegida (salvo que se pacte otro mecanismo, tal como la elección de común acuerdo por parte de los otros dos árbitros, o se trate de un arbitraje *ad hoc*). Confianza y neutralidad es lo que realmente debe importar en este punto, aunque la nacionalidad debería ser también tenida en cuenta a los fines de evitar la designación de árbitros de igual nacionalidad que la de alguna de las partes.

<sup>18</sup> También se podría agregar a dicha enumeración, la ley que rige la capacidad de las partes en la firma del acuerdo arbitral, lo cual pone de manifiesto la eventual complejidad de este tema.

<sup>19</sup> Se trata de la autonomía de la cláusula arbitral, también conocida como "*Separability*" en la doctrina angloamericana. Ver, entre otros, W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson, "*International Chamber...*", ps. 48 a 52 y 515 a 516; A. Redfern & M. Hunter, *ob. cit.*, ps. 154 a 156. En tal sentido, la Convención de Viena de 1980 relativa a la Venta Internacional de Mercaderías ya establecía que la cláusula compromisoria sobrevive a la resolución del contrato, al prever, en su Sección V, que "*la resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución*" (art. 81.1). Este principio también fue incorporado en la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, art. 16, como se puede observar *infra*, y en diversas normativas nacionales, tales como la Ley inglesa de Arbitraje de 1996 (en adelante, la "*Arbitration Act*"), art. 7, y la Ley Federal suiza (art. 178).

<sup>20</sup> Ver A. Boggiano, "*Autonomía y Eficacia de la Cláusula Arbitral*", comentando el fallo en el caso *Welbers* (ver nota siguiente): "*...De la autonomía de la cláusula arbitral parece desprenderse la posibilidad de que un derecho se aplique a su validez, interpretación y eficacia con independencia del derecho que resulta aplicable al contrato. El derecho aplicable a la cláusula arbitral es, empero, generalmente el mismo que rige el contrato del que forma parte. En virtud del principio de la autonomía esta presunción puede ceder si hay razones para considerar que la cláusula se rige por un derecho distinto del que se rige el resto del contrato. Si hay una elección expresa del derecho aplicable al contrato en su totalidad cabe entender que las partes también sometieron a ese derecho la cláusula arbitral. Salvo que las partes eligiesen otro derecho específicamente aplicable a la cláusula (dépape)*" (Lexis Nº 1103/006669).

<sup>21</sup> "*Welbers, S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbau M.B.M.*", CNApel. Com., Sala E, septiembre 26-988 (Lexis Nº 11/5068). Para un análisis profundo de dicho fallo, ver H.A. Grigera Naón, "*La autonomía del acuerdo arbitral*", LL, T. 1989-D, Sec. Doctrina, p. 1107 y sgts.

(ii) el principio *Competence – Competence*, en base al cual el tribunal arbitral será el que juzgue sobre su propia competencia y la validez de la jurisdicción arbitral elegida; en tal sentido hasta con puntualizar la propia disposición de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, la "Ley Modelo"), que en su artículo 16, establece:

"Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia. 1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria"<sup>22</sup>(el resaltado nos pertenece).

(iii) una renuncia expresa a la interposición de recursos en contra del laudo que se dicte, cuyo alcance y validez se encontrarán estrechamente vinculadas con las disposiciones relativas al arbitraje internacional vigentes en el país de origen (generalmente el elegido como sede del arbitraje)<sup>23</sup>, tal cual analizaremos a continuación.

### III. LA SEDE DEL ARBITRAJE<sup>24</sup>

Luego de las reflexiones introductorias ya mencionadas, relativas a la cláusula arbitral, centraremos ahora nuestro análisis en la sede del arbitraje, considerando en primer término los diversos factores que no deberían ser soslayados a la hora de efectuar la selección del lugar del arbitraje, para luego examinar los efectos de dicha elección.

## A) Elección

En principio, cabe notar que en el ámbito de los arbitrajes comerciales internacionales, en general rige el principio de la autonomía de la voluntad, de tal modo que las partes se encuentran en libertad de elegir la sede arbitral que consideren más conveniente. Dentro de dicho marco, pueden optar por dejar dicha elección a una institución arbitral (especialmente si se trata de un arbitraje institucional, como es el caso de los supervisados por la Corte Internacional de Arbitraje, en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional)<sup>25</sup> o acordar que sea llevada a cabo por el mismo tribunal arbitral, tal como se prevé en el Reglamento de Arbitraje dado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>26</sup> (en adelante "CNUDMI" o "UNCITRAL", conforme a su denominación en inglés). Cabe notar una orientación diferente incorporada en las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, cuyas normas establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, la sede será Londres, salvo que dicha Corte estime otro lugar como más apropiado<sup>27</sup>.

## B) Criterios

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para la selección de la sede, además de ciertos factores de relativa relevancia, como son los relacionados con la infraestructura del lugar y los costos involucrados<sup>28</sup>, se impone sin duda alguna la necesidad de garantizar un elemento vital en todo arbitraje internacional: la neutralidad. Ésta se podría alcanzar si la sede elegida no coincide con el domicilio social o el centro de actividades comerciales de ninguna de las partes, siendo también aconsejable que el país sede sea diferente al de

<sup>22</sup> En tal sentido, ver, entre otros, W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson, "International Chamber...", ps. 48-49, y 512; A. Redfern & M. Hunter, *ob. cit.*, ps. 264-267; José M. Chillón Median & J.F. Merino Merchán, *ob. cit.* P. 413 y sgts., K. Gonzalez Arrocha, "El Principio "Kompetenz – Kompetenz", Centro de Conciliación y Arbitraje, Publicaciones, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura, en [www.panacamara.com](http://www.panacamara.com), que sostiene, citando a Fouchard, que la función de este principio es dual, con efectos positivos y negativos. El primero es el permitir que sean los propios árbitros los que decidan acerca de su competencia, y el efecto negativo es que dicha decisión se puede encontrar sujeta a posterior revisión judicial. Este principio también ha sido seguido en varias leyes nacionales, entre las que podemos mencionar a la Ley de Arbitraje de Alemania de 1998 (art. 1040), la *Arbitration Act* inglesa de 1996 (art. 30) y la normativa suiza (art. 186).

<sup>23</sup> La denominación "país de origen" designa a aquél con jurisdicción internacional para entender ante los recursos de nulidad contra el laudo arbitral. En consecuencia, abarca tanto al país en donde el laudo se dicta como aquél conforme a cuya ley ha sido dictado (de acuerdo a lo previsto en el art. V de la Convención de Nueva York).

<sup>24</sup> La denominación "sede" ha sido considerada por la doctrina como más específica y apropiada que "lugar", lo cual también se ha visto reflejado en otros idiomas (Vgr.: *seat* o *place*). Sin embargo, debido a su amplia utilización a nivel mundial, este último término no ha sido cambiado en el art. 14.1 del Reglamento de la CCI. Por el contrario, el nuevo Reglamento de la LCIA, en vigencia desde el primero de enero de 1998, utiliza la palabra "sede" con el fin de ser consistente con el uso que se le da a ese término en el artículo 3 de la *Arbitration Act* inglesa. Cfr. Y. Derains & E.A. Schwartz, *ob. cit.*, p. 201.

<sup>25</sup> Ver Reglamento de la CCI, art. 14.1.

<sup>26</sup> Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL, art. 16.1.

<sup>27</sup> Reglamento de la LCIA, art. 16.1.

<sup>28</sup> En efecto, existen factores económicos a tener en cuenta, tales como los costos e inconvenientes del viaje así como la necesidad de que exista una adecuada infraestructura para llevar adelante las audiencias. También se debe considerar la existencia de abogados locales que puedan asistir en caso de necesidad así como otros profesionales que pudieran ser necesarios según la índole del caso (vgr. contadores, ingenieros, traductores, etc.), cuyos costos son inferiores si se encuentran disponibles en la sede. También se debe considerar si existen restricciones en cuanto al ingreso de las partes, sus abogados y testigos (vgr. la necesidad de tener visas para ello, etc.). Sin embargo, sostenemos que todo ello tiene una relevancia relativa ya que tanto las audiencias como las reuniones del tribunal arbitral se pueden efectuar en otro lugar, quizás más conveniente y con menores costos, sin que ello implique variar la sede elegida.

residencia o nacionalidad de alguno de los árbitros propuesto por las partes<sup>29</sup>.

Sin embargo, el criterio más importante, de carácter inasoslayable, está vinculado a las consecuencias jurídicas de dicha elección, tal como se expondrá en los puntos siguientes.

En efecto, es necesario enfatizar que la sede del arbitraje es un concepto legal que va mucho más allá de la mera determinación física o geográfica del lugar en donde probablemente se desarrollará el arbitraje. En tal sentido cabe puntualizar que, en general, tanto las audiencias como las deliberaciones de los árbitros pueden ser realizadas en un lugar distinto a la sede, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la conveniencia de los árbitros, de las partes y de los testigos, tal como lo disponen los Reglamentos de la CCI<sup>30</sup>, de UNCITRAL<sup>31</sup> y de la LCIA<sup>32</sup>.

#### IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL

Analizaremos ahora los efectos de la elección de la sede, considerando en primer término lo relativo al control judicial de los laudos arbitrales y sus limitaciones, para posteriormente brindar una visión comparativa de los diferentes criterios legislativos aplicables a la impugnación de los laudos arbitrales, y examinar tanto las causales de nulidad admitidas como sus efectos en ocasión del *exequátur*.

Como afirmábamos precedentemente, la selección del lugar del arbitraje tiene una notable gravitación jurídica, ya que de este modo indirectamente se está determinando cuál será el grado de control judicial susceptible de ser aplicado tanto al procedimien-

to como al laudo arbitral, por parte de los jueces del país de origen (generalmente, los de la sede arbitral)<sup>33</sup>.

Por otra parte, la elección de la sede también tiene su incidencia en el país donde será necesario ejecutar el laudo, por lo cual se torna imperioso analizar si el país sede es signatario o se ha adherido a la Convención de Nueva York<sup>34</sup>, lo cual significa, en otras palabras, si está preparado para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros<sup>35</sup>, factor que puede tener una influencia decisiva si el país en donde se interpone el *exequátur* también es parte de la Convención de Nueva York, pero ha suscripto tal convención bajo la reserva de reciprocidad (lo que significa que aplicará las normas convencionales previstas para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros únicamente en los casos de laudos dictados en territorio de otro Estado contratante). De este modo, lo que se debe evitar es la delicada situación que se produciría si nos encontramos ante un laudo probablemente válido en el país sede, pero que carece de los beneficios que brinda la Convención de Nueva York precisamente en donde existe interés en ejecutarlo, todo lo cual sin duda alguna pone de manifiesto la dimensión y relevancia que puede alcanzar esta elección de la sede arbitral.

#### A) Control Judicial

Bajo la perspectiva citada precedentemente, la determinación de la sede del arbitraje involucra uno de los temas de mayor trascendencia dentro del ámbito del arbitraje comercial internacional, esto es, la extensión del control judicial que el país sede podrá ejercer sobre el laudo arbitral.

En consecuencia, y a los fines de examinar las aristas más relevantes de la labor de revisión de los tribunales del país sede del laudo, examinaremos:

<sup>29</sup> En este sentido, no debemos olvidar que, en el supuesto de una eventual intervención de los jueces del país sede con posterioridad al dictado del laudo arbitral, la posición sostenida en el propio laudo por dicho árbitro podría tener cierta influencia, ya que usualmente se trata de juristas de prestigio y conocida trayectoria en dicho país.

<sup>30</sup> Reglamento de la CCI, art. 14.2 y 14.3.

<sup>31</sup> Reglamento de UNCITRAL, art. 16.2 y 16.3.

<sup>32</sup> Reglamento de la LCIA, art. 16.2. Si los lugares de reunión difieren del elegido como sede, se considerará que el arbitraje tiene lugar en la sede designada.

<sup>33</sup> En base a lo establecido en la Convención de Nueva York, la jurisdicción internacional ante planteos de nulidad recae sobre las autoridades judiciales competentes del país en el cual o conforme a cuya ley se ha dictado el laudo (art. VI.e).

<sup>34</sup> O a otra convención internacional de similares características, tal como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (en adelante, la "Convención de Panamá de 1975"), o la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripta en Ginebra el 21 de abril de 1961 (en adelante, la "Convención Europea de 1961").

<sup>35</sup> Convención de Nueva York, art. III. En tal sentido cobra importancia el lugar en donde el laudo es dictado, como elemento determinante de la aplicación de la Convención de Nueva York. Cabe notar que, por ejemplo, la *Arbitration Act* inglesa, siguiendo los lineamientos de las modernas leyes de arbitraje, establece que el laudo será considerado como dictado en la sede arbitral, cuando ésta sea Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, sin importar dónde fue firmado (art. 53). Similar disposición encontramos también en la Ley de Arbitraje de Alemania de 1998 (art. 1054). Asimismo, el Reglamento CCI también contiene una disposición con dichas características: "Artículo 25. Pronunciamiento del Laudo... 3. El Laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha que en él se mencione."

Cabe notar que el Reglamento de UNCITRAL, por el contrario, establece que el laudo deberá ser dictado en el lugar del arbitraje (art. 16.4), mientras que el art. 26.1 del Reglamento de la LCIA establece que el laudo "...contendrá la sede del arbitraje".

<sup>36</sup> La posibilidad de asistencia judicial en lo que se refiere a la comparecencia de testigos o recaudo de pruebas es receptada, entre otros, por la *Arbitration Act* inglesa (art. 43), la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (art. 184) y la Ley de Brasil de 1996 (art. 22; cabe recordar que dicha ley fue declarada constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en diciembre de 2001 a raíz del caso "MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Industria e Comercio Ltda.", Sentencia Extranjera N° 5206).

Las formas de ejercer dicho control judicial y sus límites, incluyendo la renuncia (expresa o tácita) a las vías recursivas;

El recurso de nulidad como vía impugnativa, especialmente en lo relativo a las bases comúnmente aceptadas como causales de nulidad de los laudos arbitrales y las consecuencias del consentimiento tácito de las partes manifestado durante el procedimiento arbitral; y por último

Los efectos de una eventual declaración de nulidad del laudo arbitral dictado en un arbitraje internacional, a la luz de la interpretación restrictiva de dichas causales de revisión, efectuada conforme a los criterios internacionalmente aceptados y en base al análisis de ciertos casos jurisprudenciales relevantes.

## B) Formas del Control Judicial

Uno de los modos de ejercer dicho control es mediante la intervención de los tribunales judiciales durante el procedimiento de arbitraje, esto es, antes de que se dicte el laudo arbitral<sup>36</sup>. Sin embargo, ya a fines de la década pasada se evidenció una clara tendencia en las leyes arbitrales más modernas en favor de la primacía y el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, y por lo tanto, del conjunto de normas por ellas acordado o elegido (vgr: el Reglamento de la CCI o de UNCITRAL). Conforme a ello, la intervención judicial tiene carácter de excepción, esto es, se encuentra netamente limitada<sup>37</sup>. Éste es el criterio que establece la Ley Modelo<sup>38</sup>, así como la citada *Arbitration Act* inglesa<sup>39</sup> y otras legislaciones modernas<sup>40</sup>.

Otra forma de ejercer el citado control judicial por parte del país sede se manifiesta a través de la incorporación legislativa de vías recursivas, esto es, reconociendo en las leyes nacionales de arbitraje la posibilidad de atacar judicialmente un laudo internacional luego de dictado por el tribunal arbitral. Aquí sin duda adquieren importancia las convenciones internacionales que el país sede ha firmado, a los fines de examinar los efectos de dichos recursos y la eventual ejecución del laudo en otros países, tal como analizaremos más adelante.

A continuación profundizaremos sobre el segundo de los modos de control judicial citados, aunque no sin antes notar que, en definitiva, las cuestiones relativas a las vías y a las modalidades en que un lau-

do arbitral internacional puede ser atacado dependerán de la regulación que de tales aspectos efectúe la ley a la luz de la cual se efectuará la revisión judicial, esto es, usualmente, la ley del país sede del arbitraje, lo cual implica que variarán de un país a otro. Cada Estado tiene sus propias características e intereses en base a los cuales sostiene una determinada posición en relación a la revisión judicial de los laudos arbitrales. Como consecuencia de ello, y de la notable disparidad entre las diversas leyes nacionales, éstas suelen ser inadecuadas para los casos internacionales. Dichos inconvenientes fueron claramente expuestos en el informe elaborado en mayo de 1981 en el marco de las Naciones Unidas, en relación al entonces proyecto de Ley Modelo, y luego fueron ratificados en la Nota Explicativa de ese marco normativo. En efecto, en dichos documentos se indicaba que, por un lado, existen leyes nacionales modernas, adaptadas al arbitraje comercial internacional, y por el otro, nos encontramos ante legislaciones anticuadas, que (i) equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, o (ii) tratan aspectos parciales del arbitraje, o (iii) han sido elaboradas para satisfacer únicamente las necesidades de arbitrajes domésticos, lo cual

*"...entraña desafortunadamente la consecuencia de intentar aplicar a los casos internacionales los principios locales tradicionales y por lo general no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna"*<sup>41</sup>(el resaltado nos pertenece).

## C) Límites a la Revisibilidad Judicial

Como hemos afirmado anteriormente, la medida del control judicial del arbitraje internacional se encuentra generalmente ligada a la dimensión en que la autonomía de la voluntad de las partes es aceptada en los diversos regímenes jurídicos nacionales. Dentro de este marco, la actual tendencia a imponer límites a la revisibilidad judicial de las decisiones arbitrales se fundamenta, como claramente lo indica *Philippe Fouchard*, en la sólida convicción de que la materia de estas controversias constituye un asunto propio de los árbitros y no le está dado al juez pronunciarse sobre el acierto o error de lo que ellos han decidido en torno a la específica relación negocial que originó el litigio<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Aunque se ha aceptado algún grado de control, al menos para asegurar un mínimo nivel de objetividad y justicia (A. Redfern & M. Hunter, *ob. cit.*, p. 429).

<sup>38</sup> Ley Modelo, "Art. 5. Alcance de la intervención del tribunal. En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga."

<sup>39</sup> *Arbitration Act*, "Art. 1 c. La disposiciones de este Capítulo se fundan en los siguientes principios y se procederá de acuerdo a los mismos: ... (c) en las materias regidas por este Capítulo la Corte no deberá intervenir a menos que este Capítulo así lo disponga."

<sup>40</sup> Similar orientación siguen la Ley Alemana de 1998 (art. 1032), la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (art. 7) y la Ley Sueca de 1999 (art. 4).

<sup>41</sup> UN Doc. A/CN.9/207, 14 Mayo 1981, p. 6, y Nota Explicativa de la Ley Modelo.

<sup>42</sup> P. Fouchard, "*L'arbitrage commercial et le législateur*", en *Etudes dédiées a René Roblot Paris*, 1984, p. 75; J. L. Anaya, "*Recursos contra los laudos arbitrales*" en *El Derecho*, t. 161, Bs. As., p. 522.

Esta línea de pensamiento ha sido receptada en la jurisprudencia, a cuyos efectos vale citar la opinión de la Corte Federal del Distrito de Columbia en Washington en el conocido caso *Chromalloy*, que luego comentaremos. Allí sostuvo dicho tribunal que los laudos arbitrales sólo pueden ser declarados nulos conforme a la Ley Federal de Arbitraje en "muy limitadas circunstancias"<sup>43</sup>.

En definitiva, la citada tendencia a través de la cual se rechaza o reduce la posibilidad de los tribunales judiciales de controlar el acierto o mérito de las decisiones arbitrales se manifiesta legislativamente de las siguientes formas:

negando la impugnación judicial en los casos de laudos arbitrales internacionales, salvo pacto en contrario, tal como lo prevé la Ley de Arbitraje de Portugal<sup>44</sup>;

limitando la revisión judicial exclusivamente al recurso de nulidad, corriente que ha encontrado eco, por ejemplo, en la Ley de Arbitraje de Alemania de 1998<sup>45</sup> y en el Código General de Proceso uruguayo<sup>46</sup>;

o posibilitando la remisión del laudo impugnado al tribunal arbitral a los fines de lograr su modificación o clarificación, de modo tal de eliminar las causales de nulidad y preservar la validez del laudo, posición recogida en la Ley Modelo<sup>47</sup>, en la *Arbitration Act* inglesa<sup>48</sup> y en la Ley Sueca de 1999<sup>49</sup>;

aceptando la validez de las renunciaciones efectuadas por las partes respecto a la utilización de vías recursivas, tal como analizaremos a continuación, lo cual es receptado en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado<sup>50</sup> y tanto en la anterior como en la actual normativa sobre arbitrajes de Bélgica<sup>51</sup>.

## D) Renuncia a las Vías Recursivas

### 1. Formas. Reglamentos Internacionales

La renuncia a la interposición de recursos en contra del laudo, o el acuerdo mediante el cual se considera que la decisión del tribunal arbitral será final e irrecurrente, puede asumir dos formas: expresa o tácita.

La renuncia será expresa cuando existe una manifestación en tal sentido incluida expresamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. Tal requisito es exigido tanto en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado como en la Ley Belga de Arbitraje de 1985.

Por otro lado, la renuncia también puede tener lugar tácitamente, cuando las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, adoptan el reglamento de alguna de las principales instituciones arbitrales internacionales. Así, el Reglamento de la CCI establece:

*"Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente"*<sup>52</sup>.

En consecuencia, la elección de la vía arbitral a realizarse bajo el Reglamento de la CCI implica tácitamente la exclusión de todo recurso judicial contra el laudo, ante los jueces del país de origen (esto es, cabe reiterar, el país en donde o conforme a cuya ley se dictó el laudo<sup>53</sup>). La dimensión o el alcance de dicha renuncia tácita estará determinada por la norma-

<sup>43</sup> Ver *infra* p. 53 y sgts.

<sup>44</sup> Ley de Arbitraje de Portugal Nº 31/86: "Art. 34. Tratándose de arbitraje internacional, la decisión arbitral no es recurrible, salvo que las partes hubiesen acordado la posibilidad de recurrirlo y regulado sus términos."

<sup>45</sup> Ley de Arbitraje alemana: "Art. 1059. Acción de nulidad: Se podrá recurrir ante una corte contra un laudo arbitral únicamente mediante una acción de nulidad en conformidad con los incisos 2 y 3 de este artículo."

<sup>46</sup> Código General de Proceso de Uruguay: "Art. 499. Contra el laudo arbitral no habrá más recurso que el de nulidad..." (aunque las previsiones normativas del CGP están destinadas, en su gran mayoría, a regular los arbitrajes domésticos o nacionales).

<sup>47</sup> Ley Modelo, art. 34 (4): "El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad."

<sup>48</sup> *Arbitration Act*, art. 68 (3): "Si se demuestra que ha habido una irregularidad seria afectando al tribunal, al procedimiento o al laudo, la corte puede (a) remitir el laudo al tribunal, en todo o en parte, para reconsideración, (...)" Simular previsión es establecida en el art. 69 (7) en relación a recursos presentados en base a errores de derecho.

<sup>49</sup> Ley de Arbitraje de Suecia de 1999, art. 35: "Un juez puede suspender los procedimientos relativos a la invalidez o nulidad de un laudo por un cierto período de tiempo, a los fines de que los árbitros tengan la oportunidad de retomar el proceso arbitral, o tomar alguna otra medida que, en opinión de los árbitros, eliminará la causa de invalidez o nulidad..."

<sup>50</sup> Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza: Capítulo 12: Arbitraje Internacional. X. Acuerdo de Exclusión. "Artículo 192 (1) Cuando ninguna de las partes tenga domicilio, residencia habitual, o un establecimiento comercial en Suiza, ellas podrán, mediante una declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo subsiguiente por escrito, excluir todos los procedimientos de nulidad, o podrán limitar tal procedimiento a uno o varios de los fundamentos enumerados en el Artículo 190, par. 2."

<sup>51</sup> Código Judicial belga: (i) modificación de 1998: "Art. 1717, inciso 4: Las partes podrán, mediante una declaración expresa en el acuerdo arbitral o en un acuerdo posterior, excluir cualquier solicitud de declaración de nulidad del laudo arbitral, en caso que ninguna de ellas sea una persona física de nacionalidad belga o una persona física que tenga su residencia habitual en Bélgica o una persona jurídica que tenga su asiento principal o una sucursal en Bélgica"; y (ii) reforma de 1985: "Art. 1717, inciso 4: La Corte belga podrá entender en la solicitud de declaración de nulidad sólo si al menos una de las partes de la controversia resuelta en el laudo arbitral es o una persona física de nacionalidad belga o residente en Bélgica, o una persona jurídica formada en Bélgica o que tenga una sucursal, o alguna sede de operaciones allí."

<sup>52</sup> Reglamento de la CCI, art. 28 (6).

<sup>53</sup> En base a lo establecido en la Convención de Nueva York, art. V(1)(e).

tiva de dicho país aplicable a los arbitrajes internacionales.

En forma concordante con esta interpretación, cabe puntualizar que los únicos recursos previstos en el Reglamento de la CCI se refieren a la corrección de errores tipográficos o similares y a la interpretación del laudo<sup>54</sup>, lo cual en cierto modo también es una consecuencia de la labor de revisión que efectúa la Corte de la CCI a través de sus facultades de control sobre el proyecto del laudo, previo a su dictado<sup>55</sup>.

En sentido concordante se encuentran también disposiciones similares de otras instituciones arbitrales internacionales, tales como el Reglamento de la LCIA<sup>56</sup>, las Reglas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO)<sup>57</sup>, el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>58</sup>, y el Reglamento de UNCITRAL<sup>59</sup>.

El fundamento de tales disposiciones descansa en el hecho de que las partes, al firmar el acuerdo de arbitraje (ya sea mediante la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral), han deseado que por esta vía se llegue a una decisión final, y no que, luego de emitido el laudo, se plantee su revisión ante los jueces nacionales.

## 2. Alcance. Jurisprudencia

Como hemos aclarado precedentemente, la extensión y validez de estas renunciaciones deben ser analizadas desde la perspectiva del derecho nacional aplicable a los arbitrajes internacionales, lo cual pone claramente de manifiesto la relevancia que adquiere la elección de la sede arbitral. Es decir que es necesario analizar si la ley del país de origen (usualmente el de la sede) permite o no dichas renunciaciones al derecho de impugnar un laudo internacional, lo cual varía de un país a otro. Así, por ejemplo, la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, en algunos supuestos y mediante una declaración expresa en tal senti-

do, permite la renuncia a recurrir aún ante irregularidades procesales, siempre que ninguna de las partes sea residente o tenga su sede o sucursal en Suiza<sup>60</sup>. Asimismo, además de las citadas previsiones normativas que, como hemos comentado, se encuentran tanto en las diferentes leyes nacionales como en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales internacionales, la renuncia que las partes efectúan al derecho a recurrir el laudo también ha tenido su manifestación en la jurisprudencia. Así cabe notar lo sostenido por la Corte de Apelaciones de París en el caso *Lebar* (1980), que incluso condenó por procedimiento abusivo a aquella parte que había interpuesto un recurso de apelación en contra de un laudo de la CCI, basado en el hecho de que, conforme al Reglamento de la CCI, el apelante había renunciado al derecho a recurrir<sup>61</sup>.

En sentido concordante, no es posible soslayar lo resuelto en el caso *Gotaverken*, en el cual se admitió el *exequátur* en Suecia de un laudo arbitral CCI pronunciado en París, a pesar de que se encontraba pendiente de resolución un juicio de nulidad en Francia. Al fundar su resolución, la Suprema Corte Sueca consideró decisiva la renuncia prevista en el Reglamento respecto a la utilización de cualquier vía recursiva, al sostener:

*"Por medio de la cláusula de arbitraje de los contratos de construcción de navíos, las partes acordaron cumplir con el laudo como definitivamente obligatorio y ejecutable en las materias sometidas a los árbitros. Aún más, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, bajo el cual se llevó a cabo el procedimiento, contiene una provisión [Artículo 28(6), Reglamento de 1998] de que el laudo será definitivo. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, debe considerarse que el presente laudo arbitral se ha convertido en obligatorio y ejecutable para las partes en Francia, bajo el significado que el Acta [Sueca] sobre Laudos y Acuerdos Arbitrales Extranjeros pretende, desde el momento y en virtud del*

<sup>54</sup> Reglamento de la CCI, art. 29. En forma similar, ver el Reglamento de la LCIA, art. 27; las Reglas de la *American Arbitration Association* ("AAA"), art. 30; las Reglas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ("WIPO"), art. 66; y el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo ("CC Estocolmo"), art. 37.

<sup>55</sup> Reglamento de la CCI, art. 27: "Examen previo del Laudo por la Corte: Antes de firmar un Laudo, el Tribunal Arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte".

<sup>56</sup> Reglamento de la LCIA, Artículo 26(9). "El laudo: Todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado sólo por el Artículo 27). Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada".

Artículo 29(2): "Las decisiones de la Corte de la LCIA: Dentro de los límites permitidos por la ley de la sede del arbitraje, se presumirá la renuncia de las partes a interponer ante un juez competente o ante cualquier otra autoridad judicial recurso de apelación o de revisión contra estas decisiones adoptadas por la Corte de la LCIA. Si dichas apelaciones son irrenunciables por virtud de preceptos o normas imperativas, la Corte de la LCIA, de conformidad con tales normas, decidirá sobre la pertinencia de la suspensión del arbitraje durante la substanciación del recurso de apelación o de revisión".

<sup>57</sup> Reglas de la WIPO, art. 64.

<sup>58</sup> Reglamento de la CC Estocolmo, art. 36.

<sup>59</sup> Reglamento de UNCITRAL, art. 32.

<sup>60</sup> Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, art. 192 (1). Ver *supra*, nota 50.

<sup>61</sup> "Victor Lebar v. Société Atlas Werk A.G.", Cour d'appel de Paris, 22 de abril de 1980, 1981 *Revue de l'arbitrage* 171, citado por W.L. Craig, W.W. Park, & J. Paulsson, « *International Chamber...* », p. 402.

propio hecho por el que fue realizada. El hecho de que el comprador haya atacado el laudo en Francia por oposición además no tiene ningún efecto respecto a esto"<sup>62</sup>

#### E) Desplazamiento del Control Judicial

Dentro de esta posición, marcada por la limitación de la intervención judicial y el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la revisión del laudo arbitral, se destacan aquellas legislaciones que inclusive establecen claramente la incompetencia del juez nacional para conocer en las demandas de anulación de laudos arbitrales que carecen de vinculación con el país sede del arbitraje. Tal es lo que preveía la Ley de Bélgica de 1985 sobre Arbitraje Internacional, en virtud de la cual los jueces belgas eran incompetentes para entender en los recursos de nulidad de laudos arbitrales que no tuvieran vinculación con Bélgica<sup>63</sup>. Dicha ley, si bien fue luego reformada, mantuvo el mismo espíritu, ya que actualmente prevé que la citada incompetencia no tiene carácter imperativo sino que surge sólo si las partes – que carecen de contacto con el país sede – pactan la exclusión de todo recurso contra el laudo arbitral, siguiendo en tal sentido el criterio sentado en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, que permite acordar expresamente la renuncia a toda impugnación del laudo cuando las partes no tienen domicilio u organización estable en Suiza<sup>64</sup> (y en igual sentido cabe citar también a otras legislaciones tales como el Código de Arbitraje de Túnez de 1993)<sup>65</sup>.

De este modo, esto es, admitiendo la validez de las renunciaciones acordadas por las partes y determinando inclusive la incompetencia de los tribunales de la sede, no se ha pretendido eliminar todo control judicial sobre el arbitraje internacional, sino que se ha

decidido desplazar dicho control de manera tal que éste no sea realizado por el juez de la sede del arbitraje sino por el de la ejecución<sup>66</sup>. Todo ello es coherente con el hecho de que, en general, en un arbitraje internacional, su impacto social y económico suele tener lugar fuera del país sede, precisamente porque dicho país ha sido seleccionado considerando la necesidad de neutralidad, lo que implica que ninguna de las partes tiene bienes o domicilio allí. En consecuencia, el laudo que se dicte difícilmente podrá afectar intereses del país sede, a menos que se aplique también su derecho de fondo para resolver la controversia, en cuyo caso se podría a lo sumo considerar el valor de la decisión judicial como un precedente en tal sentido<sup>67</sup>.

Este punto de vista es compartido por una determinada línea de pensamiento, que tiene su origen en Francia y actualmente muestra prestigiosos defensores, tales como *Jan Paulsson*<sup>68</sup>, *Philippe Fouchard*<sup>69</sup> y *Berthold Goldman*<sup>70</sup>, y sostiene que, a la luz de las diferencias existentes entre los diversos regímenes nacionales sobre arbitraje internacional, en vez de un doble sistema de control, primero por los jueces de la ley de la sede, y luego por los tribunales del lugar de ejecución del laudo, debe existir un solo punto de control, esto es, el determinado por el lugar de reconocimiento o ejecución. De este modo se superarían las barreras que impiden la internacionalización del arbitraje en virtud de normas locales alejadas de las convenciones internacionales<sup>71</sup>. Conforme a esta posición, dominante en Francia y sistematizada por *Berthold Goldman* y *Pierre Lalive*, la sede del arbitraje es elegida por mera conveniencia, y la autoridad de los árbitros no deriva del Estado en el cual dicha sede se encuentra. En consecuencia, no existe obliga-

<sup>62</sup> "General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Aredal Aktiebolag", Suprema Corte Sueca, 13 de agosto de 1979, comentado por J. Paulsson en "The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration", 21 Virginia Journal of International Law, ps. 211 y sgts.

<sup>63</sup> Código Judicial de Bélgica, art. 1717. Ver *supra* nota 51.

<sup>64</sup> Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 192 (1). Ver *supra* nota 50.

<sup>65</sup> Código de Procedimiento de Túnez, Capítulo III: Del arbitraje internacional, Sección VII: Recursos contra el laudo arbitral, Artículo 78: "... Las partes que no tengan en Túnez, ni domicilio, ni residencia principal, ni establecimiento, pueden convenir expresamente excluir todos los recursos, total o parcialmente, contra toda decisión del tribunal arbitral..."

<sup>66</sup> F. Carpi, "L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario", Rev. Contratto e Impresa, 1990, 3, ps. 904 y sgts., citado por J. L. Anaya en "Recursos contra los laudos arbitrales", El Derecho, t. 161, p. 521, y también por F. Danovi en "Gli Arbitri Rituali Come I Giudici, Di Fronte Alla Sospetta Incostituzionalità Della Legge", [http://www.judicium.it/news/filippo\\_danovi\\_arbitri\\_giudici.htm](http://www.judicium.it/news/filippo_danovi_arbitri_giudici.htm).

<sup>67</sup> W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson, "International Chamber...", p. 501.

<sup>68</sup> J. Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin" (1981) 30 Int. & Comp. L.Q. 358 (1981) y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters" 32 Int. & Comp. L.Q. 53 (1983).

<sup>69</sup> P. Fouchard, "L'arbitrage, Droit International Privé", n. 128, p. 195, y "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", 60 Years of ICC Arbitration – a Look at the Future, ICC Publication N. 412, p. 257 a 282 (1984).

<sup>70</sup> B. Goldman, "Arbitrage, Droit International Privé", n. 128, p. 195, y "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective", 60 Years of ICC Arbitration – a Look at the Future, ICC Publication N. 412, p. 257 a 282 (1984).

<sup>71</sup> En contra, sosteniendo la postura tradicional (y todavía preponderante en Inglaterra) según la cual todo arbitraje, esto es, el acuerdo arbitral, el procedimiento e incluido el laudo, debería estar sujeto a la ley del lugar de la sede, debido a que el laudo sólo tiene fuerza obligatoria si está vinculado a un determinado sistema de derecho nacional (la *lex fori* o *lex arbitri*), ver F.A. Maun, "Lex Fori Arbitri", en International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke 157, 159 (1967), y William Park, "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", 52 Int. & Comp. L.Q. 21 (1983). En una posición moderadora se ubica el profesor Arthur von Mehren, afirmando que los arbitrajes están sujetos a la ley nacional solamente en la extensión en que las autoridades públicas intervengan en relación al procedimiento o a la ejecución del laudo arbitral ("To What Extent is Commercial Arbitration Autonomous" en Études Offertes a B. Goldman, 67 (1982)).

ción alguna de aplicar las normas de procedimiento internas vigentes en el país sede<sup>72</sup>.

Lo expresado precedentemente adquiere relevancia al considerar la posible impugnación del laudo y sus efectos en el país de ejecución. De allí que si la obligatoriedad del laudo deriva del sistema jurídico de la sede, un laudo declarado nulo no podría ser ejecutable en el país en el cual se interpone el *exequátur*. Mientras que en caso contrario, no existirían inconvenientes en que el juez del *exequátur* otorgue la ejecución, aun cuando el laudo ha sido declarado nulo en el país sede, ya que la ley de éste no prevalece sobre la del país de ejecución<sup>73</sup>.

## V. RECURSO DE NULIDAD

Habiendo considerado las formas de control judicial y las tendencias actuales en favor de una limitada intervención del foro, examinaremos ahora algunos aspectos relevantes de una de las vías de impugnación usualmente incorporadas en la mayoría de las legislaciones, esto es, el recurso de nulidad, que tiene por objetivo obtener la declaración judicial de invalidez del laudo arbitral dictado.

Analizaremos a continuación las causales más aceptadas, la posibilidad de su invocación cuando no han sido alegadas oportunamente, y finalmente efectuaremos algunas consideraciones sobre las limitaciones existentes desde la perspectiva de los criterios internacionales aceptados.

### A) Causales

En general, las más modernas leyes sobre arbitraje establecen limitadas causales de nulidad de los laudos arbitrales internacionales, existiendo una clara

tendencia a considerar como tales a las mismas causales de denegación del *exequátur* previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York<sup>74</sup>, tal como se puede observar en las provisiones de la Ley Modelo, que reconoce seis diferentes causas en base a dichos criterios<sup>75</sup>.

Considerando esta aclaración previa, y dentro del marco de las diferentes leyes nacionales de arbitraje, se pueden distinguir, esencialmente, dos órdenes diferentes de causales que se suelen invocar para atacar de nulidad a un laudo arbitral: (i) por un lado, las relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral; y (ii) por el otro, las atinentes a las irregularidades en el procedimiento<sup>76</sup>.

Dentro del primer grupo encontramos aquellos casos en los cuales el tribunal arbitral carece de jurisdicción, debido a que: (a) no ha existido un acuerdo arbitral entre las partes o dicho acuerdo es nulo, o (b) el laudo arbitral ha sido dictado sobre temas no sometidos a la decisión del tribunal, esto es, excediendo los términos del acuerdo arbitral, lo cual configura un exceso de jurisdicción o un laudo *extra petita*. Esta causal se encuentra en numerosas normas legales, tales como la *Arbitration Act* inglesa<sup>77</sup>, la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado<sup>78</sup>, la normativa argentina contenida en el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>79</sup>, el Código General del Proceso uruguayo<sup>80</sup>, la ley 9307/96 de Brasil<sup>81</sup> y el Decreto 1818/98 de Colombia<sup>82</sup>, entre otros<sup>83</sup>. Esto significa que dicha causal brinda los fundamentos necesarios para atacar tanto al propio laudo como al acuerdo arbitral en base al cual se inició el arbitraje (comprendiendo con tal expresión, reiteramos, tanto a la cláusula compromisoria inserta en un contrato, en forma previa al surgimiento de cualquier

<sup>72</sup> E. Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Spring 1999.

<sup>73</sup> E. Gaillard, *ob. cit.*, p. 19. Ver pto. VI.D. *infra*.

<sup>74</sup> Específicamente los cuatro primeros incisos del punto 1: acuerdo arbitral inválido, falta de oportunidad de presentar su caso, exceso de jurisdicción del árbitro e irregular composición del tribunal arbitral.

<sup>75</sup> Ley Modelo, art. 34.2: "El laudo arbitral sólo podrá ser anulado ... cuando:

a) la parte que interponga la petición pruebe: (i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o (ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o (iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o (iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe: (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o (ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado."

<sup>76</sup> R. Garnett, H. Gabriel, J. Waincymer & J. Epstein, "A Practical Guide To International Commercial Arbitration", Oceana Publications Inc., New York, 2000, p. 115 y sgts.

<sup>77</sup> *Arbitration Act*, art. 67.

<sup>78</sup> Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, art. 190 (2)(c).

<sup>79</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 760.

<sup>80</sup> Código General de Proceso de Uruguay, art. 499 (aunque, reiteramos, su normativa está destinada a regular los arbitrajes domésticos esencialmente).

<sup>81</sup> Ley Brasileira 9.307/96, art. 32.

<sup>82</sup> Dec. 1818/98 de Colombia, art. 163.

<sup>83</sup> Ley 36/98 de España, art. 45.

disputa entre las partes, como al compromiso arbitral, concebido como instrumento separado, elaborado cuando ya ha surgido la controversia y con el fin de establecer las bases para su resolución por vía arbitral).

En el segundo grupo de causales se encuentra la irregularidad en el procedimiento arbitral, lo cual incluye también dos posibles subgrupos: (a) el primero referido a la constitución del tribunal arbitral, las notificaciones debidas y la actuación procesal conforme a lo pactado, esto es, la valoración del procedimiento desde una perspectiva netamente adjetiva o formal; y (b) el segundo, que puede tener una estrecha vinculación con lo mencionado precedentemente, se vincula con la posible violación de los derechos esenciales que hacen al debido proceso, manifestado especialmente a través del derecho de defensa, el cual es vulnerado en aquellos casos en que las partes no han tenido igual oportunidad de exponer su caso o se les ha negado su derecho a ser oídos. Tales causales se encuentran también en numerosas leyes locales, entre las que cabe citar, la normativa francesa<sup>84</sup>, el Código de Procedimiento Civil Italiano<sup>85</sup> y la Ley de Procedimientos Arbitrales de Alemania<sup>86</sup>.

A dichos grupos de causales cabe agregar también las relativas al orden público internacional del foro y a la arbitrabilidad de la materia objeto de la controversia (las que, por su complejidad, merecen un análisis especial que efectuaremos en otra oportunidad).

Asimismo, desde el punto de vista del grado de incorporación de dichas causales en los diferentes marcos normativos nacionales, se puede considerar la existencia de tres modelos, los cuales usualmente se ven reflejados en dichas leyes. El primero admite la revisión del laudo tanto por errores de derecho como por defectos o irregularidades procesales. Esta posición es poco compartida y no ha sido recogida por la Ley Modelo, ya que implica una criticable intromisión en las funciones del tribunal arbitral, y si bien ha sido seguida por Inglaterra, su legislación admite que las partes pacten la no revisión de cuestiones de derecho<sup>87</sup>. El segundo modelo sólo admite

las causales relativas a defectos en el procedimiento (sistema generalmente aceptado), y el último, no acepta ningún tipo de revisión judicial. Como afirmamos anteriormente, esta tercera posición fue receptada en la Ley Belga de 1985, en la cual se establecía la ausencia de recursos si las partes no tenían ninguna conexión con Bélgica (posteriormente, dicha exclusión de revisión judicial dejó de ser imperativa y fue prevista como opcional, sujeta a pacto de las partes<sup>88</sup>, conforme a la Ley Belga de 1998<sup>89</sup>), y en la Ley de Arbitraje de Portugal, sólo con respecto a los arbitrajes internacionales y en la medida que las partes no pacten lo contrario<sup>90</sup>.

En definitiva, conforme al análisis descripto, se pueden inferir dos importantes conclusiones: la primera de ellas está dada por el hecho de que si bien el reconocimiento de la primacía de la autonomía de la voluntad en el marco de los arbitrajes internacionales tiende a imponerse en las diversas legislaciones nacionales (y con ello adquieren validez las renunciadas a las vías recursivas acordadas), la mayoría de los regímenes legales establece alguna forma de atacar el laudo en los casos de serias irregularidades procesales.

La segunda conclusión se manifiesta en la creciente búsqueda de un sistema de congruencia entre las bases para atacar la nulidad de un laudo y las citadas defensas contenidas en el art. V de la Convención de Nueva York, previstas para rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero.

Esta necesidad de elaborar dicho sistema de congruencias se expresa mediante la tendencia, existente en la mayoría de las normativas arbitrales de los diversos países, en favor de considerar como causales de nulidad de los laudos arbitrales internacionales, aquéllas que encuadran dentro de los estándares o criterios internacionalmente aceptados. De este modo se soslayaría el problema que plantea una declaración judicial de nulidad efectuada por los tribunales del país de origen en base a lo que se han denominado "peculiaridades locales" (esto es, propias de determinado lugar y, por lo tanto, ajenas a los criterios internacionales mencionados)<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> Código de Procedimiento Civil de Francia, art. 1484.

<sup>85</sup> Código de Procedimiento Civil Italiano, art. 829.

<sup>86</sup> Ley de Procedimientos Arbitrales de Alemania, art. 1059.

<sup>87</sup> Arbitration Act, art. 69.

<sup>88</sup> En cierto modo, en virtud de los no muy alentadores resultados de la modalidad legislativa anterior.

<sup>89</sup> Ver *supra* nota 51.

<sup>90</sup> Ley de Arbitraje de Portugal, art. 34. Ver *supra* nota 44.

<sup>91</sup> Ver Capítulo VI *infra*.

## B) "Estoppel"

Dentro de las diversas legislaciones nacionales que regulan el planteo recursivo de nulidad contra los laudos arbitrales internacionales, se destacan aquéllas que establecen claramente la imposibilidad de invocar una determinada causal en el recurso de nulidad cuando la recurrente no hubiera planteado una protesta oportuna respecto de dicha causal durante el procedimiento arbitral<sup>92</sup>. Esta previsión es una manifestación de la conocida doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet, waiver, o estoppel*, en su versión similar anglosajona), y ha sido incorporada en la Ley Modelo<sup>93</sup> y en la *Arbitration Act* inglesa<sup>94</sup>, al igual que en varias legislaciones arbitrales nacionales, tales como las de Bolivia<sup>95</sup>, Italia<sup>96</sup> y Alemania<sup>97</sup>. Este principio también se refleja en diversos reglamentos institucionales de arbitrajes internacionales<sup>98</sup>, dentro de los cuales cabe destacar lo previsto en el artículo 33 del Reglamento de la CCI, que establece:

"Artículo 33. *Renuncia. Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del Tribunal Arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del Tribunal Arbitral o con el desarrollo del proceso, ha desistido de su derecho a objetar.*"

Dicha norma implica una clara aceptación del principio citado precedentemente, según el cual

no le es permitido a una parte interponer objeciones o reclamos después del acaecimiento de alegadas irregularidades con respecto a las cuales dicha parte no presentó ninguna objeción cuando pudo y debió haberlo hecho<sup>99</sup>. Como consecuencia, se ha entendido que la parte que – considerando que el procedimiento fue incorrecto – no ha presentado objeciones oportuna y prontamente, ha renunciado a su derecho a objetar por tales causales.

Este principio no sólo ha sido admitido en las diversas leyes nacionales de arbitraje y en los reglamentos internacionales, sino que también ha sido aplicado, por ejemplo, en la jurisprudencia norteamericana. tal como surge de lo resuelto en el caso *Hunt v. Mobile Oil Corporation*<sup>100</sup>, en el cual la Corte del Distrito Sur de Nueva York sostuvo:

"[Una parte no puede] esperar en una emboscada y luego desperdiciar años de esfuerzo con un gasto de millones de dólares. Una parte no puede permanecer callada, sin efectuar ninguna objeción durante el procedimiento arbitral, y cuando se ha dictado un laudo contrario a ella, quejarse de una situación de la que ya tenía conocimiento desde el principio"<sup>101</sup>.

Indudablemente, la finalidad de esta regla, incorporada en las diversas normativas mencionadas, es enfatizar el marco de buena fe que debe primar en el procedimiento arbitral, evitando toda presentación tardía efectuada de mala fe, lo cual precisamente se configuraría si dicha objeción fuera planteada por primera vez en el procedimiento judicial posterior destinado a atacar el laudo, cuando éste le ha sido desfavorable<sup>102</sup>.

<sup>92</sup> R. Merkin, *ob. cit.*, p. 18 a 26.

<sup>93</sup> Ley Modelo, "Artículo 4. *Renuncia al derecho a objetar. Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.*"

<sup>94</sup> *Arbitration Act*, art. 36: "Si una parte en un procedimiento arbitral toma parte, o continúa tomando parte, en los procedimientos sin hacer, sea inmediatamente o dentro del tiempo que está permitido en el acuerdo de arbitraje o por el tribunal arbitral o por cualquier previsión de esta parte, cualquier objeción (a) de que el tribunal carece de jurisdicción, (b) de que el procedimiento ha sido conducido inadecuadamente, (c) de que ha habido una falla en el cumplimiento del acuerdo arbitral o de cualquier provisión de esta parte, o (d) de que ha habido cualquier otra irregularidad que afecte al tribunal o al procedimiento, no podrá alegar esa objeción posteriormente, ante el tribunal o la corte, a menos que muestre que al momento en que tomó parte o continuaba tomando parte en el procedimiento, no conocía y no podía con razonable diligencia haber descubierto los fundamentos de la objeción".

<sup>95</sup> Ley 1770 de 1997 de Arbitraje y Conciliación de Bolivia, art. 63, III: "Causales de anulación: (...) III. La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación."

<sup>96</sup> Código de Procedimiento Civil de Italia, art. 817: "Excepción de incompetencia: La parte que omite levantar, durante el procedimiento arbitral, la objeción de que los reclamos de la otra parte exceden los límites de la cláusula o el compromiso arbitral, no podrá posteriormente, en base a este fundamento, recurrir para anular el laudo."

<sup>97</sup> Ley de Procedimientos Arbitrales de Alemania, art. 1027: "Una parte que conozca que (...) cualquier requisito acordado bajo el procedimiento arbitral no ha sido cumplido y aún así continúa con el arbitraje sin declarar su objeción a tal incumplimiento sin retraso justificado o, si se establece un plazo límite para ello, dentro de tal período temporal, no podrá plantear esa objeción posteriormente."

<sup>98</sup> International Arbitration Rules de la AAA, art. 25; Reglamento de la LCIA, art. 32 (1); Reglamento de UNCITRAL, art. 30; Reglas de la WIPO, art. 58.

<sup>99</sup> Y. Derains, E.A. Schwartz, *ob. cit.*, p. 949; H. A. Mairal, "La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública", Ed. Depalma, 1988, p. 1 y sgts.

<sup>100</sup> "Hunt v. Mobile Corporation", United States District Court, Southern District of New York, 24 de abril de 1984, 583 F. Supp. 1092 (S.D.N.Y. 1984) y 23 de febrero de 1987, 654 F. Supp. 1487, 1518 (S.D.N.Y. 1987).

<sup>101</sup> Citado por Y. Derains & E.A. Schwartz, *ob. cit.*, p. 349. De allí que este principio haya sido formulado por prestigiosa doctrina de la siguiente forma: "A party may not 'lie in ambush' with an objection to await the decision of the tribunal" (A. Redfern & M. Hunter, *ob. cit.*, p. 223).

<sup>102</sup> Cfr. M. Blessing, "The ICC Arbitral Procedure under the 1998 ICC Rules. What has changed?", The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 8/Nº2, Diciembre 1997, ps.16-36.

## VI. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL CONFORME A LOS CRITERIOS INTERNACIONALMENTE ACEPTADOS<sup>103</sup> Y SUS EFECTOS EN EL PAÍS DE EJECUCIÓN

Como hemos manifestado anteriormente, la tendencia actual que se refleja en las más modernas leyes nacionales sobre arbitraje, tales como la Ley Modelo, la *Arbitration Act* inglesa, o la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, postula una limitada intervención de los jueces de la sede en los procesos arbitrales internacionales.

En el caso de que dicho control judicial se concrete en virtud de un planteo de nulidad del laudo arbitral ya dictado, será necesario efectuar un análisis en diversos grados o niveles a los fines de determinar el alcance y las bases normativas de dicha función revisora. En este punto nuevamente cobra especial relevancia la elección de la sede del arbitraje, ya que la misma determinará no sólo la extensión de la revisión judicial del laudo arbitral, sino también las específicas causales de nulidad que los jueces del país de origen tendrán en cuenta al ejecutar el contralor del laudo, a la luz de las normas de Derecho Internacional Privado del foro de fuente convencional y de las leyes nacionales sobre arbitraje internacional.

### A) Jurisdicción Internacional

El punto inicial de este análisis se vincula con la jurisdicción internacional<sup>104</sup>, esto es, la determinación del país cuyos jueces serán competentes para entender ante una petición de nulidad de un laudo arbitral dictado en el marco de un arbitraje internacional<sup>105</sup>.

En tal sentido, la Convención de Nueva York establece una jurisdicción internacional concurrente o alternativa, fijando la competencia de las autoridades del país en el cual, o conforme a cuya ley, el laudo ha sido dictado<sup>106</sup>.

Cabe mencionar que, en relación a la segunda opción, esto es, la jurisdicción del país conforme a cuya ley se ha dictado el laudo, se ha entendido que hace referencia a la ley procesal aplicable y no a la ley sustantiva en base a la cual se resolverá el fondo de la disputa<sup>107</sup>. En efecto, esto es lo que se resolvió claramente en el caso *Bridas*, en el cual, ante un laudo arbitral internacional dictado en el marco del Reglamento de la CCI, el juez de distrito de Nueva York, *J. Conboy*, rechazó el planteo de nulidad efectuado por *International Standard Electric Corporation*, afirmando que carecía de jurisdicción conforme a la Convención de Nueva York para decidir sobre la validez de un laudo arbitral emitido en México, aun cuando la ley elegida por las partes para resolver la disputa fuera la de Nueva York, ya que la impugnación del laudo debía haberse planteado ante los jueces de México D.F., sede del arbitraje<sup>108</sup>.

En cierto modo para despejar cualquier inconveniente que pudiera plantear dicha jurisdicción internacional concurrente, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripto en Buenos Aires el 23 de julio de 1998 (en adelante, el "Acuerdo de Buenos Aires de 1998") opta por una jurisdicción internacional única, esto es, establece que sólo los jueces del país sede serán competentes para intervenir en dicho contralor, principio que en general ha sido pacíficamente reconocido en la práctica arbitral internacional.

### B) Normativa aplicable

#### 1. Propuesta. Efectos

En este punto, es necesario afirmar claramente que, ante un arbitraje internacional, desarrollado en el marco de un reglamento de arbitraje institucional

<sup>103</sup> "ISA", según sus términos en inglés "*International Standard Annulments*" y conforme a la denominación propuesta por J. Paulsson en "*Enforcing arbitral awards notwithstanding a Local Standard Annulment*", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9/Nº1, Mayo 1998, International Chamber of Commerce, p. 14-31.

<sup>104</sup> Lo atinente a la jurisdicción internacional es considerado por cierta doctrina como parte del Derecho Procesal Internacional (B. Kaller de Orchansky, "*Derecho Internacional Privado*", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, p. 451).

<sup>105</sup> Como criterio estricto, para que exista un arbitraje internacional, se ha exigido que las partes tengan sus domicilios o residencias habituales o sedes centrales de sus actividades en países diferentes (vgr. la Convención Europea de 1961). En el otro extremo se encuentra la posición sostenida por el Derecho Francés, que adopta una visión económica de la "internacionalidad", considerando la naturaleza internacional de la disputa en sí misma, y según la cual el arbitraje internacional es todo aquél que involucre intereses comerciales internacionales (ver art. 1492 Código de Procedimientos Civil Francés).

<sup>106</sup> Convención de Nueva York, Art. V (1)(e).

<sup>107</sup> La frase fue incorporada en la penúltima sesión de la conferencia, a instancias del delegado de la Unión Soviética (ver UN DOC/CONF 26/SR.23).

<sup>108</sup> "*International Standard Electric Corporation v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Industrial y Comercial*", United States District Court, S.D. New York, No. 90 Civ. 0720 (KC), Agosto 24, 1990, 745 F. Supp. 172.

(vgr. CCI, LCIA, etc.), sostenemos que las únicas posibles causales de nulidad deberían ser las que reflejan una seria violación de principios internacionalmente admitidos, contenidos en los dos grupos mencionados *supra*, esto es, (i) falta de jurisdicción del tribunal arbitral; y (ii) debido proceso legal, las cuales coinciden con las causales de rechazo del *exequátur* fijadas en el art. V(1) de la Convención de Nueva York<sup>109</sup>.

Esta postura, más acorde con la realidad arbitral internacional, tiene ciertas consecuencias inmediatas relevantes:

En el país de origen: (a) ante la ausencia una normativa específica destinada a regir sobre los arbitrajes internacionales, implica la inaplicabilidad de cualquier causal local prevista para los arbitrajes domésticos o nacionales, aún por vía analógica; y (b) ante la previsión expresa de otras causales locales aplicables aún frente a laudos internacionales, supone la valoración de que toda declaración de nulidad basada en dichas causales locales tendrá efectos exclusivamente territoriales;

En el país de ejecución: tiene como principal efecto, apoyar el criterio en base al cual un laudo declarado nulo en el país de origen puede igualmente ser ejecutado, no obstante la causal de rechazo del *exequátur* prevista en el art. V(1) (e) de la Convención de Nueva York<sup>110</sup>.

A continuación examinaremos el postulado planteado, distinguiendo sus efectos según se trate de la perspectiva de los jueces del país en el cual se dictó el laudo o de aquellos situados en donde se lo desea ejecutar.

## 2. Análisis

### a) En el País de Origen. Planteo

En este aspecto, el punto de partida surge del marco jurídico determinado por las normas *ius privatistas internacionales* del país sede, lo cual significa que se deberán examinar las convenciones inter-

nacionales en las que dicho país sea parte, entre las que cabe citar a la Convención de Nueva York<sup>111</sup>, además de otras de carácter más regional, tales como la Convención de Panamá de 1975 o las Convenciones surgidas en el marco del Mercosur (particularmente el Acuerdo de Buenos Aires de 1998), en la medida que se encuentren vigentes<sup>112</sup>.

En este punto cabe recordar que la Convención de Nueva York establece, en su artículo V(1), las causas en virtud de las cuales el juez del lugar de ejecución puede rechazar el pedido de reconocimiento o ejecución del laudo arbitral extranjero. Entre dichas causales de rechazo del *exequátur* se encuentra la relativa a la nulidad del laudo arbitral dictada en el país sede, al establecer:

"Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

...e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia" (el resaltado nos pertenece).

Sin embargo, no es posible soslayar que esta norma lamentablemente no contiene ninguna mención de las causales en base a las cuales el juez de la sede pueda declarar dicha nulidad, lo cual significa que la Convención de Nueva York, al igual que la Convención de Panamá de 1975<sup>113</sup>, y a diferencia de la Convención Europea de 1961<sup>114</sup>, no indica cuáles son las causales de nulidad que justifican el rechazo de la ejecución del laudo.

Asimismo, cabe notar que el citado Acuerdo de Buenos Aires de 1998, dictado en el marco del Mercosur, sí contiene una enumeración de las causales en base a las cuales el laudo arbitral puede ser impugnado de nulidad, pero solamente ha sido ratificado por Argentina y recientemente por Brasil<sup>115</sup>.

La ausencia de Convenciones Internacionales aplicables y vigentes en el país sede<sup>116</sup> nos conduce a

<sup>109</sup> Exceptuando obviamente la prevista en su inciso "e", esto es, la declaración de nulidad en el país de origen. Reiteramos que las causales comprendidas en el art. V (2) de la citada Convención (arbitrabilidad y orden público) deben ser objeto de un análisis separado, que va más allá del propósito de este estudio y examinaremos en otra oportunidad.

<sup>110</sup> Esto es, precisamente la nulidad del laudo arbitral declarada en el país en que o conforme a cuya ley ha sido dictado en laudo (Convención de Nueva York, art. VI.e).

<sup>111</sup> Aunque esta Convención, al igual que la de Panamá de 1975, no regulan específicamente sobre las causales de nulidad del laudo arbitral, igualmente deben ser consideradas: (i) como claras pautas interpretativas respecto a dichas causales, a los fines de obtener un sistema de congruencias, tal como veremos *infra*; y (ii) con la finalidad de evaluar las posibles consecuencias en ocasión del *exequátur*.

<sup>112</sup> Dentro de este marco, cabe citar también al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur (aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común n° 5/92), y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros suscripta en Montevideo en 1979.

<sup>113</sup> Convención de Panamá de 1975, art. 5.

<sup>114</sup> Convención Europea de 1961, art. IX (ver *infra* notas 138 y 139).

<sup>115</sup> Acuerdo de Buenos Aires de 1998, art. 22.

<sup>116</sup> Igual camino deberíamos transitar si, estando vigentes normas internacionales de fuente convencional, éstas no tienen prelación respecto a las leyes del país sede.

un segundo nivel de análisis, en el cual debemos examinar las normas nacionales regulatorias del arbitraje comercial internacional vigentes en el país de origen (usualmente, reiteramos, sede del arbitraje) centrándonos nuestra atención en las específicas causales que dichas normas prevén para fundamentar un planteo de nulidad del laudo internacional.

En consecuencia, dentro de este marco, no es posible soslayar el examen de la problemática situación que se produce cuando, ante la impugnación del laudo, los jueces del país de origen consideran aplicables causales de nulidad diferentes a las contenidas en la Convención de Nueva York como causales de rechazo del *exequátur*, en virtud de que entienden:

que la sentencia arbitral, por haber sido dictada dentro del territorio del Estado, constituye un laudo doméstico o interno<sup>117</sup>, por lo cual no le es aplicable, ni por vía analógica, la Convención de Nueva York o cualquier otra normativa internacional de fuente convencional<sup>118</sup>; o

que si bien se trata de un laudo internacional: (a) la regulación legal nacional relativa a los arbitrajes internacionales prevé causales de nulidad basadas en localismos o particularidades domésticas, que difieren totalmente de los principios establecidos en la Convención de Nueva York; o (b) no existen previsiones normativas nacionales específicas sobre el arbitraje internacional, previéndose únicamente causales de nulidad para el arbitraje interno, también influidas por las características locales.

En consecuencia, cabe plantearse, por ejemplo, ¿Qué pasaría, si un laudo internacional institucional dictado en Arabia Saudita es luego declarado nulo por los tribunales judiciales de dicho país en base a la causal netamente local, que exige que los árbitros sean musulmanes? ¿O si se tratase de un laudo dictado en Uruguay, en un arbitraje internacional institucional, en el cual se declara la nulidad por no haber existido una audiencia de conciliación previa, conforme a lo dispuesto en el Código General del Proceso uruguayo para los arbitrajes domésticos? ¿Cómo deberían ser consideradas estas declaraciones de nulidad en el país de ejecución, en el cual las citadas causales no constituyen causas válidas de la nulidad del laudo dictado?

En realidad, veremos que la respuesta a la situación planteada en el punto (ii) (b) precedente, se debería encontrar en el país de origen, mientras que las soluciones a los planteos efectuados en (i) y (ii) (a) sólo se podrán manifestar en el país de ejecución.

En efecto, examinaremos a continuación los criterios que deben tenerse en cuenta para dilucidar la viabilidad jurídica de dichas causales, generalmente previstas para regular arbitrajes domésticos, en relación al planteo de nulidad en el país de origen, para luego considerar los efectos que tendría una eventual declaración de nulidad de un laudo internacional basada en las citadas causas locales, en relación al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otros países.

#### b) Soluciones. Fundamentos

Como primera aproximación, como bien lo ha sostenido *Jan Paulsson*, no debe permitirse que el arbitraje internacional se convierta – por la elección de su sede – en un “campo minado” para los contendientes, especialmente, como sucede en muchos casos, cuando la elección de la sede ni siquiera es efectuada por las partes sino que es determinada directamente por una institución arbitral o por el propio tribunal<sup>119</sup>. Esto significa que la elección del lugar del arbitraje no debería tener como consecuencia la posible aplicación de una causal de nulidad local totalmente extraña a los parámetros internacionales reflejados en la Convención de Nueva York, tal como serían, por ejemplo, la citada exigencia de que los árbitros sean de determinada religión o nacionalidad (tal como ocurre en algunos países musulmanes), o que la cláusula arbitral sea aprobada específicamente, tal como lo requiere el Código Civil italiano<sup>120</sup>, o que el compromiso arbitral sea instrumentado en escritura pública o se haya realizado una audiencia de conciliación previa, tal como lo prevé el Código General del Proceso de Uruguay<sup>121</sup>. Cabe tener en cuenta que las partes, al acordar la vía arbitral para solucionar sus disputas, lo han hecho con la legítima expectativa de que el laudo que se dicte no pueda ser destruido en base a regulaciones locales carentes de sentido más allá de las fronteras del país de origen. Además de ello, la aplicación de dichas causales locales llevaría a extremos realmente absurdos, posibilitando casos como los acaecidos en Austria hasta 1983 – en los cuales el lau-

<sup>117</sup> Como sucede con la Ley Española, que aplica exclusivamente principios territorialistas (Ley nº 36 de 1988, art. 56).

<sup>118</sup> Ver R.S. Belandro, *ob. cit.*, p. 106 y sgts.

<sup>119</sup> Con lo cual poco influye si las partes tenían o no conocimiento de tales exigencias locales cuando la sede fue determinada. Ver J. Paulsson, “Enforcing arbitral awards...”, ps. 14 y 15.

<sup>120</sup> Código Civil de Italia, arts. 1341 y 1342.

<sup>121</sup> Código General del Proceso Uruguayo, arts. 477 y 490, aunque cabe notar que sus disposiciones están destinadas esencialmente a regular el arbitraje doméstico o interno.

do podía ser anulado por no haber sido firmado por todos los árbitros, aunque ello contraría las modernas reglas de arbitraje y los criterios aceptados internacionalmente.

En tal sentido, no soslayamos el hecho de que la Convención de Nueva York no establece las casuales de nulidad del laudo arbitral sino sólo las que habilitan el rechazo del *exequátur*. Sin embargo, no cabe duda alguna de que estas últimas constituyen un invaluable instrumento hermenéutico a los fines de consagrar un sistema de congruencias entre ambas clases de causales, especialmente considerando que no sería lógico admitir un control más riguroso en el país de origen – con el cual en muchos casos no existe ningún punto de contacto salvo la ubicación de la sede, elegida en base a un criterio de neutralidad – que en el país de ejecución, en donde normalmente existen bienes e intereses de las partes, sobre los cuales se hará efectiva la sentencia arbitral. A ello se agrega el hecho de que, cuando los jueces del país de origen efectúan el control judicial del laudo internacional tomando en consideración las particularidades locales del derecho del lugar sede del arbitraje, esto es, sus específicas causales de nulidad, también llamados estándares locales de anulación (“LSA” conforme a sus palabras en inglés “*Local Standard Annulments*”)<sup>122</sup>, originan el peligro concreto de debilitar la fuerza misma de la Convención de Nueva York, al permitir que las particularidades locales frustren las posibilidades de ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. En efecto, la Convención de Nueva York permite a los jueces rechazar un pedido de ejecución de un laudo extranjero si ha sido anulado en su país de origen<sup>123</sup>. Sin embargo, esta norma no discrimina cuál ha sido la causa en base a la cual se declaró dicha nulidad. Como consecuencia de ello, si admitimos que la nulidad del laudo declarada en el país de origen en base a cualquiera de las causales establecidas en la ley de arbitraje de dicho país (incluyendo las típica y exclusivamente locales) encuadra en el citado inciso (e) del Art. V (1) de la Convención de Nueva York<sup>124</sup>, las bases para el rechazo del pedido de ejecución previstas en la citada Convención (art. V) se verían indirectamente incrementadas, ya que por dicha vía in-

gresarían las diversas particularidades de las citadas leyes arbitrales nacionales<sup>125</sup>. Dicha interpretación sin duda alguna se ubicaría en el polo opuesto a los principales fundamentos y objetivos de la Convención de Nueva York, esto es, facilitar la ejecución de los laudos arbitrales (lo cual no se lograría mediante el citado aumento indirecto de las causales de rechazo del *exequátur*) y alejar el arbitraje de la influencia de las leyes locales, buscando cierta uniformidad en este sentido.

En este punto es crucial interpretar adecuadamente dicha Convención, ya que un objetivo central de la misma es liberar el proceso arbitral internacional de la influencia o dominación del derecho del lugar sede del arbitraje<sup>126</sup>. Tal interpretación, como bien lo explica *Jan Paulsson*, se desprende fácilmente si consideramos los avances que esta Convención representó en relación a los denominados Tratados de Ginebra. En efecto, en primer término, el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre Cláusulas Arbitrales establecía que el procedimiento arbitral estaba gobernado por la voluntad de las partes: “y” por la ley del país en cuyo territorio se llevó a cabo el arbitraje<sup>127</sup>. En segundo lugar, la Convención de Ginebra celebrada cuatro años después, en 1927, sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, exigía que dichos laudos fueran “finales”, conforme a lo dispuesto en su país de origen (esto es, que no existiera recurso alguno, conforme a la normativa local, que pudiera atacar o de alguna forma cuestionar la validez del laudo en la sede arbitral)<sup>128</sup>. En la práctica, esto llevó a lo que se conoce como doble *exequátur*, manifestado en la necesidad de obtener el *exequátur* primero en el país sede (para así corroborar el carácter final del laudo) para recién luego solicitarlo en el país de ejecución, con todas las dificultades que ello implicaba.

Dichos inconvenientes, que se encontraban estrechamente ligados al vínculo que en ese momento se le atribuía al arbitraje con la ley de la sede, pudieron ser superados precisamente mediante la Convención de Nueva York. Dicha Convención fue redactada en base al proyecto presentado en 1953 por la CCI ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Si bien el texto finalmente firmado difirió en al-

<sup>122</sup> Los LSA se pueden identificar por oposición a los ISA, lo cual significa que toda causal que no esté prevista en el art. V(1) de la Convención de Nueva York, en sus cuatro primeros incisos, es un LSA (J. Paulsson, “*Enforcing arbitral awards...*”, ps. 14-31).

<sup>123</sup> Convención de Nueva York, art. V (1)(e). Ver nota sgte.

<sup>124</sup> Convención de Nueva York, art. V(1)(e): “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

...e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”

<sup>125</sup> A. J. van den Berg, “*The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation*”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer- Boston, 1981, ps. 19 y sgts.

<sup>126</sup> J. Paulsson, “*Enforcing arbitral awards...*”, p. 18.

<sup>127</sup> Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial, firmado en Ginebra, Suiza, el 24 de septiembre de 1923 (art. 2).

<sup>128</sup> Convención Internacional para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscripta en Ginebra, Suiza, el 26 de septiembre de 1927 (art. 1.d).

gunos matices del original propuesto, igualmente logró superar los obstáculos citados precedentemente ya que: (i) estableció que el procedimiento arbitral está regulado en base a la autonomía de la voluntad de las partes, de tal modo que la ley arbitral del país donde se efectúa el arbitraje sólo se aplica *supletoriamente*, ante el silencio de las partes (esto es, ya no existe igual jerarquía entre lo dispuesto por las partes y la normativa local, como lo establecía el citado Protocolo de Ginebra)<sup>129</sup>, y (ii) eliminó el requisito del carácter "final" que debía tener el laudo arbitral para posibilitar su ejecución (con lo cual se suprimió también el citado doble *exequátur* requerido por la Convención de Ginebra); exigiendo sólo que tuviera carácter obligatorio o vinculante<sup>130</sup>.

Estos grandes avances alcanzados en la Convención de Nueva York demuestran claramente su tendencia en pos de atenuar la influencia de las leyes de la sede arbitral y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros<sup>131</sup>.

La consideración de estos objetivos de la Convención de Nueva York tiene una doble proyección, por un lado, en la sede del arbitraje y a través de la eliminación, reducción o interpretación restrictiva de las causales de nulidad previstas; y por el otro, en el lugar de ejecución, mediante el rechazo de la nulidad declarada en el país de origen en base a una particularidad local<sup>132</sup>.

En este sentido, las previsiones contenidas tanto en la Ley de Bélgica de 1985 como en la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado citadas anteriormente (que prevén la incompetencia de los tribunales nacionales cuando ninguna de las partes tiene domicilio o residencia en dichos países)<sup>133</sup> no hacen más que implementar soluciones concretas concebidas a la luz de los citados objetivos, ya que en ambos ordenamientos normativos, el legislador nacional ha perseguido la finalidad de que los laudos puedan ser ejecutados, dejando de lado las normas locales del país de origen cuando no existe ningún punto de conexión con el foro, salvo la ubicación geográfica de la sede del arbitraje. Similar orientación encontramos en la Ley de Arbitraje de Portugal, que establece una solución específica para los laudos arbitrales internacionales, rechazando la posibilidad de impugnación<sup>134</sup>.

Lo expuesto plantea la imperiosa necesidad, conforme al espíritu y las metas perseguidas en la Convención de Nueva York, de lograr cierta uniformidad

en las leyes nacionales de arbitraje que se base en los principios internacionalmente aceptados y deje de lado las causales locales (tales como las contenidas en la citada y ya derogada ley austríaca o en las normas italianas o uruguayas mencionadas), las cuales sólo deberían ser aplicables en casos de arbitrajes domésticos o nacionales. Esta solución se puede alcanzar (i) mediante normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional (que es lo que sucederá con los países del Mercosur cuando el Acuerdo de Buenos Aires de 1998 entre en vigencia para todos ellos); (ii) a través de normas nacionales que adopten el texto de la Ley Modelo; o (iii) mediante una interpretación judicial restrictiva de las causales de nulidad previstas para los arbitrajes domésticos, a los fines de evitar su errónea extensión a los arbitrajes internacionales.

Ello sería compatible entonces con disposiciones como las contenidas en el Reglamento de la CCI, que especialmente prevé, con respecto al procedimiento arbitral, que el mismo se rige por las normas que el Reglamento o las partes o el tribunal arbitral determinen, "ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje"<sup>135</sup>.

En efecto, *Marc Blessing*, comentando la implementación del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI<sup>136</sup> y en relación al citado artículo, sostuvo:

"Dentro del Grupo de Trabajo existieron discusiones sobre si la última parte de la disposición debería ser cambiada a los fines de hacer más explícito que no se espera que el Tribunal Arbitral haga referencia a ninguna ley de procedimientos nacionales, y en realidad no debería hacerlo. Tal redacción habría indicado más claramente para los árbitros menos experimentados que un arbitraje internacional debería ser conducido bajo las reglas y estándares verdaderamente internacionales, vgr., aquéllos que las partes – vinculadas a los negocios internacionales – esperan, y por lo tanto no debería en ningún aspecto ser conducido bajo reglas nacionales de procedimiento. Sin embargo, el Grupo de Trabajo finalmente consideró que este principio era ya suficientemente conocido a nivel universal en la actualidad, por lo cual no era necesario hacerlo más explícito..."

"...Podemos recordar aquí que la liberación del procedimiento arbitral internacional con respecto a las reglas procesales nacionales es una de las más significativas piedras fundamentales y logros del arbitraje internacional, y mucho del éxito del arbi-

<sup>129</sup> Convención de Nueva York, art. V(1)(d).

<sup>130</sup> Convención de Nueva York, arts. V(1)(e).

<sup>131</sup> J. Paulsson, "Enforcing arbitral awards...", p. 14 a 31.

<sup>132</sup> Tal como se verá *infra* en el punto VI.D.

<sup>133</sup> Ver *supra* notas 50 y 51.

<sup>134</sup> Salvo que las partes acuerden lo contrario. Ver *supra* nota 44.

<sup>135</sup> Reglamento de la CCI, art. 15 (1): Normas aplicables al procedimiento.

<sup>136</sup> Vigente a partir del 1 de enero de 1998.

traje en el mundo y su reconocimiento como el método más confiable de resolución de disputas tiene que ver con ello"<sup>137</sup>.

Esta interpretación también se impone claramente si consideramos que, en el supuesto de que se declarase la nulidad de un laudo internacional en base a las particularidades de la ley local, dicha declaración (i) debería - conforme al citado espíritu y fundamentos de la Convención de Nueva York - ser desestimada por el juez del *exequátur* (quien no se encuentra obligado a admitirla como causal de rechazo del pedido de ejecución, como veremos *infra*), y (ii) implicaría un total desconocimiento de la realidad y de la práctica arbitral internacional, provocando el aislamiento del país elegido como sede arbitral en el ámbito de los arbitrajes internacionales.

Precisamente a los fines de brindar una respuesta a los inconvenientes mencionados, relativos a la declaración de nulidad en el país de origen, se alcanzó una interesante solución en el texto de la ya citada Convención Europea de 1961. Conforme a dicha Convención, para el caso de relaciones entre Estados que también han ratificado la Convención de Nueva York, se considerará que la causal establecida en el art. V(1)(e) de esta última convención, esto es, el rechazo del *exequátur* por haber sido dictada la nulidad del laudo en el país de origen, debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que únicamente comprenderá los casos en que la nulidad ha sido declarada en virtud de las causales que la propia Convención Europea menciona en su art. IX.<sup>138</sup> Cabe notar que dichas causales son esencialmente similares a las contenidas en el art. V.1. de la Convención de Nueva York, previstas para el rechazo del pedido de ejecución (obviamente sin incluir el citado inc. e)<sup>139</sup>.

Con ello se ha buscado un sistema de congruencias entre las causales de nulidad del laudo en el país de origen y las de rechazo del *exequátur* en los otros países miembros de la Convención de Nueva York. De este modo se excluye la posibilidad de que las particularidades locales que pueden dar origen a la nulidad del laudo se consideren incorporadas indirectamente como causales de rechazo del pedido de ejecución<sup>140</sup>. Sin embargo, cabe tener en cuenta que esta solución en sí no implica una limitación de las causales de nulidad que pueda contener la ley de arbitraje de cada país, sino una restricción en cuanto a que todas esas causales puedan considerarse comprendidas dentro de la prevista en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

A la luz de todo lo expuesto, cabe tener en cuenta que si bien este sistema de congruencias debería ser considerado por el juez del país sede a los fines de interpretar restrictivamente las causales de nulidad previstas en las normas nacionales, ello no elimina el riesgo de que, partiendo de un criterio exclusivamente territorialista<sup>141</sup>, dicho juez considere que está frente a un laudo interno, por lo cual soslaya toda consideración relativa a las normas internacionales relevantes. Ante ello, y en definitiva, en la medida que no se alcancen o apliquen algunas de las soluciones legislativas o judiciales propuestas *ut supra*, la "dura realidad"<sup>142</sup> aconseja cumplimentar con todos los requisitos exigidos por la ley de la sede, a los fines de evitar cualquier planteo que cuestione la validez del laudo alcanzado so pretexto de inobservancia de las particularidades normativas locales (y a pesar de que las mismas hayan sido previstas para los arbitrajes internos). Igual sugerencia emana expresamente del art. 6 del Apéndice II del Reglamento CCI<sup>143</sup>.

<sup>137</sup> M. Blessing, *ob. cit.*, ps. 22 y 23.

<sup>138</sup> Convención Europea de 1961: "Artículo IX. Declaración como nula de la sentencia arbitral...2. En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1 del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1, e), del Convenio de Nueva York únicamente a los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1."

<sup>139</sup> Convención Europea, "Artículo IX. Declaración como nula de la sentencia arbitral. 1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contraparte, sólo en el caso de que tal anulación se hubiese llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral, y por una de las siguientes razones: a) La partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes, o en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer sus alegaciones o recursos; c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, entendiéndose empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas; d) La constitución o composición del Tribunal de arbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio."

<sup>140</sup> Especialmente si consideramos la amplitud que puede alcanzar la causal basada en razones de orden público del país de origen.

<sup>141</sup> Tal como sucede en el Derecho Español, que considera que todo laudo dictado en su territorio es un laudo nacional o interno español (art. 56 (2) Ley Española nº 36 de 1988).

<sup>142</sup> G. Sacerdotti, "Il Diritto del arbitro commercial e internazionale ne nuovi regolamenti della camera di commercio internazionale e dell' UNCITRAL", p. 242, citado por R. S. Belandro, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>143</sup> Reglamento de la CCI, Apéndice II, art. 6, Examen previo del Laudo: "Al examinar los proyectos de laudo de conformidad con el artículo 27 del Reglamento, la Corte, en la medida de lo posible, tomará en cuenta las exigencias de las normas imperativas de la sede del arbitraje".

Sin embargo, en algunos casos ni aun siguiendo lo aconsejado precedentemente nos podremos librar de los peligros que encierra una ley nacional cuyas previsiones normativas se encuentran alejadas de los criterios internacionalmente aceptados. En efecto, el conflicto puede alcanzar mayores dimensiones cuando la observancia de la normativa local implique una clara contradicción con lo pactado por las partes en el acuerdo arbitral. En este supuesto los árbitros se encuentran frente al siguiente dilema:

Si se observan las normas imperativas internas respecto al procedimiento arbitral, se obtendrá un laudo válido en el país de origen pero cuya ejecución podrá ser rechazada en virtud de que el citado procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes (causal de rechazo del *exequátur* prevista en el art. V (1) (d) de la Convención de Nueva York); y

Si el procedimiento se desarrolla conforme a lo pactado, dicho laudo será susceptible de ser impugnado por invalidez en el país sede, en virtud de la inobservancia de las previsiones nacionales y en base a causales de nulidad netamente locales, lo cual entendemos que en virtud de una interpretación incorrecta – podría dar lugar al rechazo del *exequátur* (art. V (1) (e) de la Convención de Nueva York).

En estos casos, como veremos en el punto D. *infra*, la solución recae en una adecuada interpretación de la Convención de Nueva York efectuada por el juez del lugar de ejecución<sup>144</sup>.

#### c) Desestimación de las Exigencias Locales relativas a la Validez del Acuerdo Arbitral

La citada conclusión, esto es, que los propios fundamentos y objetivos de la Convención de Nueva York promueven la desestimación de toda exigencia normativa local, propia de las leyes nacionales de arbitraje y generalmente destinada a los arbitrajes domésticos, se corrobora fácilmente al analizar también la validez del acuerdo arbitral a la luz de las propias previsiones convencionales en este aspecto<sup>145</sup>. En efecto, el artículo II de la Convención de Nueva York dispone:

"1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las

diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión 'acuerdo por escrito' denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas..."

En forma acorde con la posición que hemos expuesto, se ha interpretado que el art. II.2 de la Convención de Nueva York constituye una norma uniforme supranacional, que precisamente reemplaza a la ley nacional. Así lo ha sostenido, por ejemplo, la jurisprudencia italiana<sup>146</sup>, entre cuyas sentencias cabe mencionar el caso *Fratelli Casillo*<sup>147</sup> en el cual se atacó la validez de una cláusula arbitral contenida dentro de las condiciones generales de comercio de granos, ya que no había sido aprobada "específicamente" por escrito, conforme a lo exigido por los arts. 1341 y 1342 del código civil italiano. En este punto, la Corte de Apelaciones de Bari sostuvo que:

"El art. II.2 de la Convención constituye una ley especial, que no sólo prevalece sobre el principio general del art. 2º del CPC, sino también sobre las normas generales de los arts. 1341 y 1342 del CC. Esos principios tienen una naturaleza imperativa, pero no pertenecen al orden público internacional, de ahí que puedan ser derogados por Convenciones internacionales"<sup>148</sup>.

Ante ello cabe preguntarse si sería posible exigir más requisitos que los fijados en el art. II de la Convención de Nueva York para determinar la validez de un acuerdo arbitral.

Obviamente que la respuesta es absolutamente negativa. El citado Art. II.2 constituye una norma supranacional que sustituye a las normas nacionales relativas a la forma del acuerdo arbitral. En efecto, como claramente lo expresa Albert van den Berg:

"...la Convención reemplaza toda exigencia mayor impuesta por el derecho interno, 'un tribunal no puede exigir más, pero tampoco aceptar menos de lo dispuesto en el Art. II.2 para la forma del

<sup>144</sup> Cfr: R.S. Belandro, *ob. cit.*, págs. 106 y sgts.

<sup>145</sup> Aunque con distinto fundamento, ya que en el caso de las causales de nulidad, la Convención de Nueva York no las enumera ni especifica, mientras que en lo relativo al acuerdo arbitral sí determina claramente cuál es la forma requerida (por escrito), con lo que sólo resta considerar cómo juega dicha normativa internacional con respecto a las normas de derecho interno del país de que se trate.

<sup>146</sup> Entre otros, cabe citar: "S.p.a. Carapelli (Italia) v. Ditta Otello Mantovani (Italia)", Corte di Appello di Venezia, 26 de abril de 1980, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VII (1982), ps. 340-341; y "Fratelli Variola S.p.a. v. Kampffmeijer S.a.r.l. (Francia)", Corte di Cassazione, 17 de marzo de 1982, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IX (1984), p. 426; también citado por R. S. Belandro, *ob. cit.*, ps. 56 y sgts., en donde se describe claramente la evolución de la jurisprudencia italiana.

<sup>147</sup> "Getreide Import Gesellschaft m.b.H. (RFA) v. Fratelli Casillo (Italia)", ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XI (1986), p. 512.

<sup>148</sup> Fallo de la Corte di Appello di Bari del 28 de noviembre de 1977, confirmado por la Corte di Cassazione el 7 de octubre de 1980, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. VII (1982), ps. 342-344.

acuerdo arbitral<sup>149</sup>. En consecuencia, "los acuerdos arbitrales que ampara la Convención no deben cumplir los requisitos más rigurosos establecidos por el derecho interno de los Estados"<sup>150</sup>.

Si bien esta posición conforma la línea hermenéutica propuesta hasta aquí, no se nos escapa la distinción entre ambas situaciones, esto es, en el caso de las formalidades exigidas para considerar la existencia de un acuerdo arbitral válido, la Convención de Nueva York brinda una solución expresa, reflejada en el citado artículo II, mientras que en el supuesto de las causales de nulidad que justifican el rechazo del *exequátur*, la citada Convención omitió su determinación específica, ya que el inc. "e" del pto. V (1) sólo hace referencia a la declaración de nulidad en el país de origen sin enumerar sus posibles causas.

La mencionada omisión ha sido subsanada mediante la ya comentada solución establecida pocos años después, en la Convención Europea de 1961, en la cual se determinan las causales de nulidad que sí justifican el rechazo del pedido de ejecución del laudo. Sin embargo, los fundamentos expresados en los fallos comentados nos brindan una interesante vía no sólo para valorar la validez de los acuerdos de arbitraje a la luz de la Convención de Nueva York y desde la perspectiva del juez del *exequátur*, sino también para evitar, por parte del juez del país de origen, la indebida extensión a los arbitrajes internacionales de las causales de nulidad previstas para los laudos arbitrales domésticos. En efecto, como bien lo puntualiza el citado fallo de la Corte de Bari, la respuesta que se brinde en este punto se encuentra estrechamente vinculada a la noción que se postule sobre el orden público internacional, entendido como defensa frente a la posible aplicación del derecho extranjero (ya sea una determina ley o una sentencia arbitral) o, como afirmaba Werner Goldschmidt, como la "característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma indirecta"<sup>151</sup>, ya que el derecho extranjero se aplica en la medida que no conculque los principios esenciales del país. Así ha sido sostenido por la Corte Suprema argentina, al afirmar:

*"En los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad de las partes, se encuentra limi-*

*tada por los principios del derecho internacional, que hacen al espíritu de la legislación argentina, y por las normas que revisten carácter internacional imperativo". Las normas imperativas del derecho privado argentino no configuran límite a la autonomía material de las partes de un contrato internacional -en el caso, crédito documentado- para reglamentar éste, así como no impiden la aplicación del derecho extranjero, salvo cuando esas normas coactivas se consideran la esencia misma de algún principio general de orden público (art. 14, inc. 2º, cod. Civil.)<sup>152</sup>.*

En consecuencia, difícilmente se pueda sostener que formalidades como las exigidas en la ley uruguaya o italiana para el acuerdo arbitral formen parte de su respectivo orden público internacional, esto es, el conjunto de principios generales y fundamentales que sustentan el esqueleto socio-jurídico de un país<sup>153</sup> o, conforme a la definición anglosajona, las más básicas nociones de moral y justicia<sup>154</sup>. Por el contrario, en general dichas exigencias sobre el acuerdo arbitral, al igual que la mayoría de las causales de nulidad de carácter típicamente local, son sólo expresiones del orden público interno, inderogable por las partes dentro de los contratos domésticos o en el ámbito de los arbitrajes nacionales, pero que carecen de entidad para formar parte del orden público internacional del foro y, por lo tanto, para desplazar a la normativa internacional relevante.

En efecto, tal como afirma el profesor Pieter Sanders:

*"Más y más vemos una distinción entre orden público doméstico y orden público internacional ganando terreno. La noción de este último es más restrictiva que la de aquél. Orden público internacional, conforme a una doctrina generalmente aceptada se refiere a la violación de concepciones realmente fundamentales del orden legal del país. Por el bien del Arbitraje Comercial Internacional, la distinción entre orden público interno o internacional, es de gran importancia"<sup>155</sup>.*

Del mismo modo entonces debe entenderse claramente que los requisitos de derecho interno aplicable a los arbitrajes domésticos no pueden ser válidos

<sup>149</sup> A. J. van den Berg, *ob. cit.*, p.178-180.

<sup>150</sup> R.S. Belandro, *ob.cit.*, pág. 61, como es el caso de Uruguay, que exige el otorgamiento del compromiso arbitral en escritura pública, o de España o Alemania, que requieren que se otorgue en acto separado.

<sup>151</sup> W. Goldschmidt, "Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia", Ed. Depalma, Bs. As., Sexta ed., 1988, p. 147 y sgts.

<sup>152</sup> CS., 1998/08/25, "La Buenos Aires Cia de Seguros c. Capitán y/o Armador y/o Propietario Buque Gladiator" (LL, 1998-E, p. 16); Primera Instancia Com. Capital, firme, agosto 31-976, "Treviso, Pablo S.A. y otros c. Banco Argentino de Comercio" (ED 77-427).

<sup>153</sup> Ver J. M. Gastaldi, "La Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Argentina en torno del principio de la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Internacionales y de la Reglamentación de éstos" (ED 123-889); A. Boggiano, "Derecho Extranjero y Orden Público", Doctrina Jurídica. 01/06/73: y "Nuestro Panorama del Derecho Internacional Privado Argentino", ED 66-788.

<sup>154</sup> "Public policy", Ver "Parsons & Whittemore Overseas Inc. vs. RAKTA", Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, EE.UU., 23 Dic. 1974, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. 1 (1976), p. 205.

<sup>155</sup> P. Sanders, "Commentary", in 60 Years On, A Look at The Future 364 (1984), citado en "Public Policy and Arbitral Procedure", p. 3, ICCA Congress Series, 1986.

damente extensibles a los arbitrajes internacionales, debiendo limitarse su aplicación al ámbito netamente nacional.

Esto significa, en conclusión, que tanto la elaboración legislativa como la interpretación judicial de las causales de nulidad propias de la normativa interna de cada país (y que podrían justificar el posterior rechazo del *exequátur*, en base al citado artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York) debería ser efectuada restrictivamente, esto es, a la luz de los principios internacionalmente aceptados<sup>156</sup>, con el fin de lograr cierta uniformidad en las legislaciones arbitrales nacionales, que posibilite alcanzar el principal objetivo de la Convención de Nueva York, esto es, facilitar la ejecución de los laudos arbitrales. Cualquier otra decisión estaría vinculada con una peculiaridad local, la cual sólo debería tener efectos nacionales, debiendo ser desestimada por el juez del *exequátur*<sup>157</sup>.

d) En el País de Ejecución: Efectos del Laudo declarado Nulo en el País de Origen. Jurisprudencia

Hasta aquí hemos analizado los criterios legislativos y judiciales que debieran aplicarse en el país de origen para determinar e interpretar las causales de nulidad del laudo arbitral, a la luz del espíritu y de los objetivos de la Convención de Nueva York y de sus posibles efectos en el *exequátur*. Cabe considerar entonces cuáles serían las consecuencias jurídicas de un laudo declarado nulo en base a una peculiaridad local, al momento de solicitarse su reconocimiento o ejecución en otro país miembro de la Convención de Nueva York.

En este punto es necesario indicar que la nulidad del laudo declarada en su país de origen tiene, como efecto inmediato, la imposibilidad de su ejecución en dicho país, pero ello no es igualmente aplicable cuando el laudo anulado en virtud de una causal netamente local necesita ser ejecutado en uno o varios países diferentes al de la sede, en los cuales en general se encuentran los bienes de la parte vencida.

En efecto, el debate relativo a la interpretación del Art. V (1) (e) de la Convención de Nueva York – que se refleja en las decisiones judiciales que comentaremos a continuación – involucra un tema de fundamental importancia en el ámbito de los arbitrajes internacionales, esto es, la adecuada distribución de autoridad sobre los laudos entre el país sede y el país de ejecución<sup>158</sup>.

Dicha distribución tiene también íntima vinculación con el valor que se le otorga a la autonomía de la voluntad. En tal sentido, la comisión de arbitraje internacional de la CCI ya postulaba en 1950 la necesidad de reconocer la importancia de lo acordado por las partes, en base al carácter esencialmente contractual del arbitraje, al sostener:

*"Para que un laudo internacional tenga validez legal, debería ser suficiente que sea dictado de conformidad con el procedimiento fijado por las partes en el acuerdo"*<sup>159</sup>.

En definitiva, el objetivo de liberar a los laudos arbitrales de la ley del lugar de arbitraje fue alcanzado exitosamente, como hemos visto<sup>160</sup>, en la Convención de Nueva York, al no requerirse que el laudo tenga el carácter de "final" para ser ejecutado (basta con que sea obligatorio o vinculante para las partes) y al pactar que la voluntad de las partes regula el procedimiento arbitral (rigiendo sólo subsidiariamente la ley de la sede)<sup>161</sup>.

Sin embargo, la declaración de nulidad en el país de origen del laudo como causal de rechazo del *exequátur*, no pudo ser eliminada en el citado texto legal, lo cual demuestra que se debió ceder en este aspecto a los fines de obtener un documento susceptible de ser aprobado<sup>162</sup>.

En consecuencia, subsiste el principal problema, esto es, la nulidad declarada en el país de origen en base a una causal diferente a las previstas en la Convención de Nueva York para el rechazo del *exequátur* (tal como sucedió en el célebre caso *Chromalloy*, que analizaremos *infra*).

En tal sentido, cabe tener en cuenta que la total eliminación de dicha causal (esto es, el inc. "e" del

<sup>156</sup> Representados por las causales establecidas en los cuatro primeros incisos del punto 1 del artículo V. de la Convención de Nueva York.

<sup>157</sup> De lo contrario, nos encontraríamos ante la siguiente situación: por un lado, el laudo arbitral sería considerado nulo en el país de origen en virtud de la falta de cumplimiento de los requisitos locales referidos al acuerdo de arbitraje; y por el otro, el juez del *exequátur* evaluaría la admisión o rechazo del pedido de ejecución considerando: (a) que el acuerdo arbitral no es válido conforme al derecho interno del país de origen; y (b) que, no obstante lo anterior, el citado acuerdo cumple con los requisitos establecidos en el art. II de la Convención de Nueva York. Esto significa, paradójicamente, que la causal de rechazo del *exequátur* que se invocaría no sería la contenida en el art. V(1)(a) (nulidad del acuerdo arbitral) sino la prevista en el inciso "e" del art. V(1) de la Convención de Nueva York, esto es, la nulidad del laudo arbitral. La admisión de la configuración de tal causal (art. V(1)(e)) por parte del juez del lugar de ejecución implicaría, en nuestra opinión, reconocer una indebida ampliación de las causales de rechazo del *exequátur* previstas en la citada Convención.

<sup>158</sup> R. W. Hulbert, "Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone", *ICSID Review, Foreign Investment Journal*, Vol. 13, N° 1, Spring 1998, ps. 124 a 149.

<sup>159</sup> G. W. Haight, "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Summary Analysis of Record of United Nations Conference May/June 1958 at 36 (1958)", citado por R. W. Hulbert, *ob. cit.*, p. 140.

<sup>160</sup> Aunque no en forma total. Ver *supra* pto. VI.2.2.B.

<sup>161</sup> Convención de Nueva York, Art. V (1) (e) y V (1) (d).

<sup>162</sup> R. W. Hulbert, *ob. cit.*, p. 141.

art. V(1) de la citada Convención)<sup>163</sup> traería la negativa consecuencia (ante un laudo de dudosa validez, conforme a los principios internacionales comentados) de que la parte vencida debería resistir la ejecución del laudo en cada país en donde se lo pretenda ejecutar<sup>164</sup>, lo cual se complica aún más en el caso de que se trate del actor derrotado en el arbitraje, ya que no tendrá *forum* en donde plantear la invalidez del cuestionable laudo. En tal sentido se ha sostenido que el laudo debe ser considerado no sólo bajo la perspectiva del vencedor sino también teniendo en cuenta el punto de vista del vencido que, ante una sentencia arbitral emitida en base a groseras violaciones del principio del debido proceso, debe contar con un medio válido para atacarla en el lugar donde fue dictada<sup>165</sup>.

Una posible solución estaría dada por las previsiones contenidas en la citada Convención Europea

de 1961, en la cual se limitan las causales de nulidad que justifican el rechazo del pedido de ejecución<sup>166</sup>. Esta previsión normativa ha sido propuesta para su consideración ante la eventual reforma de la Convención de Nueva York<sup>167</sup>.

Una sugerencia similar fue analizada en ocasión de la elaboración del proyecto de Ley Modelo. Sin embargo, la comisión encargada de su redacción prefirió no adoptar esta vía, ya que la consideraba demasiado ambiciosa y difícil de aplicar<sup>168</sup>.

En definitiva, como veremos al analizar algunos de los casos más conocidos en la jurisprudencia comparada, en ellos los jueces del *exequátur* han resuelto en favor de la ejecución del laudo – no obstante haber sido declarado nulo por los tribunales judiciales competentes del país de origen – en base a la interpretación de las propias disposiciones de la Convención de Nueva York<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> Esta solución implica un resultado similar a la que sostiene el desplazamiento total del contralor sobre el laudo arbitral al país de ejecución (esto es, la eliminación de la revisión judicial en la sede del arbitraje), posición postulada por prestigiosa doctrina, como hemos visto *ut supra*, que considera al arbitraje internacional como un procedimiento totalmente deslocalizado, esto es, sin ninguna vinculación con un derecho nacional. Esta teoría, si bien atractiva en cuanto implica un absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, sostenida radicalmente puede presentar ciertos inconvenientes, especialmente a la hora de requerirse el auxilio judicial durante el procedimiento arbitral o en ocasión de evaluar la ejecución del laudo, que debe emanar de un país miembro de la Convención de Nueva York para posibilitar su aplicación (en el caso de que el país de ejecución hubiere firmado la citada Convención bajo la reserva de reciprocidad).

<sup>164</sup> A. van den Berg, *ob. cit.*, p. 355.

<sup>165</sup> W.W. Park, "Judicial Control in the Arbitral Process", 63 Tulane Review 647 (1989).

<sup>166</sup> Ver *supra* notas 138 y 139.

<sup>167</sup> P. Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 13 Int'l Lawyer 269, p. 276; y A. van den Berg, *ob. cit.*, p. 355, citadas ambos por R.W. Hulbert, *ob. cit.*, p. 142.

<sup>168</sup> H. Holtzmann y J. Neuhaus, "A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary", Ed. Deventer, Boston, 1989.

<sup>169</sup> Conforme a la opinión de A.J. Van den Berg, existen pocos casos en los cuales el laudo ha sido declarado nulo en el país de origen. Sin embargo, este tema ha recibido mucha atención en virtud de las decisiones alcanzadas en los casos que se analizarán a continuación. Ver, entre otros, E. Bajons, « Enforcing Annulled Arbitral Awards – A Comparative View », 7 Croat. Arb. Y. B. 55 (2000); T. Carbonneau, "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention", 6 Tul. J. Int'l & Comp. L. 277 (1998); R.Y. Chan, "The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy", 17 B. U. Int'l L. J. 141 (1999); K. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 37 Tex. Int'l L. J. 43 (2002); C.R. Drahozal, "Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach", The American Review of International Arbitration, Vol. 11, No. 4, 2000, ps. 452, 462 y sgts.; D.H. Freyer, « United States Recognition and Enforcement of Annulled of Foreign Arbitral Awards : The Aftermath of the Chromalloy Case », 17 (2) J. Int'l Arb. 1 (2000); D.H. Freyer & H.G. Gharavi, « Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards: From « Double Exequatur » to the Enforcement of Annulled Awards : A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity » 13 ICSID Rev.- Foreign Inv. L. J. 101 (1998); E. Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Spring 1999; E. Gaillard, "Enforcement of a Nullified Foreign Award", 218 N. Y. L. J., Oct. 2, 1997; B.H. Garfinkel & J. Gardiner, "A Blow to the New York Convention? United States Courts Refuse to Enforce Awards that have been Nullified in the Country of Origin", 15 (2) INTL. Arb. Rep. 34 (2000); H. G. Gharavi, "Chromalloy: Another View", 12 Mealey's Int'l Arb. Rep. Nº 1, Jan. 1997, y "The Legal Inconsistencies of Chromalloy", 12 Mealey's Int'l Arb. Rep., Nº 5, May 1997; R. W. Hulbert, "Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone", ICSID Review, Foreign Investment Journal, Vol. 13, Nº 1, Spring 1998; D.B. King, "Enforcing Annulled Awards: US Courts Chart Their Own Course", 15 (1) Int'l Arb. Rep. 15 (2000); P. Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", 16 (2) J. Int'l Arb. 25 (1999); R.M. Mosk y R.D. Nelson, "The Effects of Confirming and Vacating an International Arbitration Award on Enforcement in Foreign Jurisdictions", Journal of International Arbitration, Vol. 18, No. 4, 2001, p. 463; L. W. Newman & M. Burrows, "Setting Aside Arbitral Awards Under the New York Convention", N.Y.L.J., Nov. 18, 1997; W.W. Park, "Duty and Discretion in International Arbitration", 93 AM. J. Int'l L. 805 (1999); W.W. Park, "Judicial Control in the Arbitral Process", 63 Tulane Review 647 (1989); J. Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin" (1981) 30 Int. & Comp. L.Q. 358 (1981) y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters" 32 Int. & Comp. L.Q. 53 (1983); J. Paulsson, "Enforcing arbitral awards notwithstanding a Local Standard Annulment", The ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 9/Nº 1, Mayo 1998, International Chamber of Commerce; J. Paulsson, "The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration", 21 Virginia Journal of International Law; J. Paulsson, "The case for disregarding Local Standard Annulments under the New York Convention" (1996), The American Review of International Arbitration (Columbia University); J. Paulsson, "Rediscovering The N. Y. Convention: Further Reflections on Chromalloy", 12 Mealey's Int'l Arb. Rep. Nº 4, Apr. 1997; D.W. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", Congreso ICCA, París, 1998; G. H. Sampliner, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment in their Country of Origin", 11 Mealey's Int'l Arb. Rep. Nº 9, Sept. 1996; K. Sakko, "Recognition and Enforcement of Foreign Annulled Awards: A Dilemma", 7 Croat. Arb. Y. B. 71 (2000); E.A. Schwartz, "A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine", Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 2, 1997; A.J. Van den Berg, "The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer- Boston, 1981; P. Wahl, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin: The Chromalloy Case Revisited", 16 (4) J. Int'l Arb. 131 (1999).

En efecto, dentro de este marco resulta ilustrativo el antecedente del célebre caso *Chromalloy*<sup>170</sup>, que involucró la ejecución en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia de un laudo arbitral emitido en Egipto, no obstante haber sido anulado por la Cámara de Apelaciones de El Cairo. La controversia que originó el arbitraje se basó en la resolución de un contrato en virtud del cual *Chromalloy Aeroservices Inc.*, una empresa norteamericana, debía proveer determinados servicios a la fuerza aérea egipcia. El tribunal arbitral sostuvo por mayoría que el contrato había sido rescindido infundadamente. En consecuencia, el laudo, que involucraba una suma de US\$16.2 millones más intereses, fue pronunciado en contra de la República Árabe de Egipto y a favor de la empresa *Chromalloy*, en 1994.

Poco tiempo después, la compañía americana solicitó la confirmación del laudo ante la Corte Federal de Distrito en Washington D.C., mientras que, por otro lado, el Estado Egipcio interpuso una acción de nulidad ante la Cámara de Apelaciones de El Cairo.

Dicho tribunal egipcio analizó el pedido de nulidad del laudo arbitral a la luz de las causales previstas en la Ley de Arbitraje Egipcia de 1994 que, en este puntual aspecto, se aparta de lo indicado en la Ley Modelo y prevé dos específicas causales locales de nulidad de laudos arbitrales. Una de ellas es el error por parte del tribunal arbitral en la aplicación del derecho elegido por las partes para resolver la controversia<sup>171</sup>. En efecto, la Cámara de Apelaciones egipcia consideró que el contrato en cuestión encuadraba dentro de la categoría de contratos administrativos, por lo cual —dado que las partes contractualmente establecieron la aplicación del derecho egipcio— entendió que se debió aplicar el derecho administrativo egipcio y no su Código Civil (que es el que había aplicado el tribunal arbitral, aunque cabe notar que ninguna de las partes alegó que de ese modo se habría alcanzado un resultado diferente). En consecuencia, el tribunal egipcio consideró que existió un error en

la aplicación del derecho elegido por las partes y en base a dicha causal local, en diciembre de 1995, declaró la nulidad del laudo.

Ante esta situación, la Corte Federal del Distrito de Columbia en Washington se encontraba frente a la siguiente disyuntiva: ordenar la ejecución del laudo, desestimando la nulidad ya dictada, o rechazar el *exequatur* en virtud de la anulación resuelta previamente por la corte egipcia. En julio de 1996 se pronunció en favor de la ejecución.

La jueza June Green apoyó su decisión en el hecho de que los laudos arbitrales sólo pueden ser declarados nulos, conforme a la normativa norteamericana<sup>172</sup>, en muy limitadas circunstancias, no encontrando ninguna de ellas en el caso *sub examine*. En tal sentido, entendió que, en el peor de los escenarios, la decisión del tribunal arbitral constituía un error de derecho y ello no estaba sujeto a revisión ante dicha corte americana<sup>173</sup>.

Además, consideró también que el Artículo V de la Convención de Nueva York, que establece las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, no impone la obligación de denegar la ejecución cuando el laudo ha sido declarado nulo en el país sede del arbitraje, sino que dicha decisión es discrecional del juez, ya que dicha norma claramente indica "...se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia..." (y no "deberá")<sup>174</sup>.

A ello se suma, como argumento concluyente y en forma opuesta a lo anterior, que el Artículo VII de la citada Convención sí impone, con carácter imperativo y no discrecional, la concesión de la ejecución en los casos en que las leyes del país resulten más favorables a la ejecución (lo cual es conocido como el principio de la "*ley más favorable*")<sup>175</sup>.

Decisiones como la de la Corte de Columbia en el caso *Chromalloy* fortalecen los citados objetivos de la propia Convención, tendientes a "facilitar la ejecución de laudos extranjeros estableciendo un estándar obligato-

<sup>170</sup> *Chromalloy Aeroservices Inc. (US) v. Arab Republic of Egypt (Egypt)*, United States District Court, District of Columbia, 31 de julio de 1996, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXII, 1997, ps. 1001-1012, 6 939 F. Supp. 907; y "*Chromalloy Aeroservices Inc. (US) v. Arab Republic of Egypt (Egypt)*", Cour d'appel de Paris, 14 de enero de 1997, ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXII, 1997, ps. 691-695. Ver D.W. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", Congreso ICCA, París, 1998.

<sup>171</sup> Ley de Arbitraje de Egipto, art. 53(1)(d). La segunda causal específica local es establecida mediante una elaboración circular y netamente confusa, al disponer, como causal de nulidad del laudo, el hecho de que el laudo mismo o los procedimientos de arbitraje que afecten al laudo contengan violaciones legales que causen la nulidad. Las traducciones al inglés y francés no esclarecen este punto.

<sup>172</sup> Art. 10 de la originaria Ley de Arbitraje de 1925, actualmente Cap. 1 del Título 9 del *US Code*. Si bien la aplicación del capítulo 1 de la *Federal Arbitration Act* ha originado ciertas críticas, ya que dichas normas serían aplicables a los arbitrajes domésticos y no a los realizados fuera de los Estados Unidos, cabe puntualizar que en realidad se llegaría a la misma solución alcanzada en el fallo mediante la invocación del capítulo 2, considerando que las partes habían pactado el carácter final del laudo y su irrecurribilidad (R. Mosk & R. Nelson, *ob. cit.*, p. 4 y sgts.).

<sup>173</sup> "*Chromalloy*", 939 F. Supp. 911.

<sup>174</sup> "*Chromalloy*", 939 F. Supp. 910. Lo mismo se refleja en la versión en inglés, oponiendo "may" y "shall". Ha sido discutido si igual interpretación se puede inferir de la versión en francés, pero ha prevalecido la posición mencionada, ya que coincide con las versiones en chino, ruso y español, y por lo tanto prevalece conforme a los principios aplicables a los tratados redactados en varios idiomas, todos oficiales (Convención de Viena del 23 de mayo de 1969).

<sup>175</sup> Convención de Nueva York, art. VII: "1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque".

rio mínimo de ejecución y un régimen comprensivo y unitario”<sup>176</sup>. Por ello el citado Artículo VII aclara la cuestión dando preferencia a la ley local o a algún Tratado si fueran más favorables a su ejecución<sup>177</sup>. Dentro de este marco, se ha sostenido que la resolución dada por la jueza J. Green implica una nueva posición frente al problema de la ejecución de las sentencias arbitrales declaradas nulas en el país sede, conforme a la cual se debe dar preeminencia a lo acordado por las partes, de tal modo que un laudo declarado nulo en el país de origen podría no obstante ser ejecutado en los Estados Unidos siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la ley estadounidense para ejecutar los laudos arbitrales y, además, las partes hayan pactado en el contrato la irrecurribilidad del laudo<sup>178</sup>.

Una posición similar ha sido reflejada también en otras decisiones jurisprudenciales, especialmente, en el ámbito del derecho francés<sup>179</sup> - que siempre se ha inclinado a favor de una concepción universalista del arbitraje, reduciendo el rol de las particularidades locales - cuyos jueces han establecido en diversos casos que un laudo anulado en el país de origen puede ser ejecutado en Francia si se cumplimentan las previsiones de la ley francesa, que no consideran a la nulidad como una de las causales de rechazo del *exequatur*<sup>180</sup>, siendo por lo tanto más favorable a la ejecución<sup>181</sup>.

Esta línea de pensamiento ha sido establecida claramente por la jurisprudencia francesa y se ha plasmado en tres decisiones judiciales<sup>182</sup>:

El caso *Norsolor*:

Se originó en una resolución de un contrato de agencia comercial celebrado entre la empresa france-

sa *Norsolor* (previamente “*Ugilor*”) y la compañía turca *Pabalk*. El tribunal arbitral CCI tuvo como sede la ciudad de Viena y resolvió en contra de *Norsolor*, aplicando la *lex mercatoria* ante la falta de elección del derecho aplicable por las partes<sup>183</sup>. Sin embargo, el laudo dictado en Austria fue anulado parcialmente en enero de 1982 por la Corte de Apelación de Viena, en virtud de que se fundaba en la *lex mercatoria*, y no en la ley de un Estado determinado<sup>184</sup>. En Francia, el Tribunal de *grande instance* de París había ya reconocido el laudo en 1980 y rechazado la apelación planteada<sup>185</sup>.

Posteriormente y considerando la nulidad declarada en Viena, la Corte de Apelación de París revocó la decisión del Tribunal de *grande instance* en base a la causal de rechazo del *exequatur* prevista en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York (nulidad del laudo arbitral), por lo cual rechazó la ejecución del laudo en noviembre de 1982<sup>186</sup>.

Finalmente, en 1984, la *Cour de Cassation* francesa revocó esta última decisión basada en que, conforme al artículo VII de la Convención de Nueva York, el foro de ejecución tiene el deber de determinar si su propia ley permite la ejecución sin tener en cuenta las causales de rechazo del *exequatur* previstas en el Artículo V de la Convención. Conforme a dicho criterio - esto es, el principio de la ley más favorable - el laudo cuya nulidad había sido dictada en Viena, podía ser ejecutado conforme a la ley francesa<sup>187</sup>.

(ii) La conocida saga del caso *Hilmarton*:

Este segundo caso ilustra la línea jurisprudencial seguida en el Derecho Francés, y se desarrolla en el marco de un arbitraje CCI con sede en Ginebra, en el cual se llegaron a dictar dos laudos contradictorios,

<sup>176</sup> E. A. Schwartz, “A Comment on *Chromalloy: Hilmarton à l’américaine*”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 2, 1997, ps. 125-136.

<sup>177</sup> La decisión tomada en *Chromalloy* ha generado cierto debate, con prestigiosas opiniones a favor (vgr. G. H. Sampliner, J. Paulsson, y E. Gaillard); y otras en contra (vgr. H. G. Gharavi, E.A. Schwartz, quien sostiene que la normativa norteamericana no constituye una “ley más favorable” dentro del significado de la Convención de Nueva York (ver nota 168 *supra*)).

<sup>178</sup> Ver C.R. Drahozal, “Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach”, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, No. 4, 2000, ps. 452, 462 y sgts.). Si bien en otros casos en los Estados Unidos se ha decidido rechazando la ejecución de un laudo declarado nulo en el país de origen, en ellos se ha distinguido la diferente situación existente en relación a *Chromalloy*, ya que en éste el contrato establecía expresamente que el laudo sería final y obligatorio y no estaría sujeto a ningún tipo de apelación o recurso (ver *Baker Marine Ltd. v. Chevron Ltd.*, 191 F3d 194 (2d Cir. 1999); y *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F.Supp.2d 279, 282 (S.D.N.Y. 1999)).

<sup>179</sup> A partir del año 1984.

<sup>180</sup> Arts. 1498, 1504 y 1502 del Código de Procedimiento Civil de Francia, Libro IV, Títulos V y VI. Cabe tener en cuenta que el art. 1498 establece que los laudos emitidos en el extranjero o en un arbitraje internacional (esto es, aquél que involucra intereses comerciales internacionales, según el art. 1492) serán reconocidos y ejecutados en Francia en la medida que la existencia del laudo sea debidamente establecida y no sean manifiestamente contrarios al orden público internacional. Asimismo, el art. 1504 establece como causales de nulidad a las mismas previstas para apelar la decisión de otorgar el reconocimiento o ejecución (art. 1502), las cuales siguen los lineamientos fijados por los criterios internacionalmente aceptados.

<sup>181</sup> E. Gaillard, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>182</sup> Para una clara explicación de cada una de ellas, ver E. Gaillard, *ob. cit.*, p. 17 y sgts.

<sup>183</sup> Laudo CCI No. 3131, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. IX (1984), ps. 109 a 110.

<sup>184</sup> Resolución judicial del 29 de enero de 1982 (1983 Rev. Arb. 472).

<sup>185</sup> La decisión en favor de la ejecución del laudo fue dictada el 4 de febrero de 1980, mientras que el rechazo de la apelación tiene fecha más de un año después, el 4 de marzo de 1981 (1983 Rev. Arb. 466).

<sup>186</sup> Sentencia del 19 de noviembre de 1982 (1983 Rev. Arb. 472).

<sup>187</sup> *Pabalk (Tocaret Sirketi) v. Norsolor (S.A.)*, *Cour de Cassation* francesa, 9 de octubre de 1984, 112 J. Dr. Int. 679 (1984), traducción inglesa en 24 *Int. Legal Materials* 360 (1985). En realidad, conforme al art. 12 del Código de Procedimiento Civil Francés, la decisión de la *Cour de Cassation* remitía la cuestión a la Corte de Apelación para que ésta determinara concretamente las condiciones en base a las cuales un laudo nulo podía ser ejecutado de acuerdo con la ley francesa. Sin embargo, nunca se llegó a esa instancia ya que la Corte Suprema Austriaca revocó finalmente la decisión de la Corte de Apelación de Viena que declaraba la nulidad del laudo.

el primero de ellos declarado nulo en la sede pero igualmente reconocido en Francia.

La controversia se centraba en el pago de una comisión por parte de la empresa francesa *Omnium de Traitement et de Valorisation* ("OTV") a una compañía inglesa, *Hilmarton Ltd.* ("Hilmarton") por la obtención de un contrato en Algeria.

El primer laudo, de abril de 1988, sostuvo que tal comisión no era debida ya que la ley de Algeria prohibía el pago a intermediarios para tales fines<sup>188</sup>. Este laudo fue reconocido en Francia en febrero de 1990, en base a la decisión del Tribunal de *grande instance* de París. Paralelamente, *Hilmarton* obtuvo la declaración de nulidad en noviembre de 1989 por parte del juez del Cantón de Ginebra<sup>189</sup>, la cual fue ratificada por el Tribunal Federal suizo en abril de 1990<sup>190</sup>. Esto significa que este primer laudo, luego de haber sido reconocido en Francia, fue declarado nulo en la sede del arbitraje. En consecuencia, ante la apelación de la citada decisión judicial francesa, la Corte de Apelación de París debía decidir sobre la ejecución en territorio francés de un laudo nulo conforme a las autoridades judiciales suizas. En diciembre de 1991 confirmó la decisión en favor de la ejecución, la cual posteriormente también fue ratificada por la *Cour de Cassation* en marzo de 1994. Dichas decisiones judiciales se basaron en dos argumentos fundamentales:

La aplicación del principio de la ley más favorable, previsto en el art. VII de la Convención de Nueva York, que remite la solución al propio Derecho Francés (que no prevé a la nulidad del laudo declarado en el país de origen como causal de rechazo del pedido de ejecución)<sup>191</sup>;

El reconocimiento y ejecución en Francia de un laudo declarado nulo en otro país no implica ninguna violación del orden público internacional francés (el cual sí ha sido previsto como causal de rechazo en el art. 1502 de Código de Procedimiento Civil Francés)<sup>192</sup>.

A todo lo explicado precedentemente, es necesario agregar la descripción de otros acontecimientos simultáneos o posteriores. En efecto, un segundo tribunal arbitral con sede también en Suiza emitió otro laudo (habiendo sido anulado el primero), pero esta vez a favor de *Hilmarton*, reconociendo su derecho a la comisión. Tanto el Tribunal de *grande instance* de

Nanterre (en febrero de 1993) como la Corte de Apelación de Versalles (en junio de 1994) reconocieron este laudo y la nulidad del primero.

Finalmente, ante la insostenible situación dada por dos laudos contradictorios ejecutables en Francia, la *Cour de Cassation* francesa revocó las decisiones de la Corte de Apelaciones de Versalles en base al principio de *res iudicata*<sup>193</sup>, de tal modo que la existencia de la primera sentencia francesa impedía el reconocimiento posterior de una decisión extranjera, judicial o arbitral, incompatible. Esto significa que subsistió la decisión a favor de la ejecución en Francia del laudo que había sido declarado nulo en Suiza, con lo cual finalmente se eliminó toda contradicción e incertidumbre<sup>194</sup>.

### (iii) El caso *Chromalloy*:

La línea jurisprudencial francesa sentada en *Norsolor* y *Hilmarton* fue ratificada en este caso. En efecto, un criterio similar al adoptado por la Corte de Columbia fue seguido por la Corte de Apelación de París, a la cual el Estado Egipcio solicitó la revisión de la decisión, en favor del *exequatur*, tomada por un tribunal inferior francés en mayo de 1996. El Estado Egipcio basó su petición en el Tratado de Cooperación Judicial Franco-Egipcio de 1982, en virtud del cual se concede la ejecución de laudos arbitrales dictados en algunos de los países signatarios de conformidad con lo establecido en la Convención de Nueva York. La citada Corte de Apelación francesa sostuvo, en enero de 1997, que dicha remisión comprendía también al principio establecido en el citado artículo VII de la Convención de Nueva York y, considerando que la ley francesa era más favorable a la ejecución del laudo que la propia Convención - ya que no incluye a la anulación del laudo en el extranjero como causal para denegar su ejecución en Francia y ninguna de las condiciones establecidas en la ley francesa para rechazar la ejecución se presentaba en este caso<sup>195</sup> - concluyó que los jueces franceses debían aplicar la ley francesa para así posibilitar la ejecución del laudo. De este modo se confirmó la posición sostenida por los tribunales franceses en los casos anteriores<sup>196</sup>.

A la luz de las tres decisiones judiciales comentadas (*Norsolor*, *Hilmarton* y *Chromalloy*) quedó claramente establecido que la declaración de nulidad del

<sup>188</sup> Laudo CCI No. 5622 (1993 Rev. Arb. 327).

<sup>189</sup> En base a la causal de "arbitrariedad", que posteriormente fue eliminada (1993 Rev. Arb. 315).

<sup>190</sup> 1993 Rev. Arb. 342.

<sup>191</sup> Conforme al art. 1502 del Código de Procedimiento Civil Francés.

<sup>192</sup> 1994 Rev. Arb. 327-328.

<sup>193</sup> Art. 1531 Código Civil Francés.

<sup>194</sup> *Hilmarton Ltd. (Reino Unido) v. Omnium de Traitement et de Valorisation OTV (Francia)*, 1994 Rev. Arb. 327, extractos en inglés en 20 *Yearbook Commercial Arbitration* 663 (1995). J. Paulsson califica a este caso como extraño e inusual, "un rinoceronte blanco de dos cabezas que atrae nuestra atención, pero no implica un peligro para nuestro diario camino al trabajo" ("Rediscovering...", p. 20).

<sup>195</sup> Art. 1502 del Código de Procedimiento Civil Francés.

<sup>196</sup> *Norsolor* y *Hilmarton*.

laudo arbitral por parte del país sede, no constituye una causal de rechazo de su ejecución en Francia<sup>197</sup>.

Detrás de los argumentos citados se encuentra en realidad el fundamento, expresado claramente por la *Cour de Cassation*, de toda la posición mantenida por la jurisprudencia francesa en este punto, que sostiene que un laudo internacional no está integrado ni forma parte del orden legal del país de origen, razón por la cual su existencia continúa a pesar de haber sido anulado por las autoridades judiciales de dicho país<sup>198</sup>, con el cual sólo lo vincula la ubicación geográfica de la sede. Esto significa que sólo los laudos sobre asuntos domésticos, entre partes domiciliadas en ese país y en relación a asuntos que no afecten al comercio internacional, serían totalmente inválidos en caso de declararse su nulidad en el país de origen<sup>199</sup> (ya que la ley francesa define a los arbitrajes internacionales en forma amplia, como aquéllos que involucren intereses comerciales internacionales).

Además de la recepción de los principios comentados, basados en los arts. V y VII de la Convención de Nueva York, por parte - en su mayoría - de los tribunales franceses, cabe también mencionar el citado caso *Gotaverken*, en el cual la Suprema Corte Sue-

ca, en 1979, hizo lugar a la ejecución de un laudo CCI, desestimando el argumento basado en la existencia de una impugnación pendiente, en contra del laudo, en Francia (sede del arbitraje). La citada Corte entendió que el laudo dictado en el marco de un arbitraje CCI era vinculante desde el mismo momento en que había sido dictado, y esa situación no se veía alterada por los recursos pendientes en Francia. De este modo, como claramente lo sostiene *Jan Paulsson* en sus comentarios sobre el rol de los tribunales suecos en el arbitraje internacional, la decisión de la Suprema Corte Sueca indica que el juez de la ejecución tiene la prerrogativa de aplicar sus propias nociones y no debe ceder ante los tribunales del lugar del arbitraje<sup>200</sup>.

Por último<sup>201</sup>, cabe citar también el caso *Hebei*, en el cual la Corte de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, en 1999, confirmó la validez de un laudo impugnado, con fundamento precisamente en el carácter discrecional - invocado en *Chromalloy* por la jueza J. Green - que establece el artículo V(1) de la Convención de Nueva York ("... podrá negar el reconocimiento..."<sup>202</sup>)<sup>203</sup>.

En definitiva, a la luz de las decisiones jurisprudenciales comentadas y considerando las

<sup>197</sup> En virtud de ello, A.I. van den Berg llegó a afirmar: "Si un laudo es anulado en el país de origen, la parte puede aún probar su suerte en Francia (Consolidated Commentary, 19 Yearbook Commercial Arbitration 475, 592 (1994)).

<sup>198</sup> E. Gaillard, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>199</sup> E. Gaillard, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>200</sup> J. Paulsson, "The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration", 21 Virginia Journal of International Law, ps. 211 y sgts.

<sup>201</sup> A los fines ilustrativos, también se pueden mencionar los casos siguientes:

- (i) *Société Européenne d'Études et d'Enterprises v. République Fédérale de Yougoslavie*: El laudo fue dictado en 1956 por un tribunal de dos miembros con sede en Lausana. En 1957, una corte suiza declaró que esta decisión no constituía un laudo arbitral conforme a la definición de la legislación local. Sin embargo, muchos años después, el 13 de noviembre de 1984, la Corte de Apelación de Rouen sostuvo su ejecutabilidad en Francia (115 Rev.Arb.1985), traducción inglesa en 24 *Int. Legal Materials* 345, 1985);
- (ii) *Sonatrach v. Ford, Bacon and Davis Inc.*: En este caso, el laudo fue dictado en el marco de un arbitraje de la CCI, con sede en Argel y a favor de la parte estadounidense demandada. La Corte de Primera Instancia de Bruselas, el 6 de diciembre de 1988, admitió su ejecución en Bélgica a pesar de haber sido anulado (*infirmée*) por la Corte de Apelación de Argel, basado en el hecho de que la Convención de Nueva York era inaplicable, considerando que Argel accedió a ella posteriormente a que el laudo fuera dictado, y no se había demostrado ninguna causal de rechazo de la ejecución conforme a la ley belga. (no publicado, extractos en traducción inglesa en 15 Yearbook Commercial Arbitration 370, 1990);
- (iii) *Ministry of Public Works of Tunisia v. Société Bes Frères*: En este caso el laudo fue ejecutado en Francia conforme al fallo de la Corte de Apelación de París, dictado el 24 de febrero de 1984, no obstante la decisión de una corte tunecina declarando que la cláusula arbitral era nula y sin validez. (275 Rev. Arb. 1995, extractos en inglés en 22 Yearbook Commercial Arbitration 682, 1997).

Por otra parte, cabe también mencionar que tribunales de Holanda y Alemania han rechazado el pedido de ejecución de laudos declarados nulos en algunos casos (ver "Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd./Arab Republic of Egypt", Rb., Ámsterdam, 12 de julio de 1984, 10 Yearbook Commercial Arbitration 487 (1985); y "BGH", 26 de febrero de 1991, 17 Yearbook Commercial Arbitration 513 (1992)).

<sup>202</sup> En oposición a "deberá"; igualmente sucede en la versión inglesa, como afirmáramos anteriormente, entre los términos "may" y "shall" (*Hebei Import & Export Corporation (PR China) v. Polytek Engineering Company Limited (Hong Kong)*, 14 Mealey's International Arbitration Report (1999, n. 2)).

<sup>203</sup> En contra de la posición sostenida esencialmente por la jurisprudencia francesa, se encuentra la postura tradicional, conforme a la cual toda declaración de nulidad en el país de origen encuadra como causal de rechazo del exequátur según lo dispuesto en el art. V(1)(e) de la Convención de Nueva York. En tal sentido, A.J. van den Berg sostiene que el fundamento subyacente de esta regla está dado por la concentración, en el lugar del arbitraje, del control judicial sobre el proceso arbitral. Conforme a la opinión de dicho prestigioso autor, la ventaja de esta perspectiva es que si el laudo ha sido anulado en el país de origen, no se intentará ejecutarlo ya que será rechazado en base al art. V(1)(e) de la Convención de Nueva York. El riesgo de que un laudo sea declarado nulo en base a "una causal descabellada" en la sede del arbitraje es "el precio que debe ser pagado por la simplicidad y predictibilidad" de este enfoque (A.J. van den Berg, *Enforcement of Annulled Awards?*, ICC Int. Ct. Arb. Bull., Nov. 1998, p. 15.). P. Sanders, *ob. cit.*, p. 276. De acuerdo con G.W. Haight, no existía ninguna diferencia en relación a la nulidad. Esta posición es consistente con lo expresado por F. Mann, quien afirma que "está en el interés máximo del Estado (...) el mantener el principio de revisión judicial del arbitraje no sólo para desarrollar la legislación, sino también para asegurar la administración de justicia y así evitar el riesgo de arbitrariedad", ya que "cada arbitraje está sujeto a un sistema específico de legislación nacional", en "Private Arbitration and Public Policy", 4 Civ. Just. Q. 257, 267 (1985); ver también "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Donke* 157, 159 (1967). Ver también Y. Derains, Foreword, "Hommage à Frederic Eisemann", *The American Review of International Arbitration*, n° 2 (1996), p. 99, citado por A. Redfern and M. Hunter, *ob. cit.*, p. 468; y H.G. Gharavi, "The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award", Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2002.

opiniones doctrinarias citadas, entendemos que la respuesta adecuada a la problemática planteada en torno al alcance del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, radica indudablemente en la correcta labor hermenéutica que efectúe el juez del *exequátur*. En otras palabras, si preguntáramos cuál debería ser entonces la reacción de un tribunal al que se le solicitara la ejecución de un laudo que fue declarado nulo en el país de origen en base a una causal netamente local, la respuesta debería estar ligada a uno de los objetivos de la citada Convención de Nueva York, esto es, facilitar la ejecución del laudo y liberar al procedimiento internacional de la dominación de la ley del lugar sede del arbitraje.

Esto significa, como claramente lo postula *Jan Paulsson*, que la citada interpretación (tanto contextual como basada en sus propios fundamentos y objetivos) de la Convención de Nueva York, debería conducir al tribunal ante el cual se solicite el *exequátur* de un laudo internacional declarado nulo en el país sede, a considerar si el fundamento en base al cual se ha dictaminado la nulidad se sustenta en los criterios o estándares internacionales (las cuatro primeras defensas establecidas en el artículo V(1) de la Convención de Nueva York)<sup>204</sup> o en una causal típicamente local, debiendo, en este último caso, rechazar la nulidad y ordenar la correspondiente ejecución del laudo, o admitirla como causal de denegación comprendida en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York cuando la nulidad se ha basado en las causales internacionalmente aceptadas<sup>205</sup>. Esto implicaría, por ejemplo, que la nulidad basada en la nacionalidad o religión de los árbitros debería ser desestimada, mientras que aquélla fundamentada en la ausencia de debido proceso debería ser admitida<sup>206</sup>.

En tal sentido, a los fines de evitar una inapropiada intromisión dada por la evaluación de si dicha nulidad fue acertada o equivocadamente declarada en el país de origen, y la eventual imputación relativa al trato "descortés" dado a la sentencia judicial extranjera, sería aconsejable que el juez del *exequátur* alcan-

ce igual solución pero mediante la invocación del "principio de la ley más favorable"<sup>207</sup> contenido en el artículo VII de la Convención de Nueva York<sup>208</sup>.

## VII CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos considerado en forma básica e introductoria la importancia y los elementos de la cláusula arbitral, focalizando nuestro análisis en la sede del arbitraje y los criterios utilizados para su elección. Luego examinamos en especial los efectos jurídicos de tal selección, considerando específicamente el control judicial del laudo arbitral, sus límites y las causales de nulidad internacionalmente admitidas. En base a todo ello, es necesario resaltar la importancia no sólo del acuerdo de arbitraje en general, sino específicamente de la elección de la sede arbitral, ya que sus efectos se extienden al procedimiento y al laudo mismo, proyectándose inclusive – con inusitada fuerza – sobre la validez y posible ejecución de la sentencia arbitral.

Sin embargo, dicha gravitación debe ser entendida considerando que la internacionalización del arbitraje requiere la presencia de un elemento fundamental: la seguridad jurídica. En consecuencia, se impone la necesidad insoslayable de contar con cierta uniformidad en las diversas normativas nacionales (o por lo menos en los criterios judiciales de interpretación y aplicación de las normativas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional aplicables). En base a ello se debería evitar que la citada elección de la sede arbitral constituya un factor determinante del resultado del arbitraje. Esto significa que la valoración del arbitraje internacional como medio eficaz de resolución de conflictos comerciales entre partes generalmente situadas en países diferentes no debe depender del lugar elegido como sede (y por lo tanto, de las particularidades normativas locales) sino del respeto a lo efectivamente decidido por el tribunal arbitral de conformidad con lo pactado por

<sup>204</sup> Acuerdo arbitral inválido, falta de oportunidad de presentar su caso, exceso de jurisdicción del árbitro e irregular composición del tribunal arbitral.

<sup>205</sup> J. Paulsson, "The case for disregarding Local Standard Annulments under the New York Convention" (1996), *The American Review of International Arbitration* (Columbia University), nº 2, p. 99; "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin", 30 *Int. & Comp. L. Q.* 358 (1981); y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters" 32 *Int. & Comp. L. Q.* 53 (1983).

<sup>206</sup> *Albert van den Berg* sostiene también que esta posición llevaría en realidad a una nacionalización o desglobalización del arbitraje internacional, ya que el mismo laudo sería considerado válido para un país e inválido para otro, lo cual atentaría contra la deslocalización del arbitraje, posición defendida por *Jan Paulsson* en la última década, y que supone la existencia de un laudo válido o inválido pero universalmente ("Enforcement of Annulled Awards?", *ICC Int. Ct. Arb. Bull.*, Nov. 1998 p. 15). A dicha observación podría responderse haciendo hincapié en el hecho de que lo realmente relevante es la fijación de criterios universales para la determinación de cuándo un laudo tiene validez más allá de sus fronteras, lo cual implica introducir parámetros objetivos que sin duda alguna hacen a la predictibilidad del arbitraje internacional.

<sup>207</sup> R.W. Hulbert, *ob. cit.*, p. 145.

<sup>208</sup> Otra posición que llega a soluciones similares, aunque en base a criterios más abstractos, es la postulada por *William Park*, en base a la cual el juez del *exequátur* reconocería la declaración de nulidad, rechazando la ejecución del laudo nulo a menos que la decisión del juez del país de origen fuera procesalmente injusta o contraria a las nociones fundamentales de justicia (*W.W. Park, Duty and Discretion in International Arbitration*, 93 *Am. J. Int. L.* 805 (1999), citado por C. Drahozal, *ob. cit.*, p. 464).

las partes. En caso contrario, no sería posible alcanzar un grado aceptable de previsibilidad, elemento esencial dentro de todo sistema jurídico.

A la luz de tales objetivos, no es posible soslayar la creciente exigencia de alcanzar un sistema de congruencias entre las causales de nulidad previstas en la normativa local, y las causas de rechazo del *exequátur* contenidas en la Convención de Nueva York<sup>209</sup>, a los fines de evitar la negativa influencia de cuestionables causales locales de nulidad que pueden afectar la efectividad del laudo internacional dictado.

Dicho sistema de congruencias tiene su fundamento en las propias finalidades y espíritu de la Convención de Nueva York tendiente a atenuar la influencia de las leyes de la sede arbitral y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

La consideración de estos objetivos de la citada convención, como comentáramos *ut supra*, tiene una doble proyección, por un lado, en la sede del arbitraje y a través de la eliminación, reducción o interpretación restrictiva de las causales de nulidad previstas; y por el otro, en el lugar de ejecución, mediante el rechazo de la nulidad declarada en el país de origen en base a una particularidad local.

El citado "paralelismo" entre las citadas causales se podría alcanzar obviamente a través de la uniformidad legislativa, ya sea por medio de su implementación en el Derecho Internacional Privado de fuente convencional (como sucede con el Acuerdo de Buenos Aires de 1998 – que estableció expresamente las causales de nulidad admitidas – o con la Convención Europea de 1961 – que limitó los efectos extraterritoriales de las nulidades declaradas en el país sede), o mediante la adopción de leyes de arbitraje nacionales basadas en la Ley Modelo o que, en definitiva, prevean disposiciones más favorables a la ejecución que las contenidas en la Convención de Nueva York.

Otra posibilidad sería la de desplazar el control judicial del juez de la sede hacia el juez del *exequátur*, tal como lo prevén la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado y las citadas leyes de arbitraje belgas. De este modo se eliminaría todo riesgo de colisión entre ambas clases de causales (de nulidad y de rechazo del pedido de ejecución). Sin embargo, la total imposibilidad de obtener la nulidad del laudo arbitral en la sede tiene como principal inconveniente – como afirmáramos anteriormente – el hecho de que el vencido deberá resistir la ejecución en cada país en donde ésta se intente, lo cual se agrava si se trata

del actor derrotado en el arbitraje, que directamente no tendrá *forum* en donde discutir la viabilidad jurídica del cuestionado laudo arbitral.

Sin embargo, en última instancia y hasta que la citada uniformidad legislativa se materialice, la vía más relevante para alcanzar la correspondencia entre las causales de nulidad en el país de origen y las de rechazo del *exequátur*, descansa en poder de los jueces.

En efecto, es el juez de la sede quien debe evitar caer en la tentación de aplicar, a los arbitrajes internacionales, las causales locales de nulidad previstas para los procedimientos arbitrales domésticos. Por ello, la interpretación restrictiva de las causales de nulidad previstas para los laudos nacionales, constituye una herramienta hermenéutica invaluable a los fines de evitar su indebida extensión a los laudos internacionales y, de este modo, lograr una sentencia arbitral susceptible de ser pacíficamente ejecutada a la luz de la Convención de Nueva York.

Por otro lado, el juez del país de ejecución tiene la labor de no concederle efectos extraterritoriales a aquellas sentencias judiciales que declaran la invalidez de un laudo arbitral internacional en base a una cuestionable causal local, con fundamento en el carácter discrecional establecido en el artículo V de la Convención de Nueva York y, en el supuesto de que sea aplicable, mediante la invocación del principio de la ley más favorable contenido en el artículo VII de la citada convención.

De este modo, ya sea a través de una interpretación restrictiva de las causales de nulidad por parte del juez del país de origen, o mediante la desestimación de aquellas nulidades declaradas en base a peculiaridades locales, por parte del juez del *exequátur*, se evitará el incremento indirecto de las causales de rechazo del pedido de ejecución, dejando de lado los localismos jurídicos y evitando así el debilitamiento de la Convención de Nueva York, instrumento jurídico normativo de vital importancia para el arbitraje internacional.

Esto significa que la interpretación de las causales de nulidad que pueden justificar el rechazo del *exequátur*<sup>210</sup> debe ser efectuada a la luz de los objetivos y principios contenidos en la Convención de Nueva York, desestimando las previsiones locales destinadas a regular sólo los arbitrajes domésticos. De este modo, toda declaración de nulidad basada en otras causales sólo debería tener efectos territoriales. Ésta es una solución que refleja un punto intermedio entre aquella que sostiene el aumento indirecto de las

<sup>209</sup> Cfr. A. van den Berg, *ob. cit.*, p. 356, quien la considera como una solución atractiva.

<sup>210</sup> En la medida que se entiendan comprendidas en las previsiones del art. V(1)(e) de la Convención de Nueva York.

causales de rechazo del "exequátur"<sup>211</sup> mediante la admisión de toda declaración de nulidad del laudo arbitral en el país de origen, sin discriminar los fundamentos de la misma; y la posición expresada en la legislación y jurisprudencia francesas, donde la nulidad del laudo arbitral declarada en el país sede ni siquiera se encuentra dentro de la enumeración de las causales que autorizan el rechazo del pedido de ejecución<sup>212</sup>, lo cual posibilita, en consecuencia, la ejecución del laudo en base al principio de la ley más favorable<sup>213</sup>.

En definitiva, mientras el sistema de congruencia propuesto no se alcance a través de alguna de las soluciones mencionadas precedentemente, no nos podremos librar de los peligros que encierra una ley nacional cuyas previsiones normativas se encuentran alejadas de los criterios internacionalmente aceptados. En efecto, como comentáramos *ut supra*, la existencia de una grave contradicción entre dichas normas internas y lo acordado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad en el acuerdo arbitral, plantea para los árbitros – como lo sostuviera

*Albert van den Berg* - un verdadero dilema<sup>214</sup> entre *Escila y Caribdis*<sup>215</sup>, que en nuestra opinión requerirá - al igual que lo necesitó Ulises para superar el Estrecho de Messina - de valor, inteligencia y sabia prudencia en la labor hermenéutica de la Convención de Nueva York que desarrollen los jueces del *exequátur*<sup>216</sup>.

En definitiva, la justicia debe desplegar un rol realmente decisivo a los fines de que la tarea de contralor judicial tenga como principal objetivo el respeto de la decisión del tribunal arbitral (en la medida que no se hayan violado los principios internacionalmente aceptados)<sup>217</sup>, lo cual constituirá la clara manifestación de la previsibilidad anhelada. Dentro de este marco, resulta oportuno recordar las palabras que ya en 1855, en el caso *Burchell*, manifestara la Corte Suprema de los Estados Unidos:

"[El arbitraje], como un modo de resolución de disputas, debería recibir todo el estímulo de los jueces"<sup>218</sup> (el resaltado nos pertenece).

Ésta, indudablemente, sería la mejor forma de alcanzar la seguridad jurídica que tanto buscamos.

<sup>211</sup> Contenidas en el art. V de la Convención de Nueva York.

<sup>212</sup> Ver *supra* nota 180.

<sup>213</sup> Artículo VII de la Convención de Nueva York.

<sup>214</sup> Ver *supra* p. 44.

<sup>215</sup> Homero, "La Odisea", Edit. Bruguera, Barcelona, 1978, pág. 231 y sgts.

<sup>216</sup> Cfm. R.S. Belandro, *ob.cit.*, p. 106 y sgts.

<sup>217</sup> Expresados en los cuatro primeros incisos del artículo V(1) de la Convención de Nueva York.

<sup>218</sup> *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 344.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- J. L. Anaya, "Recursos contra los laudos arbitrales" en *El Derecho*, t. 161, Bs. As.
- J. Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin", 30 *Int. & Comp. L. Q.* 358 (1981); y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters" 32 *Int. & Comp. L. Q.* 53 (1983).
- E. Bajons, « Enforcing Annulled Arbitral Awards – A Comparative View », 7 *Croat. Arb. Y. B.* 55 (2000).
- R.S. Belandro, "Arbitraje Comercial Internacional", Oxford University Press, México D.F.
- M. Blessing, "The ICC Arbitral Procedure under the 1998 ICC Rules. What has changed?", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 8/Nº2, Diciembre 1997.
- K.P. Berger, "International Economic Arbitration", 8 n. 62 (1993).
- A. Boggiano, "Autonomía y Eficacia de la Cláusula Arbitral", comentando el fallo de la CNApel. Com., Sala E, septiembre 26-988 en el caso "Welbers, S.A., Enrique C.C. Extraktionstechnik Gesellschaft fur Anlagenbau M.B.M.", Abeledo Perrot, 1991, Lexis Nro. 1103/006669.
- A. Boggiano, "Derecho Extranjero y Orden Público", *Doctrina Jurídica*, 01/06/73; y "Nuestro Panorama del Derecho Internacional Privado Argentino", ED 66-788.
- S.R. Bond; "How to Draft an Arbitration Clause", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 1, December 1990.
- F. Carpi, "L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario", *Rev. Contratto e Impresa*, 1990, 3, ps. 904 y sgts.
- T. Carbonneau, "Debating the Proper Role of National Law Under the New York Arbitration Convention", 6 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 277 (1998).
- W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", Third Edition, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, NY, 2000.
- W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson; "Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules", Oceana Publications, Inc., 1998.
- B.M. Cremades, "Overcoming the Clash of Legal Cultures: The role of Interactive Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 14 Nro. 2 (1998), ps. 157-172.
- R.Y. Chan, "The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of *Chromalloy*", 17 *B. U. Int'l L. J.* 141 (1999).
- J. Chillón Medina, José Fd. Merino Merchán, "Tratado de Arbitraje Privado, Interno e Internacional", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978.
- F. Danovi, "Gli Arbitri Rituali Come I Giudici, Di Fronte Alla Sospetta Incostituzionalita Della Legge", <http://www.judicium.it/news/filippo-danovi-arbitri-giudici.htm>.
- K. Davis, "Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 37 *Tex. Int'l L. J.* 43 (2002).
- Y. Derains, E.A. Schwartz, "A Guide to the New ICC Rules of Arbitration", *Kluwer Law International*, La Haya, 1999.
- A. Dimolista, "Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the Arbitration Agreement", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 7/Nro. 2, December 1996.
- C.R. Drahozal, "Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach", *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, No. 4, 2000, ps. 452, 462 y sgts.
- P. Fouchard, "L'arbitrage commercial et le législateur", en *Etudes dédiées a René Roblot Paris*, 1984.
- P. Fouchard, "L'arbitrage Commercial International" (1965).
- D.H. Freyer, « United States Recognition and Enforcement of Annulled of Foreign Arbitral Awards : The Aftermath of the *Chromalloy* Case », 17 (2) *J. Int'l Arb.* 1 (2000).
- D.H. Freyer & H.G. Gharavi, « Finality and Enforceability of Foreign Arbitral Awards : From « Double Exequatur » to the Enforcement of Annulled Awards : A Suggested Path to Uniformity Amidst Diversity » 13 *ICSID Rev. Foreign Inv. L. J.* 101 (1998)
- E. Gaillard, J. Savage (Editores), "Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration", Ed. Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- E. Gaillard, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Spring 1999.
- E. Gaillard, "Enforcement of a Nullified Foreign Award", 218 *N. Y. L. J.*, Oct. 2, 1997.
- N. Gamboa Morales, "Consideraciones sobre la Práctica Arbitral Internacional. Un Tema de Reflexión", ensayo presentado con motivo del Seminario "Principales Debates en torno del Arbitraje", organizado por la Universidad de la Sabana, Bogotá, Julio 2002.
- B.H. Garfinkel & J. Gardiner, "A Blow to the New York Convention? United States Courts Refuse to Enforce Awards that have been Nullified in the Country of Origin", 15 (2) *Intl. Arb. Rep.* 34 (2000).
- R. Garnett, H. Gabriel, J. Waincymer & J. Epstein, "A Practical Guide To International Commercial Arbitration", Oceana Publications Inc., New York, 2000.
- J. M. Gastaldi, "La Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Argentina en torno del principio de la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Internacionales y de la Reglamentación de éstos", ED 123-889.
- H. G. Gharavi, "Chromalloy: Another View", 12 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* Nº 1, Jan. 1997, y "The Legal Inconsistencies of *Chromalloy*", 12 *Mealey's Int'l Arb. Rep.*, Nº 5, May 1997.
- E. Goldman, "Arbitrage, Droit International Prive", n. 128, p. 195, y "The Complementary Roles of Judges and

- Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective*", 60 Years of ICC Arbitration – a Look at the Future, ICC Publication N. 412 (1984).
- W. Goldschmidt, "Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia", Ed. Depalma, Bs. As., Sexta ed., 1988.
- K. Gonzalez Arrocha, "El Principio Kompetenz-Kompetenz", Centro de Conciliación y Arbitraje, Publicaciones, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura, en [www.panacamara.com](http://www.panacamara.com).
- H. A. Grigera Naón, "La autonomía del acuerdo arbitral", LL., T. 1989-D, Sec. Doctrina, p. 1107 y sgts.
- G.W. Haight, "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Summary Analysis of Record of United Nations Conference May/June 1958 at 36 (1958)".
- H. Holtzmann y J. Neuhaus, "A Guide To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary 1061" (1989).
- Homero, "La Odisea", Edit. Bruguera, Barcelona, 1978.
- N. Horn, "The Development of Arbitration in International Financial Transactions", *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 16, No. 3.
- R. W. Hulbert, "Further Observations on Chromalloy: A Contract Misconstrued, a Law Misapplied, and an Opportunity Foregone", ICSID Review, Foreign Investment Journal, Vol. 13, Nº 1, Spring 1998.
- B. Kaller de Orchansky, "Derecho Internacional Privado", Ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1991, p. 451.
- D.B. King, "Enforcing Annulled Awards: US Courts Chart Their Own Course", 15 (1) Int'l Arb. Rep. 15 (2000).
- P. Lastenouse, "Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene", 16 (2) J. Int'l Arb. 25 (1999).
- H. A. Mairal, "La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública", Ed. Depalma, 1988.
- F.A. Mann, "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* 157, 159 (1967), y W.W. Park, "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", 52 Int. & Comp. L.Q. 21 (1983)
- R. Merkin, "Arbitration Law", Lloyd London Press, 1991.
- R.M. Mosk y R.D. Nelson, "The Effects of Confirming and Vacating an International Arbitration Award on Enforcement in Foreign Jurisdictions", *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, No. 4, 2001, p. 463
- L. W. Newman & M. Burrows, "Setting Aside Arbitral Awards Under the New York Convention", N.Y.L.J., Nov. 18, 1997.
- S.T. Ostrowski & Y. Shany, "Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads", 73 N.Y.U. L. Rev. 1650 (1998).
- W.W. Park, "Duty and Discretion in International Arbitration", 93 Am. J. Int'l L. 805 (1999).
- W.W. Park, "Judicial Control in the Arbitral Process", 63 *Tulane Review* 647 (1989).
- J. Paulsson, "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin" (1981) 30 Int. & Comp. L.Q. 358 (1981) y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters" 32 Int. & Comp. L.Q. 53 (1983).
- J. Paulsson, "Enforcing arbitral awards notwithstanding a Local Standard Annulment", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9/Nº1, Mayo 1998, International Chamber of Commerce.
- J. Paulsson, "The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration", 21 *Virginia Journal of International Law*.
- J. Paulsson, "The case for disregarding Local Standard Annulments under the New York Convention" (1996), *The American Review of International Arbitration* (Columbia University).
- J. Paulsson, "Rediscovering The N. Y Convention: Further Reflections on Chromalloy", 12 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* Nº 4, Apr. 1997
- A. Redfern & M. Hunter; "Law and Practice of International Commercial Arbitration", Third Edition, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1999.
- D.W. Rivkin, "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", Congreso ICCA, París, 1998.
- G. Sacerdotti, "Il Diritto dell'arbitrato commerciale e internazionale ne nuovi regolamenti della cammera di commercio internazionale e dell'UNCITRAL", citado por R. S. Belandro, ob. cit.
- G. H. Sampliner, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment in their Country of Origin", 11 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* Nº 9, Sept. 1996
- K. Sajko, "Recognition and Enforcement of Foreign Annulled Awards: A Dilemma", 7 *Croat. Arb. Y. B.* 71 (2000).
- P. Sanders, "A Twenty Years' Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 13 *Int'l Lawyer* 269, p. 276.
- P. Sanders, "Commentary", in *Go Years On, A Look at The Future* 364 (1984).
- E.A. Schwartz, "A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine", *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 2, 1997.
- UN Doc. A/CN.9/207, 14 Mayo 1981, y Nota Explicativa de la Ley Modelo.
- A.J. Van den Berg, "The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation", Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1981.
- P. Wahl, "Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin: The Chromalloy Case Revisited", 16 (4) *J. Int'l Arb.* 131 (1999).
- M. Wang, "Is ADR Superior to Litigation in International Commercial Disputes?", *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, Vol. 16, No. 2, 2000.

# AUTONOMIA DE LA CLAUSULA ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA RESOLVER SOBRE SU COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNO URUGUAYO

SANTIAGO PEREIRA CAMPOS

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.  
Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.  
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.

## SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. MARCO JURÍDICO. LA POSICION DE LA DOCTRINA URUGUAYA EN EL AMBITO INTERNO. IV. LOS ARGUMENTOS QUE CONDUCEN A POSTULAR EN URUGUAY LA AUTONOMIA DE LA CLAUSULA ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA RESOLVER SOBRE SU COMPETENCIA. V. LA EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION COMO INSTRUMENTO PARA IMPEDIR LA VIOLACION DE LA AUTONOMIA DE LA CLAUSULA ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DE LOS ARBITROS PARA RESOLVER SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

### A) Alcance del análisis

La cuestión de la autonomía de la cláusula arbitral constituye uno de los temas de mayor preocupación en el debate sobre los temas de arbitraje en los países en que, como sucede en Uruguay, no se la consagra de forma clara y a texto expreso.

En efecto, en tanto en un ordenamiento jurídico dado no sea tal autonomía la solución jurídica, se pone en riesgo de extinción todo el andamiaje arbitral para el país en cuestión.

El estudio de este tema puede tener distintos enfoques y alcances. En este caso nos limitaremos al análisis de la autonomía de la cláusula arbitral y a la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, en el arbitraje doméstico uruguayo.

Quedará por ende para otra oportunidad el análisis del tema en la esfera del arbitraje internacional.

### B) Planteo de la cuestión

Quizá un buen punto de partida sea analizar qué es lo que sucede en la práctica cuando, si bien las partes han establecido en el contrato o en un documento separado que van a someterse a arbitraje, en deter-

minado momento una de ellas desea sustraerse de éste y pretende dilucidar el litigio en el ámbito de la justicia oficial (estatal).

En efecto, muchas veces sucede que las partes cuando celebran el contrato están de acuerdo en recurrir al arbitraje en caso de que surja un conflicto, pero luego cuando el conflicto surge, por cualquier razón, una de ellas pretende sustraerse al proceso arbitral.

Cuando esto ocurre, es muy común que una de las partes inicie el proceso ante la justicia oficial alegando alguna de las siguientes razones:

La nulidad del contrato base y, por ende, la nulidad de la convención arbitral. Alegando la nulidad del contrato, se busca que se declare nula la convención arbitral para, de ese modo, sustraerse a la competencia de los árbitros.

Que la cláusula arbitral no comprende el punto en discusión.

Que el contrato y, por ende, también la cláusula arbitral han perdido vigencia.

Que la materia no es arbitrable.

Que los árbitros no tienen competencia para el caso planteado.

Que debe previamente interpretarse la cláusula.

En ordenamientos jurídicos de muchos países y en normas internacionales ratificadas incluso por

Uruguay, el tema se regula de una manera adecuada, consagrando expresamente la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los propios árbitros para analizar si ellos son competentes.

Sin embargo, el tema ha sido debatido en el ámbito interno de nuestro país donde no tenemos en el Código General del Proceso (CGP) una norma clara que regule expresamente el punto consagrando la solución de que la cláusula arbitral es autónoma.

La principal duda que se plantea es si la cláusula arbitral es accesoria al contrato base y, por ende, sigue su suerte, o si la misma es autónoma<sup>1</sup>.

Como lo señala CAIVANO<sup>2</sup>, el problema se centra en las siguientes interrogantes: cuando alguna de las partes controvierte la validez misma del contrato en su totalidad, ¿subsistirá el efecto atributivo de competencia a los árbitros? El cuestionamiento de la validez del contrato, ¿afecta necesariamente la competencia arbitral?; ¿arrastra consigo la invalidez misma del pacto arbitral?

Agrega CARMOMA<sup>3</sup> que todavía una última cuestión sobre la autonomía de la cláusula compromisoria merece reflexión. Se trata de saber si, rescindido el contrato que contenga la cláusula compromisoria, sin ninguna mención especial a aquella convención, subsistiría la competencia del árbitro para solucionar el litigio que envuelva a las partes y que verse sobre el contrato rescindido.

Esto trae usualmente aparejada otra cuestión, íntimamente relacionada, cual es la de la «competencia de la competencia»; esto es, la competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando lo que se discute es -precisamente- la validez del contrato del que surge la atribución de jurisdicción arbitral. Ello nos lleva a examinar si los árbitros tienen facultades para considerar y resolver el cuestionamiento de una de las partes sobre la misma competencia arbitral.

Si bien, como señala CAIVANO<sup>4</sup>, ambas cuestiones son ontológicamente diversas, habitualmente se presentan en forma conjunta, en aquellos casos en que la incompetencia del tribunal arbitral está sustentada en la invalidez de la cláusula compromisoria, producto de la invalidez del contrato en el que se halla incorporada.

Resulta evidente que la consecuencia de la autonomía de la cláusula compromisoria es la posibilidad

del propio árbitro de decidir acerca de cualquier controversia que verse respecto a la convención de arbitraje.

Este es el principio internacionalmente conocido como «Kompetenz-Kompetenz»: competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia, resolviendo las impugnaciones que surjan acerca de su capacidad de juzgar, de la extensión de sus poderes, de la arbitrabilidad de la controversia; en fin, avalando la eficacia y la extensión de los poderes que las partes le han conferido tanto por vía de la cláusula compromisoria como por medio del compromiso arbitral<sup>5</sup>.

### C) Trascendencia práctica de la cuestión

Reiteramos que este es un tema de vital importancia en materia de arbitraje por cuanto de la solución del mismo de forma adecuada depende la vigencia del proceso arbitral.

En nuestra opinión, la solución jurídicamente correcta para nuestro ordenamiento jurídico vigente, aún sin norma expresa es -como en casi todas partes del mundo- que se verifica la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia.

Como dice CAIVANO<sup>6</sup> en Argentina, en términos aplicables a cualquier sistema procesal por la generalidad de la argumentación, *“además del interés que pueda despertar en el terreno académico, el tema conlleva una enorme incidencia práctica en la permanencia misma del arbitraje como alternativa válida para la solución de conflictos»*.

*“El meollo de la cuestión radica en establecer si ante la sola pretensión de invalidez del contrato y de la cláusula atributiva de jurisdicción arbitral caerá por tierra la competencia de los árbitros o si es posible que los árbitros conserven facultades para decidir esa cuestión, aun cuando lo controvertido sea precisamente su competencia»*.

*“No puede desconocerse ni obviarse en la toma de posición sobre el tema, que de adoptarse sin más la primera de las soluciones expuestas, probablemente se habrá firmado con ello -en numerosos supuestos- el certificado de defunción del arbitraje. Si se acepta que la mera invocación de que el contrato es inválida*

<sup>1</sup> Incluso en un proceso de mucha importancia vinculado a la materia bancaria, algunas entidades estatales demandantes han sostenido que la nulidad del contrato produce la nulidad de la cláusula arbitral, para fundar de ese modo que han prescindido del proceso arbitral e iniciaron acciones ante la justicia oficial.

<sup>2</sup> CAIVANO, R., «Arbitraje», Buenos Aires, 1993, ps. 147 y 148.

<sup>3</sup> CARMONA, C.A., «Arbitragem e processo - um comentário a ley 9.307/96», Brazil 1998, Malheiros Editores, ps. 118 a 122, traducción libre.

<sup>4</sup> CAIVANO, R., ob. cit., ps. 147 y 148.

<sup>5</sup> CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122.

<sup>6</sup> CAIVANO, R., ob. cit., ps. 156 y 157.

do, produce inexorablemente el apartamiento de la competencia arbitral y la necesidad de que previamente un tribunal judicial deba dictaminar acerca de la validez del contrato, en muchos casos cuando ello suceda ya no habrá caso para el árbitro".

«Si el desplazamiento de la jurisdicción arbitral es permitido con el solo planteo de incompetencia fundado en la falta de validez del contrato, o si se condiciona la actuación de los árbitros a una decisión previa sobre esa validez, se podría impedir con facilidad su intervención, burlándose la originaria intención común de las partes de que el conflicto sea resuelto mediante arbitraje».

A nuestro juicio, no procede que ningún juez de la justicia oficial ingrese al estudio de las pretensiones deducidas cuando han pactado las partes una cláusula arbitral, salvo que el propio tribunal arbitral resuelva que él no es competente.

En efecto, cuando se ha pactado el arbitraje, se configura de modo manifiesto una hipótesis de falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para entender en el proceso, hasta tanto los propios árbitros resuelvan si ellos son o no competentes.

Por ende si se ha pactado una cláusula arbitral con independencia de la validez o no del contrato y una de las partes, desconociendo la misma acción ante la justicia ordinaria, procede la excepción de incompetencia (falta de jurisdicción).

Si las partes del contrato explícita e inequívocamente decidieron someter a arbitraje las diferencias entre ellas vinculadas al contrato que suscribían, renuncian sin limitación alguna a someterlas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

A fundar nuestra posición dedicamos el presente trabajo.

## II. MARCO JURIDICO

Como venimos de señalarlo, no existen en el ámbito del arbitraje doméstico uruguayo normas claras y expresas que regulen el tema de la autonomía (o no) de la cláusula arbitral y la competencia (o no) de los árbitros para resolver sobre su propia competencia.

No obstante, cabe citar una norma interna que si bien no con la claridad que desearíamos- a nuestro juicio refiere al tema. Se trata del art. 491 del CGP que dispone: «Cuestiones conexas. Constituido el Tribunal Arbitral, se entenderán sometidas a él todas las cuestiones conexas con lo principal que surjan en el curso del mismo. En este caso, dichas cuestiones se tramitarán por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes».

Además de dicha norma, puede mencionarse como marco referencial, los tratados suscritos y/o ratificados por Uruguay que, para el arbitraje internacional, consagran claramente la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para resolver sobre su competencia, entre los cuales merecen destaque la Convención de Panamá y los Acuerdos del MERCOSUR.

## III. LA POSICION DE LA DOCTRINA URUGUAYA EN EL AMBITO INTERNO

En la doctrina uruguaya, el tema en cuestión ha sido analizado en muy pocos trabajos.

VESCOVI<sup>7</sup> dice expresamente que la cláusula arbitral «...excluye la jurisdicción común, y obliga a resolver las contiendas en vía arbitral (art. 475). Tanto lo es que «la doctrina entiende que es válida, aún cuando el contrato, por otras estipulaciones, resultara anulado».

SANTOS BELANDRO<sup>8</sup> es quien ha profundizado más en el tema, defendiendo la autonomía de la cláusula arbitral en el derecho uruguayo. En su obra más reciente, señala<sup>9</sup>: «Es un principio material o sustantivo ampliamente reconocido en el campo del arbitraje, el reconocimiento de la autonomía del acuerdo o convenio arbitral. Ello significa que si el contrato principal es nulo, ineficaz, e incluso inexistente, no arrastra necesariamente en su invalidez, ineficacia o inexistencia al convenio de arbitraje. No hay duda que si existe una cláusula compromisoria inserta en un contrato principal viciado por la incapacidad de una de las partes, indudablemente que la cláusula compromisoria celebrada también caerá. Pero no siempre se habrá de dar de este modo. La razón del reconocimiento de la autonomía del convenio de arbitraje reside en la diferente función que cumple respecto del contrato principal, que es la de resolver todos los litigios que aparezcan en este último. Muchas veces la inexistencia del acuerdo puede ser alegada sin fundamento alguno, sólo con el deseo de practicar una actitud obstruccionista».

Agrega más adelante: «La autonomía del acuerdo de arbitraje debe ser entendida en un sentido jurídico y no material. El acuerdo no tiene, por tanto, que ser objeto de una aceptación distinta y específica del contrato principal, si lo integra instrumentalmente».

«En resumen, esta autonomía respecto del contrato principal produce dos importantes consecuencias lógicas:»

la indiferencia por la suerte del contrato principal

<sup>7</sup> ESCOVI, E., «El Proceso Arbitral» en «Curso sobre el Código General del Proceso», T. II, p. 227.

<sup>8</sup> Ver SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje comercial internacional», Montevideo, 1988, ps. 209 y 210.

<sup>9</sup> SANTOS BELANDRO, R., «Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)». AEU, Montevideo 2002, ps. 73 y 74.

*"Si es cierto el argumento esgrimido por la parte acerca de que el contrato principal es nulo, o que se ha rescindido, o la existencia de una novación de la obligación principal o una transacción u que las partes llegaron no entrañará necesariamente la ineficacia ipso facto del acuerdo de arbitraje".*

*la posibilidad de hacerla regir por un derecho de diferente naturaleza y de distinto origen que aquél que rige al contrato de fondo*

*"La autonomía del acuerdo de arbitraje puede llevar a reconocer que es posible la aplicación de un derecho diferente a cada acuerdo -al contrato principal y al acuerdo de arbitraje- y determinados a través del método de los conflictos de leyes, que es el más viejo y expandido, o por el contrario, puede resolverse aplicar el mismo derecho para los dos convenios"<sup>10</sup>.*

No conocemos la existencia de posiciones publicadas en Uruguay en contra de la autonomía de la cláusula arbitral<sup>11</sup>.

#### IV. LOS ARGUMENTOS QUE CONDUCE A POSTULAR EN URUGUAY LA AUTONOMIA DE LA CLAUSULA ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA RESOLVER SOBRE SU COMPETENCIA

Pretendemos demostrar que en nuestro ordenamiento jurídico interno la solución correcta al punto en análisis es que rige plenamente la autonomía de la cláusula arbitral y que, como lógico corolario, los árbitros son quienes deben resolver acerca de su propia competencia.

Seguiremos en nuestro análisis los desarrollos de la doctrina nacional y extranjera<sup>12</sup> y de la jurisprudencia judicial y arbitral que han tratado la cuestión, pretendiendo sistematizar los argumentos, considerando especialmente la ausencia de solución clara expresa en nuestro sistema jurídico.

#### A) Contenido y finalidad específica de la cláusula arbitral

Como primer argumento puede señalarse que la cláusula arbitral tiene con el contrato que la contiene o a la que refiere, una relación particular, producto del específico cometido que se le asigna -atribuir jurisdicción a los árbitros- completamente diferente en esencia al resto de las cláusulas de ese contrato<sup>13</sup>.

La doctrina es coincidente al afirmar que el acuerdo arbitral goza de autonomía respecto del contrato principal en el que se inserta, no sufriendo las vicisitudes propias de aquél, de manera que la eficacia del arbitraje no se veía afectada por aquellas causales por las cuales pueda controvertirse la validez del contrato.

La cláusula compromisoria se diferencia claramente de las demás cláusulas del contrato. Esa diferencia estriba en que mientras las demás cláusulas contractuales regulan sólo aspectos parciales de las prestaciones, la cláusula compromisoria está destinada a atribuir jurisdicción a quienes habrán de resolver los diferendos que se originen en el contrato, para lo cual será ineludible que se aboquen a su interpretación. Como señala CAIVANO<sup>14</sup>, no está pensada para tomar una parte de la relación jurídica convencional, sino su totalidad; y su objeto no es reglar prestaciones de las partes, sino acordar el modo a través del cual se solucionarán las eventuales disputas que pudieran surgir de ella.

Entre las cláusulas comunes de cualquier pacto, y la que da nacimiento al arbitraje, existe una diferencia sustancial, que justifica en cierta forma que reciba un tratamiento distinto del resto en orden al referido principio general.

CORDÓN MORENO<sup>15</sup> afirma, con razón, que *«la convención de arbitraje y el contrato principal emanan de dos declaraciones de voluntad diferentes o, por lo menos, dirigidas a fines diversos: el contrato, a regular las relaciones patrimoniales entre las partes, y la convención de arbitraje a determinar la jurisdicción,*

<sup>10</sup> SANTOS BELANDRO, R., "Seis Lecciones...", ps. 75 a 77.

<sup>11</sup> En una consulta profesional evacuada por LANDONI, A., presentada en juicio, sustenta en el ámbito interno la posición contraria a la nuestra.

<sup>12</sup> En México, con similar panorama normativo que el nuestro se señaló: «el compromiso y el convenio tienen plena autonomía, así que si se suscitara la nulidad del contrato objeto de la controversia en nada afectará la validez de aquellos y viceversa» (BRISEÑO SIERRA, H., «El juicio arbitral», Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 4ª época, junio-80). Similar postura se postula en Argentina, como habrá de verse.

<sup>13</sup> Cf. CAIVANO, R., ob. cit., ps. 122 y 123.

<sup>14</sup> CAIVANO, R., ob. cit., ps. 148 a 151.

<sup>15</sup> CORDÓN MORENO, F., «Comentario Breve a la Ley de Arbitraje», Civitas, 1990, ps. 57-60, especialmente p. 59; Cf. CAIVANO, R., ob. cit., p. 155 y CABALLOL, LL., «El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje», Barcelona, 1997, ps. 130 y 131.

encomendando la resolución de los conflictos que pueden surgir a los árbitros».

## B) La cláusula arbitral y el contrato tienen funciones económicas y jurídicas distintas

Señala la doctrina<sup>16</sup> que la cláusula arbitral y el contrato tienen funciones económicas y jurídicas distintas.

Una distinta función económica porque el contrato marco regula, por ejemplo, las características de la venta, de la cantidad a venderse, de su precio, de la fecha de su entrega, medio de transporte, modalidades, etc. En cambio la cláusula compromisoria atiende al litigio que pudiere surgir, tiene en cuenta el des- acuerdo de voluntades.

Una distinta función jurídica, porque el contrato marco instrumenta jurídicamente la operación (por ejemplo la compraventa), mientras que la cláusula compromisoria regula las controversias supervinientes.

Como señala SANTOS BELANDRO<sup>17</sup>: «La cláusula compromisoria aún cuando esté dentro del contrato marco, se ubica en el exterior de ese contrato, puesto que su función consiste en regular las diferencias, no el desarrollo normal y previsto del contrato principal. Está cláusula es una convención que apunta a la manera en que debe ser apreciada, interpretada o juzgada otra. Dado que su objeto es otro contrato, permite suponer la existencia de dos contratos con dos objetos y causas distintos.... La cláusula de arbitraje tiene una función propia que debe permitirle sobrevivir al contrato al cual puede estar eventualmente agregada».

## C) La causa del contrato principal y del acuerdo arbitral son diferentes

Las partes que incluyeron en determinado contrato una cláusula arbitral o acordaron recurrir al arbitraje posteriormente en relación a un contrato determinado, establecieron una relación jurídica diferente, manifestando su voluntad solamente en lo que refiere a la solución de eventuales litigios por la vía arbitral.

Como enseña CARMONA<sup>18</sup>, esta voluntad, tiene vinculación instrumental con el objeto principal del negocio jurídico (una compra venta, una sociedad,

un contrato de prestación de servicios), de tal suerte que el eventual vicio que importe la nulidad de la relación principal no afectará la eficacia de la voluntad de las partes (que permanecerá válida para todos los efectos) de resolver sus controversias (inclusive aquella relacionada con la eventual nulidad del contrato y sus efectos) por la vía arbitral.

Se constata, en otros términos, que la causa del contrato principal es diferente de aquella que lleva a las partes a estipular la solución arbitral para futuras controversias.

## D) La cláusula arbitral y el contrato pueden estar distanciados temporal y materialmente

SANTOS BELANDRO<sup>19</sup> señala en apoyo de su interpretación a favor de la autonomía de la cláusula arbitral un argumento de estricta lógica jurídica: «...La cláusula compromisoria normalmente se redacta cuando las relaciones entre las partes son aún amigables y los litigios están pensados como algo futuro y eventual».

«Esta cláusula compromisoria se encuentra distanciada temporal y materialmente del contrato principal, cuyos litigios eventuales tratará de resolver».

«El distanciamiento temporal puede darse en el hecho de que a pesar de su denominación «cláusula arbitral», no necesariamente está incluida como una cláusula más en el contrato marco».

«Puede asimismo haber un otorgamiento simultáneo pero en un documento separado, o puede redactarse con posterioridad al otorgamiento del contrato principal, pero eso sí, siempre antes de que surja cualquier controversia».

## E) Preponderancia jerárquica de la cláusula arbitral frente al contrato

Se ha visto la cuestión también desde la óptica de la jerarquía de la cláusula frente al contrato.

Ante la existencia de dos actos de voluntad distintos, aún cuando la cláusula forma parte del contrato marco, cabe sostener que jerárquicamente la cláusula arbitral tiene preponderancia frente al contrato principal, puesto que se trata de un acuerdo acerca de la manera en que se debe apreciar éste último<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> SANTOS BELANDRO, K., «Arbitraje...», ps. 209 y 210. Véase también allí la cita a SAUSER. HALL.

<sup>17</sup> SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje...», ps. 211 y 212.

<sup>18</sup> CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122.

<sup>19</sup> SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje...», ps. 209 y 210.

<sup>20</sup> Cf. SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje...», ps. 209 y 210.

## F) La cláusula arbitral es un contrato dentro de otro contrato

SANTOS BELANDRO<sup>21</sup> señala también que corresponde investigar la causa de la independencia de la cláusula arbitral y, frente a ello, se ha señalado comúnmente que la cláusula compromisoria es un contrato dentro de otro contrato. Por ende, tiene vida propia y no es una mera cláusula accesoria de aquél.

## G) La cláusula arbitral puede tener condiciones de validez o incluso regirse por una ley diferente a la del contrato

Resulta también demostrativo de la independencia y autonomía de la cláusula arbitral, la circunstancia de que ésta pueda tener condiciones de validez o formalidades distintas de la que está sujeta el contrato base.

En efecto, nada impide que la cláusula arbitral quede sometida a condiciones de validez diferentes de aquellas del contrato principal. Basta pensar en la forma, pudiendo ser exigidos ciertos requisitos para el contrato principal, mientras nada se prevé para la cláusula, excepto su estipulación por escrito, siendo posible incluso que la cláusula arbitral esté sometida a una ley diversa de aquella que ha de regir las cuestiones patrimoniales convenidas por las partes<sup>22</sup>.

En el sistema uruguayo es indudable que el contrato principal puede estar sometido a condiciones de validez diferentes a las de la cláusula arbitral. Así, por ejemplo, atendiendo a la forma, pueden ser exigidos ciertos requisitos para el contrato principal que no se exijan para la cláusula arbitral que de acuerdo al art. 473.2 del CGP sólo requiere que se pacte por escrito.

## H) Cuando se pacta el arbitraje se desplaza la justicia ordinaria

El principio imperante que conlleva a iguales conclusiones es el de la especialidad y excepcionalidad del arbitraje que, cuando se pacta, desplaza por completo, salvo en las hipótesis previstas legalmente, la intervención de la justicia estatal.

En efecto, los jueces competentes para entender en un litigio son los de la justicia ordinaria salvo que se pacte recurrir al arbitraje (cláusula arbitral o acuerdo arbitral). Cuando tal acuerdo arbitral se verifica, cobra todo vigor el régimen arbitral conforme a lo dispuesto por el art. 475 del CGP.

Como señala BARRIOS DE ANGELIS<sup>23</sup>: «La cláusula compromisoria es un acuerdo expreso de voluntades que hace necesario el arbitraje para la resolución de un determinado género de conflictos futuros... las partes ya no tienen libertad para ocurrir ante los tribunales étáticos».

La intervención de los tribunales estatales para la constitución del tribunal arbitral y para la fijación de los límites del conflicto en caso de desacuerdo de partes que a veces han sido citados en contra de la autonomía, en nuestra opinión la confirman. BARRIOS DE ANGELIS<sup>24</sup> -quien más ha estudiado el tema en nuestro país- pone esto de relieve al afirmar: «esa intervención de los jueces, en la constitución del tribunal y en la fijación de los límites del conflicto, hace más visible la prohibición legal de decidir ese mismo conflicto». Agrega: «quien tiene el peso de la decisión no es el juez, sino el árbitro... que los árbitros no tienen imperio, debe ser rectificado en beneficio de aquellos. No tienen poder directo, no tienen imperio directo; pero indirectamente, es decir con el auxilio de la judicatura, pueden imponerse a los terceros...».

La jurisdicción ordinaria cede sin limitación alguna ante la estipulación de la cláusula arbitral.

### I) El art. 491 del Código General del Proceso.

Si bien el CGP no dispone expresa y claramente la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia como lo hacen otras leyes en el Derecho Comparado, a nuestro juicio, el art. 491 trae ínsita esa solución.

Dispone: «Cuestiones conexas. Constituido el Tribunal Arbitral, se entenderán sometidas a él todas las cuestiones conexas con lo principal que surjan en el curso del mismo. En este caso, dichas cuestiones se tramitarán por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes».

En virtud de esta norma, si es el Tribunal Arbitral el competente para entender en todas las cuestiones conexas con la principal, es obvio que a él compete

<sup>21</sup> Cf. SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje...», ps. 209 y 210.

<sup>22</sup> Cf. CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122. Señala SANTOS BELANDRO: «La autonomía del acuerdo de arbitraje puede llevar a reconocer que es posible la aplicación de un derecho diferente a cada acuerdo -al contrato principal y al acuerdo de arbitraje- y determinados a través del método de los conflictos de leyes, que es el más viejo y expandido, o por el contrario, puede resolverse aplicar el mismo derecho para los dos convenios» (SANTOS BELANDRO, R., «Seis Lecciones...», ps. 75 a 77).

<sup>23</sup> BARRIOS DE ANGELIS, D., «El juicio arbitral», p. 36.

<sup>24</sup> BARRIOS DE ANGELIS, D., ob. cit., ps. 50, 74 y 75.

resolver si es o no competente, si la cláusula arbitral es válida y si el contrato es válido<sup>25</sup>.

## J) La tradicional posición de Uruguay postulando la autonomía de la cláusula arbitral (el marco jurídico internacional)

Si bien el presente trabajo tiene por objeto analizar la cuestión de la autonomía de la cláusula arbitral en el marco del arbitraje interno o doméstico en Uruguay, no puede soslayarse, para buscar una solución coherente, que resulta relevante la consagración de este criterio en forma reiterada en normas internacionales suscritas y/o ratificadas por Uruguay.

El criterio de la autonomía ya se insinúa en la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>26</sup>, ratificada por nuestro país según decreto-ley N° 15.229 del 11/12/81.

Pero la consolidación de este criterio se verifica en forma clara y expresa en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 1975) ratificada por Uruguay por el decreto ley N° 14.534 del 24/6/76<sup>27</sup>.

Más recientemente, deben mencionarse el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y el similar entre el Mercosur, Bolivia y Chile, que son explícitos y meridianamente claros al respecto<sup>28</sup>.

Las normas internacionales citadas, suscritas y/o ratificadas por Uruguay, ponen de manifiesto que

nuestro país jamás se ha opuesto a la autonomía de la cláusula arbitral y a la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia.

Por el contrario, Uruguay tiene en el ámbito internacional una posición clara al respecto y que por ende, le permite sin ningún tipo de dificultad jurídica de interpretación, postular igual tesis en el ámbito interno ante la falta de norma en contrario, poniendo así su ordenamiento interno e internacional en coherencia y armonía.

## K) Los sistemas de derecho comparado donde existen normas expresas sobre la autonomía del arbitraje recogen la solución lógica y no constituyen excepciones al principio contrario

En muchos ordenamientos del Derecho Comparado<sup>29</sup> existen textos legales expresos que resuelven la cuestión. Pero lo interesante es que la doctrina que comenta estos textos legales expresos es conteste en que **las referidas normas no constituyen excepciones a la natural solución, sino que, por el contrario, las mismas sólo recogen la solución que -aún a falta de norma expresa- debiera propugnarse**<sup>30</sup>.

En estos casos, la cláusula compromisoria recibe de la ley la autonomía que le es connatural en relación al contrato donde eventualmente estuviere inserta. Y es natural que así sea, porque la nulidad o anulabilidad del contrato podrá ser sometida a la decisión de los ár-

<sup>25</sup> En México, fundándose en norma similar a la citada, señala BRISEÑO SIERRA: «el compromiso y el convenio tienen plena autonomía, así que si se suscitara la nulidad del contrato objeto de la controversia en nada afectará la validez de aquellos y viceversa». «En cuanto a la cláusula compromisoria, la jurisprudencia ha establecido de una manera general que corresponde al árbitro resolver sobre la validez de la cláusula, independientemente de los vicios que pudieran encontrarse en el contrato». Se basa la doctrina mexicana para sustentar tal posición en «el artículo 630 del Código Distrital de Procedimientos Civiles que establece que los árbitros pueden conocer los incidentes sin cuya resolución no sería posible decidir el negocio principal...» (BRISEÑO SIERRA, H., ob. cit.).

<sup>26</sup> Artículo II, nums. 1 y 3.

<sup>27</sup> El art. 3 de la Convención de Panamá dispone: «A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial». Por su parte, el art. 18 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.) en la redacción vigente a partir del 1/4/02, que tiene fuerza legal por remisión de la Convención, dispone: «Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral». «1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje». «2. El tribunal arbitral está facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria o el convenio arbitral. A los efectos de este artículo, una cláusula compromisoria o convenio que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará, ipso jure, la invalidez de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral» (...). «4. En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final». La Convención de Panamá al remitirnos al Reglamento de Procedimientos de la CIAC da una solución general al problema de la independencia o autonomía de la cláusula compromisoria.

<sup>28</sup> Dispone el artículo 5: «Autonomía de la convención arbitral. La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral». Por su parte, reza el artículo 8: «Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes». «a) principio se reitera en el art. 18, que regula la «competencia del tribunal arbitral»: «1. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia y, conforme lo establece el art. 8, de las excepciones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral».

<sup>29</sup> Así sucede en Brasil, España, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela, etc.

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo los comentarios que en Brasil realiza: CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122.

bitros, lo que hace presuponer la separación de la cláusula del resto del contrato. Por el contrario, como señala CARMONA,<sup>31</sup> si un contrato nulo (por no haberse guardado la forma prevista en la ley, o porque su objeto sea ilícito) afectara la cláusula compromisoria en el insertada, los árbitros nunca tendrían competencia para decidir sobre cuestiones ligadas exactamente a la nulidad del contrato. Sería, entonces, muy fácil desplazar la competencia de los árbitros, pues bastaría que cualquiera de las partes alegase materia ligada a la nulidad del contrato para que surgiese la necesidad de intervención del juez estatal.

### **L) Si no existiere norma legal a interpretar en el ámbito interno, la integración del vacío legal conducirla también a la autonomía de la cláusula arbitral**

Si en contra de nuestra opinión se entendiera que la razonable interpretación del art. 491 del CGP en el marco contextual expuesto no es suficiente para postular la autonomía de la cláusula arbitral y que, por ende, existe un vacío legal, también se llegaría a idéntica solución al llenar el mismo.

En caso de vacío legal, conforme lo previsto en el artículo 15 del CGP deberíamos acudir «... a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso.»

Esos elementos conducen también a la solución que propugnamos.

Si nos atenemos a los «fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas» la solución de la autonomía de la cláusula arbitral y de la competencia de los árbitros para resolver sobre la validez de la cláusula y del contrato surge de las normas internacionales citadas suscritas y/o ratificadas por Uruguay (especialmente el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 que se remite al Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial donde la solución es clarísima en su art. 21, y los Acuerdos del Mercosur).

Los «principios especiales del proceso» son también claros en apoyar la posición que sustentamos de plena vigencia de la cláusula arbitral. En efecto, si se

halla viciado de nulidad el contrato, no quedaría afectada "per se" la cláusula arbitral en virtud de que los principios especiales del proceso que rigen las nulidades disponen claramente que «la nulidad de un acto no importa la de los anteriores ni la de los sucesivos que son independientes de aquél» y «la nulidad de una parte de un acto no afecta a las otras que son independientes de ella, ni impide que produzcan los efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición legal en contrario» (art. 113 del CGP).

Finalmente, las «doctrinas más recibidas» son claras en el punto. Como señala VESCOVI<sup>32</sup>, cuya cita nos permitimos reiterar, la cláusula arbitral «...excluye la jurisdicción común, y obliga a resolver las contiendas en vía arbitral (art. 475). Tanto lo es que «la doctrina entiende que es válida, aún cuando el contrato, por otras estipulaciones, resultara anulado». En el mismo sentido se postula en Uruguay SANTOS BELANDRO<sup>33</sup>, no existiendo opiniones nacionales publicadas en contra.

A ello se suma la doctrina y jurisprudencia de derecho comparado citada.

Considérese también que, en materia de Derecho Internacional, lo expuesto en los tratados que un Estado suscribe, en caso de no obligarlo en una determinada relación jurídica, constituye no obstante, la doctrina más recibida sobre el tema. En consecuencia, también por esta vía deben considerarse las normas internacionales citadas a efectos de resolver el tema y especialmente los Acuerdos del MERCOSUR que, hasta que sean ratificados por Uruguay, constituyen al menos doctrina más recibida ya que el Estado ha suscrito los referidos acuerdos.

### **LL) En caso de duda debe estarse a favor de la solución que haga prevalecer el arbitraje**

La solución que postulamos, según la cual, si se ataca es la validez general del acto jurídico en que se insertó el acuerdo arbitral, los árbitros conservan su jurisdicción para resolver el caso pudiendo pronunciarse sobre las cuestiones litigiosas, es la solución de principio.

En efecto, en caso de duda, debe estarse en favor de la solución que haga prevalecer la validez del arbitraje, desde que la invalidez de una cláusula atributiva de jurisdicción importaría dejar sin efecto de antemano, la vía que las partes escogieron para dirimir el conflicto<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122.

<sup>32</sup> VESCOVI, E., ob. cit., p. 227.

<sup>33</sup> Ver SANTOS BELANDRO, R., «Arbitraje...» y «Seis lecciones...».

<sup>34</sup> Cf. CAIVANO, R., ob. cit., ps 156 y 157

## M) Razones de lógica y coherencia del sistema procesal uruguayo

A los argumentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales vertidos sobre el tema, se suman razones de lógica y coherencia del sistema procesal uruguayo.

En efecto, si se sostuviera que la nulidad del contrato conlleva la nulidad de la cláusula arbitral y todas las cuestiones deben ser resueltas por el juez ordinario, se llegará a una encrucijada que demuestra lo absurdo del planteo.

Veamos. Resulta obvio que, opuesta la excepción de falta de jurisdicción, el juez deberá resolver en la audiencia preliminar tal excepción (arts. 133, 341, num. 5) y 342 del CGP).

De ser cierto que la nulidad del contrato conlleva la nulidad de la cláusula arbitral, se obligará al juez ordinario a prejuzgar en la audiencia preliminar nada menos que acerca de la validez o nulidad del contrato. Ello significaría una violación de todos los principios procesales de nuestro sistema ya que determinaría que el juez, sin disponer de la prueba ofrecida, resolvería el fondo o cuestión principal (si el contrato es nulo o válido) mediante el pronunciamiento sobre la excepción en la audiencia preliminar. La coherencia de nuestro sistema procesal no admite tal absurda conclusión.

En cambio, si siguiendo nuestra interpretación, el juez ordinario se declara carente de jurisdicción por la existencia de la cláusula arbitral, corresponderá a los árbitros determinar si la cláusula arbitral es o no válida. Si los árbitros entienden que la cláusula no es válida, remitirán el expediente al juez ordinario quien seguirá entendiendo del asunto. Si entienden, por el contrario, que la cláusula es válida, entrarán al fondo del asunto analizando si el contrato se halla o no afectado de nulidad y resolviendo las otras pretensiones de los actores.

Puede verse que de este modo se evitan prejuzgamientos y no se afecta la coherencia y sistemática del sistema procesal.

## N) El problema a la luz de la teoría general de los contratos

Se ha sostenido también que puede llegarse a la autonomía de la cláusula arbitral mediante una argumentación distinta, aunque complementaria.

En efecto, podría sostenerse que más que «accesoria» de un contrato «principal», la cláusula es una «parte» de un «todo», lo que cambia sensiblemente el enfoque del tema.

No todas las nulidades son indivisibles ni totales y la nulidad parcial de una disposición contenida en un acto jurídico no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Ello implica que cuando se cuestione la validez del contrato en el que se incorporó la cláusula compromisoria por cuestiones que puedan aparecer su nulidad, al ser necesaria una sentencia del juzgador para invalidar el contrato, resulta obvio que esa sentencia no puede emanar sino de los árbitros. Si con la solo invocación de la nulidad del contrato se pretendiera sustraer el caso de la jurisdicción arbitral, se produciría una suerte de prejuzgamiento acerca de la validez del contrato, que resulta contrario al principio enunciado por el art. 1559 del Cód. Civil<sup>35</sup>.

La conclusión de la validez de la cláusula arbitral con independencia del contrato base resulta también de la teoría general de los contratos, aún cuando se sostenga que desde la óptica de las normas sobre arbitraje la cláusula no es autónoma.

Como señala GAMARRA<sup>36</sup>: «*La doctrina dominante explica que el fenómeno de la nulidad queda limitado a la parte inválida del negocio, sin propagarse a la porción válida, por el principio general de la conservación del contrato. Esta regla preconiza una interpretación del negocio que hace prevalecer el mantenimiento del mismo sobre la solución de la invalidez; esto es, entre dos posibles soluciones, una que conduce a negar el efecto jurídico y otra que afirma su utilidad (eficacia), debe preferirse la segunda*»

## Ñ) Incidencia de la teoría del acto propio

Es común que la parte que pretende que no se aplique la cláusula arbitral porque el contrato, es nulo entre en serias incongruencias claramente demostrativas de que, aún en el hipotético caso en que el contrato fuera nulo, no lo sería la cláusula arbitral.

En efecto, es frecuente que la parte, olvidando que no pueden esgrimirse dos pretensiones contradictorias -salvo que se planteen una en subsi-

<sup>35</sup> Este mismo razonamiento fue realizado en Argentina (también sin solución legal expresa sobre la autonomía de la cláusula arbitral) por CAIVANO, R., ob. cit., ps. 148 a 151.

<sup>36</sup> GAMARRA, J., «Tratado de Derecho Civil uruguayo», T. XVI, p. 26.

dio de otra- realice un planteo inadmisibile por contradictorio en sus términos.

Así, suele ocurrir que la parte que pretende sus- traerse al arbitraje, por un lado postule que la nul- lidad del contrato arrastra la nulidad de la cláusu- la arbitral pero, por otro lado, -sin justificar el cam- bio de criterio- se valga de otras cláusulas del con- trato para formular reclamos o para realizar algu- nos actos procesales.

Esta conducta incongruente se verifica, por ejemplo, si por un lado se sostiene que la cláusula arbitral del contrato no es aplicable, porque el con- trato es nulo en todos y cada uno de sus términos, pero por otro lado, se aplicara otra cláusula que se alegara como válida, para citar y notificar a la con- traparte en el domicilio constituido en el mismo contrato. Nada permite entender cómo pueden sostenerse, a la vez, ambas cosas (v. gr. nulidad de la cláusula arbitral y validez de la cláusula de do- micilio).

Otras veces, al referirse a la ley aplicable, quien había afirmado la nulidad de la cláusula arbitral afirma que la ley aplicable es la de un país dado porque esa es la legislación aplicable conforme a lo convenido por las partes en otra cláusula del contrato.

Cabe aquí recordar las enseñanzas de GELSI<sup>37</sup>:

«La doctrina del acto-propio se condensa en esta fórmula latina *«venire contra proprium factum»*: (a) actuar, conducirse, realizar algo; (b) contra, en contra- dicción, con (c) otro acto propio, (d) que lo procede» .

«...quien adopta determinada conducta y luego la cambia contradictoriamente, de modo de quedar en in- coherencia a su respecto, no obra de buena fe, con lealtad, en relación al que se ve confrontado por este abrupto e infundado cambio de conducta» .

«...La teoría del acto-propio postula una conducta congruente o coherente de cada sujeto frente a quienes se relacionan con él, y en consecuencia, no admite acti- tudes (actos realizados con enfoques) contradictorias con los precedentes o previos, en la medida en que éstos sean síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento» .

«El principio de buena fe, que dimana de la exis- tencia misma del ordenamiento jurídico... es fundamen- to bastante para esta doctrina y sus consecuencias» .

Resulta pues indudable que la teoría del acto pro- pio conduce, en casos como los analizados, también a la conclusión de la autonomía de la cláusula arbi- tral.

## O) Coherencia del sistema jurídico procesal: negar la autonomía de la cláusula arbitral implicaría que ningún contrato quedaría sometido a arbitraje

Lo expuesto de modo concluyente por doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera deriva además de la propia coherencia que requiere el sistema procesal.

En efecto, si un contrato nulo -cualquiera sea su razón- afectara la cláusula compromisoria en el insertada, los árbitros nunca tendrían competencia para decidir sobre cuestiones ligadas exactamente a la nulidad del contrato.

Sería, entonces, muy fácil desplazar la compe- tencia de los árbitros, pues bastaría que cualquiera de las partes alegase cualquier cuestión vinculada a la nulidad del contrato para que surgiese la necesi- dad de intervención del juez estatal.

Si con sólo alegar la nulidad del contrato que con- tiene la cláusula arbitral se dejara de lado la obliga- ción de someter la contienda a arbitraje, ningún con- trato sería, nunca, sometido a éste. Toda vez que una parte deseara desconocer lo pactado -la cláusula ar- bitral- le bastaría alegar nulidad del contrato y automáticamente la letra del contrato se borraría.

Ello significaría desconocer la existencia del arbi- traje y someter el mismo, una vez pactado, a la libe- ralidad de una cualquiera de las partes.

Por otra parte, postular en Uruguay la dependen- cia de la cláusula arbitral a la suerte del contrato y hacer en todo caso competente a la justicia estatal y no a la arbitral para resolver las vicisitudes del acuer- do de arbitraje, pondría en preocupante «jaque» todo el régimen de inversión extranjera en el país que tie- ne como presupuesto la «certeza jurídica» y donde, además, suele pactarse el arbitraje.

Las partes, que pactan en un contrato una cláu- sula arbitral, establecen en él una relación jurídica diferente, manifestando su voluntad solamente en lo que refiere a la solución de eventuales litigios por la vía arbitral.

Esta voluntad, por lo tanto, no tiene vinculación (sino instrumental) con el objeto principal del nego- cio jurídico, de tal suerte que el eventual vicio que importe la nulidad de la relación principal no afecta- rá la eficacia de la voluntad de las partes (que perma- necerá válida para todos los efectos) de resolver sus

<sup>37</sup> GELSI, A., «Acerca de la teoría del «acto propio»» en RJE N° V, ps. 9 y ss.

controversias (inclusive aquella relacionada con la eventual nulidad del contrato y sus efectos) por la vía arbitral.

## **P) Corolario: corresponde al tribunal arbitral analizar su propia competencia, las vicisitudes del contrato y sus eventuales vicios**

Corolario de todo lo expuesto es que, frente a la pretensión de una de las partes de excluir la jurisdicción arbitral pactada en virtud de alegarse la nulidad, caducidad, rescisión, etc. del contrato, la regla de principio es que el tribunal arbitral, con los antecedentes del caso, podrá decidir hasta qué punto son legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes.

Entretanto, el contrato debe considerarse subsistente al efecto de determinar lo correspondiente sobre su validez, caducidad o vigencia, por los medios que establece la cláusula compromisoria<sup>38</sup>.

La autonomía anunciada lleva a la conclusión también de que la voluntad de las partes en el sentido de disolver por mutuo acuerdo la relación jurídica principal no las desliga de la relación objeto de la cláusula compromisoria (independiente de aquella otra). En consecuencia, surgida la controversia sobre el contrato rescindido (las cuestiones respecto a la validez, eficacia y alcance de la rescisión), corresponderá al árbitro —y no al juez estatal— dirimir el litigio<sup>39</sup>.

En similares términos, puede señalarse que no son los tribunales judiciales a los que corresponde apreciar si una determinada cuestión deben excluirse o no del arbitraje, porque una decisión sobre el punto importaría invadir la competencia arbitral que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción<sup>40</sup>. En caso de desacuerdo entre las partes sobre las cuestiones que deben someterse a la decisión de los árbitros, es al tribunal arbitral a quien corresponde resolver la incidencia, sin que a la justicia ordinaria le sea dada excluir las o limitarlas de antemano<sup>41</sup>.

Lo mismo sucede en cuanto a la interpretación de la cláusula arbitral y su relación con el contrato base. Son los árbitros los que con prioridad son llamados a establecer la interpretación de una cláusula

susceptible de dos sentidos, de uno de los cuales resulte la validez y del otro la nulidad del acto. Si se ha pactado la competencia del tribunal arbitral para toda diferencia que pudiera suscitarse sobre la interpretación de las cláusulas del contrato, la justicia ordinaria es incompetente para resolver acerca de la caducidad o vigencia, total o parcial, de ese contrato, toda vez que la discrepancia acerca de la subsistencia del contrato originario y, por ende, de la cláusula compromisoria contenida en él, compete a los árbitros previstos en ese mismo contrato<sup>42</sup>.

Señala SANTOS BELANDRO<sup>43</sup>: *"Es común que la parte que se encuentra influida por un objetivo obstruccionista alegue la invalidez, inexistencia o ineficacia del acuerdo. En el pasado esto significaba que debía acudir a los tribunales estatales con la finalidad de determinar si lo alegado era cierto, con la consiguiente demora e ingerencia de otra autoridad en el procedimiento arbitral"*.

"En la actualidad ha tomado vigencia un principio material ampliamente compartido: serán los propios árbitros los encargados de examinar la regularidad de acuerdo de arbitraje. Si éstos consideran que el acuerdo no adolece de defectos, seguirán adelante con los procedimientos, hasta el dictado del laudo. Indudablemente, los jueces estatales conservan la posibilidad de atacar el arbitraje al momento de la interposición de los recursos. Pensando en esta posibilidad, los miembros del tribunal arbitral deberán sopesar los argumentos a favor o en contra de la validez, con la debida prudencia".

En definitiva, la consecuencia de la autonomía de la cláusula compromisoria es la posibilidad del propio árbitro de decidir acerca de cualquier controversia que verse respecto a la convención de arbitraje.

El árbitro tiene competencia para decidir sobre su propia competencia, resolviendo las impugnaciones que surjan acerca de su capacidad de juzgar, de la extensión de sus poderes, de la arbitrabilidad de la controversia; en fin, avalando la eficacia y la extensión de los poderes que las partes le han conferido por vía de la cláusula arbitral.

Cabe entonces concluir en la autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para resolver sobre su propia competencia y sobre la validez o nulidad de la propia cláusula arbitral y del contrato.

<sup>38</sup> Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en autos "Otto Franke y Cía. c/ Pcia. de Buenos Aires", de fecha 19 de diciembre de 1918 (Fallos, 128-402). Los casos de jurisprudencia citados pueden verse en CAIVANO, R., ob. cit., ps. 151 a 154 y en RUFINO, M., "El Proceso Arbitral (Compilación de Jurisprudencia V)", Argentina, 1992, c. 60, p. 43.

<sup>39</sup> CARMONA, C.A., ob. cit., ps. 118 a 122.

<sup>40</sup> Cf. Cámara Comercial de la Capital Federal (Argentina), en autos «Romero c/Romero y Cía.», 29 de octubre de 1926, en JA, XXII-año 1926-1177.

<sup>41</sup> Cf. Cámara 2a. Civil y Comercial de La Plata, Argentina (19 de diciembre de 1944, autos «Barberis, Alejandro c/Crédito Ferrocarrilero e Inmobiliario S.A.», publicado en JA, 1945-II-725, con nota de Ricardo Reimundín).

<sup>42</sup> Cf. Cámara Comercial de la Capital Federal (Argentina), fallo del 31 de julio de 1948 en autos "Corporación Cementera Argentina S.A. c/ Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A." (LL, 52-23).

<sup>43</sup> SANTOS BELANDRO, R., "Cis lecciones...", p. 77.

## V. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN COMO INSTRUMENTO PARA IMPEDIR LA VIOLACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS PARA RESOLVER SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA

Cuando se ha pactado el arbitraje, se configura de modo manifiesto una hipótesis de falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para entender en el proceso, hasta tanto los propios árbitros resuelvan si ellos son o no competentes.

Como venimos de verlo, el argumento de que la cláusula arbitral es nula por ser nulo o inexistente el contrato, debe desestimarse.

Por ende si se ha pactado una cláusula arbitral – con independencia de la validez o no del contrato – y una de las partes, desconociendo la misma acciona ante la justicia estatal, procede oponer la excepción de incompetencia o más propiamente falta de jurisdicción.

El art. 133 del CGP incluye entre las excepciones previas, “1) La incompetencia del tribunal”.

Como ya lo señaláramos<sup>44</sup>, “en la excepción de incompetencia entra la propiamente dicha y la que podría-

*mos llamar falta de jurisdicción*”. Procede oponer la llamada en el CGP excepción de incompetencia “en caso que corresponda entender la justicia arbitral”.

La excepción de incompetencia (en el caso más precisamente: falta de jurisdicción) es de previo y especial pronunciamiento, por lo cual el tribunal, sin entrar a considerar los demás argumentos o excepcionamientos deberá resolver la misma declarándose incompetente y remitiendo a las partes al proceso arbitral.

El art. 343.2 del CGP establece: “Se dictará una sola sentencia, la cual decidirá todas las excepciones previas, saneando el proceso, salvo que el tribunal se declare incompetente, en cuyo caso no resolverá otras cuestiones”.

El artículo 475 del CGP es claro al disponer: “La cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someten a la decisión de los árbitros”.

Si las partes del contrato explícita e inequívocamente decidieron someter a arbitraje las diferencias entre ellas vinculadas al contrato que suscribían, renuncian sin limitación alguna a someterlas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Como señala BARRIOS DE ANGELIS<sup>45</sup>, “en el proceso judicial futuro iniciado por la parte con infracción a la cláusula, que impone la vía arbitral, el excepcionamiento fundado en aquella surte efectos impeditivos, provoca la paralización de las actuaciones”. Agrega: “Los efectos de la cláusula compromisoria no se agotan en un solo arbitraje; prosiguen hasta que se extinga la posibilidad de los conflictos derivados de la relación jurídica que contempla”.

# LA SEDE DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: LA PERSPECTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

EDUARDO SILVA-ROMERO<sup>1</sup>

Secretario General Adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, «CCI».

## I

Algunas confusiones. El lenguaje del derecho internacional privado latinoamericano observa y soporta todavía la influencia de lo que los filósofos del lenguaje llamarían una «teoría realista de las proposiciones lingüísticas»<sup>2</sup>. En América Latina, en otros términos, las palabras y las proposiciones del derecho internacional privado recibirían un significado en virtud de su relación con estados-de-cosas de la «realidad» tales como, por ejemplo, relaciones de objetos, espacios y territorios.

En otras latitudes como las europeas y las norteamericanas, sin embargo, el significado de las palabras y proposiciones del lenguaje del derecho internacional privado provendría, más bien, de una «convención más o menos implícita» que habría sido «implícitamente» concluida por y entre sus usuarios. El significado de las expresiones del derecho internacional privado, en este sentido, no resultaría de la relación entre éstas y una realidad determinada (relación de objetos, espacios o territorios) sino de una suerte de pacto lingüístico-social celebrado por quienes emplean dichas expresiones. En Europa y en los Estados Unidos, en otras palabras, la teoría del lenguaje subyacente al lenguaje del derecho internacional privado sería hoy día, en una importante medida, «convencionalista».

Dado que el lenguaje del arbitraje comercial internacional ha sido creado principalmente en Europa y en los Estados Unidos, la expresión «sede del

arbitraje» es sin lugar a dudas uno de los componentes del lenguaje del arbitraje comercial internacional menos entendidos en América Latina. A dicha expresión, creada bajo la influencia de una teoría del lenguaje convencionalista, se le interpretaría en Latinoamérica de acuerdo con las directivas de una teoría lingüística realista. En nuestro continente, en especial, y en razón de la influencia del proceso judicial y del arbitraje interno, los profesionales del derecho (juristas, jueces, árbitros, abogados, etc.) le atribuirían erradamente un significado de orden «espacial» o «territorial». Así, nos parece, por «sede del arbitraje» en materia comercial internacional se entendería aquel lugar - de ordinario se trataría de una oficina - en el cual el Tribunal Arbitral se reúne con el fin de llevar a cabo audiencias (por ejemplo, de interrogatorio de testigos) o reuniones (por ejemplo, con el fin de deliberar) y en el que las partes y sus apoderados o representantes pueden consultar el «expediente»<sup>3</sup>. En otras palabras, dado que la «sede del arbitraje» en materia interna coincide, por lo general, con una oficina, en América Latina se cree que la sede de arbitrajes comerciales internacionales es o debe ser también una oficina.

Asimismo, y esta vez el «realismo» se observa con relación al arbitraje comercial internacional administrado por la CCI, partes y profesionales del derecho de origen latinoamericano tienden con alguna frecuencia a pensar que, puesto que la sede de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y de su Secretaría está localizada en París - Francia, todo arbitraje ad-

1 Las opiniones expresadas por el autor en el presente artículo no pretenden reflejar, de ninguna manera, ni la posición de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ni la de su Secretaría. Este artículo es una versión corregida y ligeramente aumentada de la comunicación que el autor hiciera de viva voz durante la «Primera Jornada Uruguaya de Arbitraje» que tuviera lugar en Punta del Este (Uruguay) el 28 de abril de 2003.

2 Sobre el tema de la filosofía del lenguaje jurídico, Cf. E. Silva-Romero, Wittgenstein et la philosophie du droit - les jeux du langage juridique, París: PUF, 2001.

3 La idea de «expediente», dicho sea de paso, no existe en el arbitraje comercial internacional tal y como la entendemos en América Latina cuando hablamos del mismo con relación a un proceso judicial o a un arbitraje interno.

ministrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y su Secretaría tendría su sede en París. Como se explicará y demostrará más adelante, el territorio en el cual la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y su Secretaría tienen su domicilio no influye en nada en la determinación de la sede de un arbitraje comercial internacional administrado por la CCI.

## II

La «sede del arbitraje», noción de naturaleza jurídica. La expresión «sede del arbitraje» no recibe un significado «espacial» o «territorial» en materia comercial internacional sino, más bien, un sentido «jurídico». Las legislaciones modernas en materia de arbitraje, alguna jurisprudencia y el Reglamento de Arbitraje de la CCI nos demuestran lo anterior.

En primer lugar, y por ejemplo, la sección 3 de la Ley inglesa en materia de arbitraje define la sede del arbitraje como un vínculo de naturaleza jurídica entre el arbitraje y un derecho estatal<sup>4</sup>.

En segundo lugar, las jurisprudencias inglesa<sup>5</sup>, suiza<sup>6</sup> y francesa<sup>7</sup>, para solamente mencionar aquéllas de los países que son escogidos con mayor frecuencia por las partes como sede de arbitrajes comerciales internacionales CCI, han precisado que la expresión «sede del arbitraje» implica un vínculo de naturaleza jurídica y que, por lo tanto, resulta indispensable distinguir, en materia comercial internacional, entre la noción de «sede del arbitraje» y la noción de lugar en el cual (i) audiencias y reuniones se celebran y (ii) el laudo se hace o firma. En otras palabras, las jurisprudencias mencionadas precisan que, así la sede del arbitraje esté localizada en un lugar, audiencias y reuniones se pueden celebrar en un lugar diferente y el laudo puede ser hecho o firmado en un lugar distinto de la sede del arbitraje<sup>8</sup>.

Es en este sentido que, por último, el artículo 14, incisos 2 y 3, del Reglamento de Arbitraje de la CCI (en lo sucesivo el «Reglamento») prescriben lo siguiente: «[...] 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar

que considere apropiado. 3. El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado». Como es obvio, dicho «lugar apropiado» puede ser la sede del arbitraje o, lo que ocurre con alguna frecuencia, un lugar diferente.

En definitiva, la sede del arbitraje comercial internacional no sería ni un «espacio» ni un «territorio» («realismo») sino un vínculo jurídico entre un arbitraje comercial internacional y el derecho de un Estado determinado («convencionalismo»).

## III

Consecuencias jurídicas de la determinación de la sede del arbitraje. Calificar la «sede del arbitraje» de «vínculo de naturaleza jurídica» acarrea tres consecuencias importantes en materia de arbitraje comercial internacional que han sido perfectamente identificadas por la jurisprudencia uruguaya en un fallo reciente<sup>9</sup>.

En primer lugar, la fijación de la sede del arbitraje determina (i) el lugar en el que el laudo arbitral deberá considerarse dictado y, por ende, (ii) el juez competente para conocer del recurso de nulidad que pueda intentarse contra dicho laudo. En cuanto a lo primero, el artículo 25, inciso 3, del Reglamento prevé que «3. El Laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje [...]». En lo relativo a lo segundo, no parecería osado hoy día sostener que, en virtud de un principio del derecho internacional público, el juez del control del laudo arbitral internacional es aquél competente en el lugar en el que el laudo ha sido pronunciado, esto es, el juez competente en la sede del arbitraje. En nuestro entender, es en ese sentido que deben entenderse las referencias que en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (en lo sucesivo la «Convención de Nueva York») se hacen, por ejemplo, a «la ley del país en que se ha dictado el laudo» y «la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje».

En segundo lugar, y este es un corolario necesario de la consecuencia mencionada más arriba, la sede

4 «Legal, juridical connection» es el término empleado en el English Arbitration Act de 1996. Sobre este tema, Cf. C. Reymond, *L'Arbitration Act, 1996 - Convergence et originalité*, In.: *Revue de l'arbitrage*, París: LITEC, 1997, p. 58.

5 Cf. Fallo del 10 de noviembre de 1987 de la Corte de Apelaciones (inglesa), *Naviera Amazónica Peruana S.A. c/ Compañía Internacional de Seguros del Perú*, In.: *Yearbook*, note 6, XIII, 1988, p. 157.

6 Cf. Fallo del 24 de marzo de 1997 del Tribunal Supremo Suizo, In.: *Boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje («ASA»)*, 1997, p. 316 y s., esp. p. 319 y 320.

7 Cf. Fallo del 28 de octubre de 1997 de la Corte de Apelaciones de París, *Société procédés de préfabrication pour le béton c/ Libye*, In.: *Revue de l'arbitrage*, París: LITEC, 1998, p. 399.

8 Cabe resaltar que, dado que la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, y que, por lo general, uno o más árbitros no residen en la sede del arbitraje comercial internacional, la doctrina del mismo es unánime al sostener que no es jurídicamente necesario ni que el laudo sea «hecho» en la sede del arbitraje ni que los árbitros firmen el laudo en dicha sede.

9 Cf. el excelente Fallo del 18 de junio de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, *Enersis S.A. y otros c/ Pecom Energía S.A. y otra* (F. 222/02), Ministro Redactor: Doctor Tabaré Sosa Aguirre.

del arbitraje determina, hasta cierto punto, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje<sup>10</sup> - cláusula compromisoria o compromiso. Sobre este punto, el artículo V, inciso 1-a, de la Convención de Nueva York dispone que «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo, a instancia de la parte contra la cual es invocado, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II [se trata del acuerdo de arbitraje] estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo [...]» (el subrayado es nuestro). En Uruguay, al tenor de lo expresado en el fallo antes citado, dicho derecho aplicable sería el derecho internacional privado uruguayo relativo al arbitraje comercial internacional. Así las cosas, las formalidades propias del arbitraje interno uruguayo relativas al acuerdo de arbitraje, como la exigencia que todo compromiso arbitral conste por escrito y sea elevado a escritura pública, no serían aplicables en materia de arbitraje comercial internacional.

Por último, en los arbitrajes comerciales internacionales administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de conformidad con su Reglamento, la sede del arbitraje determinaría en parte las normas jurídicas aplicables al procedimiento arbitral.

Sobre este punto, el artículo 15 del Reglamento establece que «1. El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso». En principio, las normas jurídicas que se le aplican a un procedimiento arbitral CCI son aquéllas que componen el Reglamento. Si éste guarda silencio sobre ciertos aspectos procesales, la voluntad de las partes y, subsidiariamente, la decisión del Tribunal Arbitral están llamadas a llenar dichas lagunas.

Además, la doctrina del arbitraje comercial internacional<sup>11</sup> agrega que al procedimiento arbitral internacional se le aplican las «normas imperativas o de orden público» del derecho arbitral de la sede del arbitraje. En este sentido, el artículo 38 de la Ley modelo de la CNUDMI<sup>12</sup> sobre el arbitraje comercial (en lo sucesivo la «Ley modelo»), que ha inspirado múltiples legislaciones del mundo en materia de arbitraje, establece que una de las razones por las cuales se puede pedir la nulidad de un laudo arbitral es la violación del orden público del Estado - sede del arbitraje. La misma doctrina establece, como bien lo menciona el fallo uruguayo antes citado, que dichas normas imperativas o de orden público conciernen exclusivamente lo que se conoce con la expresión de «debido proceso» (en inglés «due process» y en francés «procès équitable»). A su turno, el principio del debido proceso contendría tres principios imperativos o de orden público cuyo desconocimiento en un procedimiento arbitral acarrearía necesariamente la anulación del laudo arbitral. Dichos principios son el principio de contradicción, el derecho de defensa y la igualdad de las partes del arbitraje. Más allá de los tres principios señalados, agrega la misma doctrina, los derechos arbitrales de los distintos Estados del mundo no deberían pretender contener otras disposiciones imperativas o de orden público que pudieran poner en tela de juicio la regularidad y la eficacia de un laudo arbitral internacional. En suma, el «orden público de procedimiento»<sup>13</sup> mencionado coincidiría con la garantía consagrada en el artículo 15, inciso segundo, del Reglamento - antes citado.

Ahora bien: ¿Quién determina la sede de un arbitraje comercial internacional?

## IV

Sede del arbitraje y autonomía de la voluntad privada. La determinación de la sede del arbitraje pertenecería hoy día al dominio de la autonomía de la voluntad. En otras palabras, y aunque, en el pasado, dicha determinación le correspondiera exclusivamente, dentro del contexto del sistema de arbitraje de la CCI de 1922, a la Corte de Arbitraje de la CCI<sup>14</sup>, hoy día el derecho del arbitraje comercial internacional parecería establecer inequívocamente que las partes del acuerdo de arbitraje, cláusula compromisoria o

10 Sobre el tema de las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional, Cf. E. Silva-Romero, Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional —Breve contribución al derecho internacional privado colombiano, In.: Revista de Derecho Privado, N° 28, septiembre de 2002, Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2002, p. 3 y s.

11 Cf., por ejemplo, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Editado por E. Gaillard y J. Savage, La Haya: Kluwer Law International, 1999, esp. p. 644 y s.

12 Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional.

13 Expresión que también es utilizada por la doctrina del arbitraje comercial internacional para referirse al «debido proceso».

14 Cf. S. Jarvin, The place of arbitration - A review of the ICC Court's guiding principles and practice when fixing the place of arbitration, In.: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI Vol. 7/2, París: ICC Publishing, 1996, p. 54.

compromiso, se encuentran en plena libertad de escoger la sede del arbitraje que más les convenga. En este orden de ideas, el artículo 20 de la Ley modelo, por ejemplo, prescribe que «1. Las partes podrán de terminar libremente el lugar [la sede] del arbitraje [...]».

El sistema de arbitraje de la CCI, a su turno, consagra la libertad arriba citada de dos maneras diferentes.

De un lado, la cláusula compromisoria modelo que la CCI le propone a los comerciantes internacionales no contiene ninguna estipulación en cuanto a la sede del arbitraje. El texto de la cláusula compromisoria modelo es simplemente el siguiente: «Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento». Así, la CCI, al no recomendarle a los comerciantes internacionales una sede del arbitraje específica, insiste implícitamente en la libertad que las partes del acuerdo de arbitraje tienen de escoger la sede del arbitraje que más les convenga. Además, en el preámbulo a dicha cláusula compromisoria modelo CCI «Se recuerda a las partes la conveniencia de indicar, en la cláusula de arbitraje, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje. El Reglamento de Arbitraje de la CCI [se añade,] no limita la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable, la sede del arbitraje y el idioma del proceso arbitral»<sup>15</sup>.

De otro lado, una de las disposiciones del Reglamento reconoce expresamente la libertad de las partes de escoger la sede del arbitraje comercial internacional administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En efecto, el artículo 14, inciso primero, del Reglamento dispone que «La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido» (el subrayado es nuestro).

De acuerdo con las últimas estadísticas del arbitraje CCI, no cabe la menor duda de que las partes ejercen la libertad de escoger la sede del arbitraje en la mayoría de los casos. Así, por ejemplo, las partes escogieron la sede del arbitraje en 86% de los casos que fueron sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en 2002. En un 75% de dichos casos, las partes escogieron la sede del arbitraje en el acuerdo de arbitraje, cláusula compromisoria o compromiso. En un 11% de esos casos, las partes escogieron la sede del arbitraje mediante un acuerdo ulterior. Dicho acuerdo ocurre, por lo general, una vez que la demanda de arbitraje ya ha sido introducida y la Se-

cretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI interviene para intentar obtener un acuerdo de las partes en cuanto a la sede del arbitraje.

Las sedes del arbitraje escogidas por las partes en 2002 se sitúan en 43 Estados distintos. En Africa, cuatro países fueron escogidos. Por la primera vez, Ghana fue escogido como sede de un arbitraje comercial internacional administrado por la CCI. En Asia, Singapur conservó el primer puesto. En América Latina, Argentina y México fueron los países que se escogieron con mayor frecuencia. En los Estados Unidos, las sedes del arbitraje escogidas se situaron en 15 estados diferentes. Nueva York fue la sede más escogida y luego siguieron California, Texas y Florida. En Europa Central y Oriental, la sede más escogida del arbitraje fue Turquía y, por la primera vez, Albania fue escogida. En cuanto a Europa del Norte y del Oeste, cuatro ciudades sobresalen por la frecuencia con la cual fueron escogidas por las partes como sedes del arbitraje: París - Francia (72 casos), Ginebra - Suiza (47 casos), Zurich - Suiza (42 casos) y Londres - Reino Unido (48 casos). Las estadísticas anteriores<sup>16</sup> nos demuestran, tal y como lo mencionábamos al inicio, que, aunque la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y su Secretaría tengan su sede física en París - Francia, la sede del arbitraje CCI, al ser ésta una noción de naturaleza estrictamente jurídica, puede estar localizada en cualquier lugar del mundo. En otras palabras, la sede de la institución arbitral administradora del arbitraje no determina en nada la sede del arbitraje.

¿Qué ocurre cuando las partes deciden no ejercer su libertad de escoger la sede del arbitraje?

## V

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y la sede del arbitraje. El artículo 14, inciso primero, del Reglamento, ya citado, responde a la pregunta de más arriba. Dicha norma dispone, en efecto, que «La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido» (el subrayado es nuestro). En otras palabras, la institución de arbitraje, en el caso del sistema de arbitraje de la CCI la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, completa la voluntad de las partes.

En el año 2002, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI fijó la sede del arbitraje en un 14% de los casos que fueron sometidos a dicha Corte.

Resulta indispensable aclarar, de entrada, que las partes pueden derogar la disposición del artículo 14, inciso primero, del Reglamento y pactar en su acuerdo de arbitraje, por ejemplo, que, si las partes no lo-

<sup>15</sup> Reglamento, p. 8.

<sup>16</sup> Cf. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI Vol. 14/1, París: ICC Publishing, 2003, p. 7 y s.

gran ponerse de acuerdo en cuanto a la sede del arbitraje cuando el litigio entre ellas ya ha surgido, el Tribunal Arbitral deberá fijar la sede del arbitraje.

Vale la pena aclarar, también de entrada, que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI considera, en principio, que la voluntad expresada de manera ambigua por las partes en cuanto a la sede del arbitraje equivale a ausencia de elección de dicha sede y que, por ende, en dichos casos debe fijar la sede del arbitraje al tenor de lo dispuesto por el artículo 14, inciso primero, del Reglamento.

Así, por ejemplo, cláusulas que dispongan que todo litigio debe ser resuelto por medio de arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI «de París» o «en París», y dado que la única Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que existe está ubicada en París, podrían interpretarse en el sentido de concluir que la voluntad de las partes fue determinar París como sede del arbitraje. En estos casos, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI fija París como sede del arbitraje si al menos una de las partes manifiesta que la intención de las mismas al redactar el acuerdo de arbitraje era determinar que París sería la sede de todo eventual arbitraje.

En otros casos, la ambigüedad es mucho más complicada. Por ejemplo, algunas cláusulas, mal redactadas y por ende patológicas, se refieren a dos sedes del arbitraje distintas. En este caso, no resulta claro cuál fue la voluntad de las partes al redactar el acuerdo de arbitraje y, con frecuencia, cada una de las partes, sobre la base de alegaciones distintas en cuanto a la historia de la negociación contractual, sostiene una posición diferente. En este caso, surge un litigio en cuanto a la sede del arbitraje y, puesto que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI no detiene la competencia jurisdiccional para dirimir litigios<sup>17</sup> y no puede fijar la sede del arbitraje cuando, de alguna manera, las partes la convinieron, dicha Corte fija provisionalmente una ciudad como sede del arbitraje y le deja la resolución del litigio en cuanto a la interpretación del acuerdo de arbitraje y por tanto en lo relativo a la determinación de la sede del arbitraje al Tribunal Arbitral. Solamente el Tribunal Arbitral, luego de examinar las pruebas relativas a la historia de la negociación contractual, detiene la competencia jurisdiccional para, sobre la base de dichas pruebas, interpretar el acuerdo de arbitraje y determinar la sede del arbitraje.

En algunas ocasiones, las partes, en su acuerdo de arbitraje, determinan parcialmente la sede del ar-

bitraje. En algunos casos, por ejemplo, las partes designan un país como sede del arbitraje y se abstienen de designar una ciudad concreta de dicho país como sede del arbitraje. Así, por ejemplo, las partes pueden indicar en su acuerdo de arbitraje que el arbitraje tendrá lugar en Brasil sin especificar cuál de las ciudades brasileñas debe hacer las veces de sede. Ahora bien: dada la organización jurisdiccional del Brasil, resulta indispensable escoger una de sus ciudades como sede del arbitraje. Al hacerlo, y este punto será desarrollado más ampliamente más adelante, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI tendrá particularmente en cuenta la actitud que los distintos tribunales brasileños puedan haber tenido con relación a la institución del arbitraje. En un par de casos más o menos recientes, dicha Corte decidió fijar la ciudad de São Paulo como sede del arbitraje.

Un tema que ha generado un debate bastante interesante es el relativo a la posibilidad de cambiar la sede del arbitraje pactada por las partes cuando, durante el curso de un arbitraje, surjan circunstancias excepcionales que así lo requieran como, por ejemplo, la explosión de una guerra civil en la sede del arbitraje o la certeza de que el laudo arbitral será anulado por razones distintas a las señaladas en el artículo V de la Convención de Nueva York para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero. Hasta donde nosotros sabemos, y dada la naturaleza esencialmente consensual y contractual de la institución del arbitraje, la posición mayoritaria sostendría que la autonomía de la voluntad privada expresada en el acuerdo de arbitraje no puede ser modificada ni por el Tribunal Arbitral ni por la institución arbitral administradora del arbitraje.

Dicho todo lo anterior, nos queda una pregunta: cuando las partes no han hecho ninguna indicación en cuanto a la sede del arbitraje, ¿cuáles son los criterios según los cuales la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI fija la sede del arbitraje?

## VI

Los criterios observados por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI al fijar la sede de un arbitraje comercial internacional. Al fijar la sede del arbitraje, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI tiene en cuenta criterios jurídicos y criterios de orden práctico<sup>18</sup>. Dichos criterios, nos parece, podrían también ser seguidos por las partes al momento de re-

17 Cf. el artículo 1, inciso segundo, del Reglamento: «La Corte no resuelve por sí misma las controversias. Tiene la función de asegurar el cumplimiento del Reglamento [...]».

18 Sobre la práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI al fijar la sede de arbitrajes comerciales internacionales, Cf. Y. Derains y E. Schwartz, *A guide to the new ICC Rules of Arbitration*, La Haya: Kluwer Law International, 1998, esp. p. 200 y s.; W.L. Craig, W.W. Park y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Paris: ICC Publishing, 2000, esp. p. 93 y s.; y S. Jarvin, op. cit., p. 54 y s.

dactar su contrato y, en especial, la cláusula compromisoria.

De un lado, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI observa cuatro criterios de naturaleza jurídica.

En primer lugar, teniendo en cuenta que la «neutralidad»<sup>19</sup> es uno de los principios jurídicos directores del sistema de arbitraje de la CCI, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI no fija la sede del arbitraje en ninguno de los Estados de los que provienen las partes del litigio. El fundamento de este primer criterio no es otro que el de no favorecer a ninguna de las partes al situar el arbitraje en su medio jurídico.

En segundo lugar, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI solamente fija la sede del arbitraje en un Estado que, por lo menos, haya ratificado el o adherido al tratado internacional más importante en materia de arbitraje, esto es, la Convención de Nueva York. El fundamento de este criterio sería asegurar que, gracias a la aplicación analógica del artículo V de la Convención de Nueva York al tema de la nulidad del laudo arbitral, las cortes nacionales competentes no anularán el laudo arbitral por razones distintas a aquellas mencionadas en dicho artículo V.

Por ejemplo, dado que el Brasil solamente ratificó la Convención de Nueva York el año pasado, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI no fijaba una ciudad brasileña como sede del arbitraje salvo que las partes, según lo explicado más arriba, dispusieran que el arbitraje debía conducirse en el Brasil.

Dentro del contexto latinoamericano, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ve con muy buenos ojos que los Estados también hayan ratificado la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional de 1975 (en lo sucesivo la «Convención de Panamá»).

En tercer lugar, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI analiza, en la medida de lo posible, el estado de la legislación del Estado en cuestión en materia de arbitraje para establecer hasta qué punto su normatividad puede ser calificada de «moderna». En este sentido, un Estado que haya adoptado la Ley modelo, con ligeras modificaciones, sería considerado como un Estado detentor de una legislación moderna en materia de arbitraje y favorable respecto de dicha institución jurídica.

El cuarto y último criterio jurídico es sin lugar a dudas el más importante. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI observa, en la medida de lo posi-

ble, la actitud de las cortes nacionales del Estado en cuestión frente a la institución jurídica del arbitraje. Se espera, en este orden de ideas, que dichas cortes respeten los principios de la autonomía del acuerdo de arbitraje y de la Kompetenz-Kompetenz<sup>20</sup> y no intervengan en un proceso arbitral en curso. Se espera, también, que dichas cortes no anulen laudos arbitrales por razones diferentes a aquellas listadas en la Convención de Nueva York. En definitiva, y puesto que las convenciones internacionales y las legislaciones modernas dependen de la aplicación que de éstas hagan los jueces nacionales, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI no fijaría la sede del arbitraje en un Estado en el cual los jueces nacionales hayan dictado sin justa causa fallos suspendiendo un proceso arbitral o anulando un laudo arbitral por razones, por decirlo de alguna manera, «originales».

De otro lado, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI toma en consideración dos criterios de orden práctico.

En primer lugar, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI fija la sede del arbitraje en un lugar en el que las partes, sus abogados y los árbitros cuenten con los servicios logísticos necesarios (salas de audiencias, estenógrafos, asistentes, hoteles, librerías jurídicas, etc.) para llevar el arbitraje a un feliz término.

En segundo lugar, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI tiene en cuenta la conveniencia de las partes y fija la sede del arbitraje en un lugar que, en la medida de lo posible, sea equidistante con relación a la residencia de todas las partes y, por lo tanto, igualmente conveniente.

## VII

La República Oriental del Uruguay como sede de arbitrajes comerciales internacionales administrados por la CCI. El Uruguay es el país neutro (y relativamente equidistante para partes argentinas y brasileñas) por excelencia en la zona del Mercosur.

El Uruguay ha ratificado la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá.

La Legislación Uruguaya en materia de arbitraje, sin que ésta haya adoptado la Ley modelo, no puede ser calificada de «arcaica».

Los jueces uruguayos han demostrado recientemente, y una vez más, su actitud favorable con relación al arbitraje. El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno tuvo incluso la gentileza de referirse a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

19 El Reglamento consagra de manera expresa la «neutralidad» respecto de la constitución del Tribunal Arbitral. En efecto, el artículo 9, inciso 5, del Reglamento dispone que «El árbitro único o el presidente del Tribunal Arbitral será de una nacionalidad distinta a la de las partes [...]».

20 Según el cual el Tribunal Arbitral es competente para decidir toda controversia en cuanto a su propia competencia.

en términos elogiosos. Por una parte, dicho Tribunal afirma que la intervención de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en un procedimiento arbitral hace presumir que el principio del debido proceso fue respetado. En términos concretos, dicha alta jurisdicción uruguaya sostuvo que «Uruguay como país sede del arbitraje dictado dentro del marco institucional de la Corte Internacional de Arbitraje de la cámara de Comercio Internacional conceptúa que se ha asegurado la debida defensa de las partes y se ha respetado, sin la más mínima duda, su (el) orden público internacional en el decurso de toda la actividad cumplida»<sup>21</sup>. Por otra parte, el Tribunal mencionado califi-

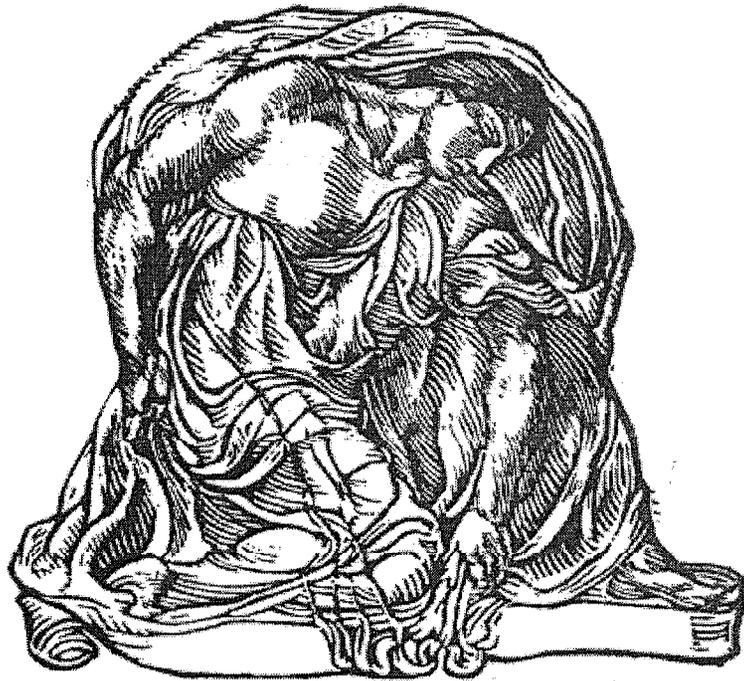
ca a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de «prestigiosa institución internacional»<sup>22</sup>.

El Uruguay posee, además, todas las facilidades logísticas (incluidos magníficos restaurantes...) para organizar y llevar a cabo un arbitraje comercial internacional.

Por todas estas razones, el Uruguay es quizás hoy día junto con México el lugar más seguro jurídicamente para fijar la sede de un arbitraje comercial internacional entre partes latinoamericanas. Es por ello que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en 2001, fijó Montevideo como sede de arbitrajes comerciales internacionales CCI en dos casos de suma importancia.

21 Cf. el excelente Fallo del 18 de junio de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Enersis S.A. y otros c/ Pecom Energía S.A. y otra (F. 222/02), Ministro Redactor: Doctor Tabaré Sosa Aguirre, p. 32 y 33.

22 Cf. el excelente Fallo del 18 de junio de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Enersis S.A. y otros c/ Pecom Energía S.A. y otra (F. 222/02), Ministro Redactor: Doctor Tabaré Sosa Aguirre, p. 24.



## JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Castello, Alejandro - «El despido de la trabajadora grávida en la jurisprudencia uruguaya».*

# EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA GRÁVIDA EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

ALEJANDRO CASTELLO

Profesor de Derecho Laboral, Facultad de Derecho, Universidad de la República

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de la protección de la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida, es uno de los ejemplos paradigmáticos de la trascendencia que han tenido la doctrina y la jurisprudencia laboral de nuestro país, en la elaboración de un Derecho del trabajo que se caracteriza por ser asistemático y fragmentario.

Alcanza con leer las normas que se refieren a dicho tema, para advertir que pese a lo escueto y parco que resultan las mismas la doctrina y la jurisprudencia se las han ingeniado para construir un sistema bastante general y amplio de protección, tanto de la estabilidad del empleo de la trabajadora grávida ante la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, como frente a las modificaciones abusivas de las condiciones de trabajo que pudiera decidir este último.

En el presente trabajo no se hará un análisis de todas las cuestiones que se han planteado en torno a la protección del empleo de la trabajadora grávida. Solamente se abordarán algunos puntos concretos que hemos considerado de especial interés, debido a la controversia y diversidad de enfoques que han suscitado en el terreno práctico:

- a) causales de exoneración del pago de la indemnización;
- b) procedencia de la indemnización especial en caso de despido indirecto;
- c) extensión del período de protección luego de finalizada la licencia maternal;
- d) procedencia de la indemnización en casos de trabajadoras contratadas a prueba o a término;

Pero antes de ingresar al análisis de estos puntos, expondremos brevemente la normativa que regula la temática que pretendemos abordar y algunos aspectos generales sobre los que existe opinión consolidada.

## II. NORMATIVA QUE REGULA LA SITUACIÓN DE LA TRABAJADORA GRÁVIDA

La normativa básica que regula la protección ante el despido y los cambios abusivos de las condiciones de trabajo de la trabajadora grávida, se encuentra contenida en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 de 14 de octubre de 1950, en los arts. 11 a 17 del decreto ley 15.084 de 28 de noviembre de 1980, la ley 17.215 de 24 de setiembre de 1999 y en el Convenio Internacional del Trabajo n° 103 sobre protección de la maternidad de 1952, ratificado por la ley 12.030 de 27 de noviembre de 1953<sup>1</sup>.

El art. 16 de la Ley 11.577 dispone que "toda mujer en estado de gravidez tendrá derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable según prescripción médica. Si la ausencia del trabajo durare menos de cuatro meses, tendrá derecho al salario íntegro de la ausencia. Si excediere de ese plazo, ganará medio salario hasta el término de seis meses. El empleo deberá ser conservado si retornare en condiciones normales", en tanto que el art. 17 dispone que "en el caso previsto en el artículo anterior, la obrera no podrá ser despedida. Si lo fuere, el patrón deberá satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponde".

El Decreto ley 15.084 modifica el régimen de licencia maternal y de pago de la misma dispuesta en el art. 16 de la ley 11.577, estableciendo el derecho de toda empleada de la actividad privada a percibir un subsidio por maternidad a cargo del Banco de Previsión Social, durante el período de licencia maternal. Dicho subsidio es

<sup>1</sup> Cabe destacar que en la Conferencia Internacional de la OIT celebrada en el año 2000 se sancionó el Convenio n° 183 sobre la protección de la maternidad, que revisa el Convenio n° 103. Sin embargo, Uruguay aún no ha ratificado este nuevo convenio internacional del trabajo por lo que continúa en vigencia el anterior. Un análisis del Convenio n° 183 puede verse en: GIUZIO, Graciela y MARQUEZ, Martha; "El nuevo convenio internacional del trabajo n° 183 sobre protección de la maternidad", en revista Derecho Laboral n° 202, abril-junio 2001, pág. 378 y sigs.

equivalente al promedio de retribuciones percibidas por la empleada en los últimos seis meses, al que se le adicionará la cuota parte correspondiente al sueldo anual complementario, la licencia y el salario vacacional devengados por el período de amparo al subsidio.

El art. 12 del decreto ley 15.084 fija la licencia maternal en 12 semanas, que, en principio, deben ser tomadas 6 semanas antes de la fecha presunta del parto y 6 semanas después del mismo, aunque el BPS puede autorizar a que se gocen de forma distinta, manteniendo el total de 12 semanas. Todo ello sin perjuicio de un eventual descanso prenatal suplementario, en caso de enfermedad que sea consecuencia del embarazo (art. 14) o de la prolongación del descanso puerperal por iguales motivos.

Los beneficios antes reseñados coinciden con los consagrados en el Convenio Internacional del Trabajo nº 103, que establece el derecho de toda mujer trabajadora a un descanso maternal no inferior a 12 semanas, así como también los eventuales descansos suplementarios pre o post nacimiento como consecuencia de enfermedad de la trabajadora vinculada al embarazo o parto.

El instrumento internacional también prevé el otorgamiento de prestaciones en dinero y médicas, que se corresponden con las estatuidas en el decreto ley 15.084, y consagra el derecho a interrumpir el trabajo para lactar al hijo durante uno o varios períodos que deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales, lo que será determinado por la legislación nacional.

Al respecto, cabe recordar que el Decreto de 1º de junio de 1954 dispone que si la empleada lacta a su hijo, está autorizada a interrumpir su trabajo para este fin, durante dos períodos de media hora dentro de su jornada diaria y que serán contados como trabajo efectivo.

No menos importante es la previsión contenida en el art. 6 del Convenio Internacional que se comenta, relativa a la garantía en el empleo de la trabajadora grávida: "Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del art. 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se le comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia".

Si bien el texto transcripto podría dar pie para sostener que la ruptura del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, durante el período de licencia maternal, sería nula y consecuentemente podría entablarse una acción de reinstalación, en la práctica se ha optado por la solución resarcitoria prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577. Uno de los pocos fallos judiciales que se refieren a este punto, señala que el hecho de que el Convenio internacional indicado determine que el despido sea ilegal no significa que sea nulo, sino que lo tacha de ilegítimo, lo que significa que genera las consecuencias previstas por la ley 11.577<sup>2</sup>.

Recientemente, la ley 17.215 dispuso que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez o en período de lactancia tiene derecho a obtener un cambio temporario de las actividades que desempeña, cuando las mismas, por su naturaleza o por las condiciones en que se llevan a cabo, pudieren afectar la salud de la trabajadora o de su hijo. Este cambio de tareas no puede implicar disminución o aumento de la remuneración que habitualmente percibe la trabajadora.<sup>3</sup>

El texto legal también dispone expresamente que las trabajadoras que hagan ejercicio de dicho derecho no podrán, por esa sola causa, ser suspendidas, despedidas, perjudicadas o postergadas en sus derechos laborales o en su carrera funcional.

### III. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES

#### A) Alcance subjetivo de la protección y ámbito de aplicación

Uno de los aspectos en los que se ha superado la discusión, es en relación al alcance subjetivo de las normas que tutelan la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida. Si bien el art. 17 de la ley 11.577 dispone que "la obrera" que se encuentre en uso de licencia maternal no podrá ser despedida, la doctrina y la jurisprudencia han entendido pacíficamente que la protección alcanza también a las "empleadas" o más propiamente, a toda trabajadora dependiente sin distinción de clase alguna de categoría, jerarquía o actividad.

Asimismo, actualmente resultan superadas la diversidad de enfoques que existía en el pasado sobre el ámbito objetivo de aplicación de los arts. 16 y 17 de la ley 11.577. Aún cuando los mismos estén insertos en una ley sobre actividades insalubres, estas previsiones tienen indudable alcance general, siendo aplicable a todas las actividades privadas<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Anuario de Jurisprudencia Laboral 2000 c. 512.

<sup>3</sup> Un estudio profundo y prolijo sobre la ley 17.215 puede consultarse en: MARQUEZ GARMENDIA, Martha; "Cambio temporario de actividades durante el período de gravidez o lactancia (ley nº 17.215)" en revista Derecho Laboral, nº 197, enero-marzo 2000, pág. 128 y sigs.

## B) Alcance temporal de la protección

Otro punto interesante es la determinación del alcance temporal de la prohibición de despedir a la trabajadora grávida. En un inicio, una parte de la jurisprudencia sostenía que dicha prohibición se refería únicamente al período de licencia maternal<sup>5</sup>. Dicha opinión se fundaba en que la remisión establecida en el art. 17 de la ley 11.577, que dispone que "en el caso previsto en el artículo anterior, la obrera no podrá ser despedida", se referiría únicamente al período en que "tendrá derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable según prescripción médica", es decir, el período de licencia maternal.

Sin embargo, la opinión doctrinaria y jurisprudencial que se impuso fue aquella que sostuvo que dicha remisión debía entenderse como hecha no solamente al período de licencia maternal, sino también al período en que la trabajadora se encuentra en estado de gravidez e, inclusive, a una etapa posterior a su reintegro al trabajo luego de dar a luz y gozar de la licencia especial.

En concreto, la indemnización especial se torna exigible cuando el despido se verifica:

- a) durante el período de gravidez;
- b) durante el período de licencia maternal, tanto la regular o común que la legislación fija en 12 semanas, como la de carácter suplementario o extraordinario derivada de complicaciones del embarazo o parto;
- c) por un período de tiempo razonable posterior al reintegro al trabajo, luego de la licencia maternal.

## C) Conocimiento del embarazo por el empleador

En cuanto a la protección durante el período de embarazo, la doctrina y jurisprudencia predominantes han requerido como condición indispensable para que se torne exigible la indemnización especial, el **conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador**.

Al respecto, De Ferrari sostiene que el empleador solamente debe la indemnización especial cuando tiene noticia del embarazo, caso en el cual se presume que el despido persigue como finalidad eludir las obligaciones legales<sup>6</sup>.

En igual dirección, Plá Rodríguez se pregunta si basta con que la trabajadora esté embarazada para tener derecho a la indemnización especial en caso de despido, a lo que responde que teniendo en cuenta la finalidad del instituto parece lógico que la misma solamente deba abonarse si el patrono está enterado del estado de gravidez, ya que sólo en ese caso puede considerarse especialmente sancionable su actitud por estar presumiblemente inspirada en el deseo de eludir el cumplimiento de las restantes obligaciones legales<sup>7</sup>.

A la misma conclusión arriba Héctor-Hugo Barbagelata, quien expresa que es necesario que la trabajadora haya comunicado el embarazo al empleador o que su estado sea notorio. Dicho autor señala que la tesis de la necesidad del conocimiento del embarazo, parte de la idea de que la sanción legal solo puede funcionar cuando el patrón transgrede el precepto, lo que está condicionado al conocimiento de la situación pues la ley no dice que las trabajadoras despedidas en estado de gravidez se benefician de una indemnización suplementaria, sino que no puede ser despedidas en ese estado<sup>8</sup>.

La postura antes mencionada ha sido seguida de manera casi unánime por la jurisprudencia laboral<sup>9</sup>, la que ha expresado que no puede recibir una sanción especial quien desconoce que transgrede una prohibición legal por desconocer que la trabajadora cursaba un embarazo al momento de despedirla.

También ha dicho que una interpretación contraria a la anteriormente señalada, en lugar de ser favorable a la situación laboral de la mujer es perjudicial a ella puesto que coadyuvaría a optar por un trabajador, teniendo en cuenta de que si contrata a una trabajadora asume una responsabilidad objetiva de no despedir, so pena de que por su condición de mujer, pueda estar embarazada en algún momento<sup>10</sup>.

En general, se ha señalado que corresponde a la trabajadora acreditar que el empleador está en conocimiento del estado de gravidez al momento de decidir su despido, debido a que no puede pretenderse que sea el patrono el que aporte la prueba imposible de un hecho negativo (ignorancia de la gravidez)<sup>11</sup>. En ese orden, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno ha dicho que "es de cargo de la trabajadora grávida el

<sup>4</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, ed. Idea, Montevideo, 1988, pág. 183.

<sup>5</sup> MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo; "La prohibición de despedir a la trabajadora grávida" en revista Derecho Laboral, n° 98, abril-junio 1975, pág. 270 y sigs.

<sup>6</sup> DE FERRARI, FRANCISCO, Derecho del trabajo, Vol. II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 535.

<sup>7</sup> Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 208.

<sup>8</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo; Derecho del trabajo, tomo I vol 2, ed. FCU, Montevideo, 1999, pág. 230.

<sup>9</sup> AJL 1998 c. 386, 387, 388, 392. AJL 1999 c. 467, 471, 472. AJL 2000 c. 498, 499, 500, 502, 503. AJL 2001 c. 360, 361, 362, 365.

<sup>10</sup> AJL 1998 c. 390.

<sup>11</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 208 y sig.

probar el conocimiento directo del empleador acerca del embarazo y ello no se asume por inferencias ni en aplicación de la regla "in dubio pro operario"<sup>12</sup>.

En la práctica la trabajadora suele comunicar al empleador dicha condición a través de algún medio fehaciente (telegrama colacionado, carta certificada, etc.), facilitando de esa forma el cumplimiento de la carga probatoria que fuera mencionada.

En otro orden, es preciso señalar que la jurisprudencia ha sido flexible en la apreciación de la prueba del conocimiento del empleador, constituyendo un criterio frecuentemente utilizado el de la "notoriedad del embarazo" para dar por suficientemente acreditado tal extremo<sup>13</sup>, lo que generalmente acontece al quinto mes de embarazo<sup>14</sup>.

Además, corresponde anotar que se entiende cumplido el requisito del conocimiento de la gravidez no solamente cuando el mismo se deposita en la figura del empleador "strictu sensu", sino también en su personal de confianza (gerentes, capataces, supervisores, etc.)<sup>15</sup>.

La posición contraria ha sido sostenida en jurisprudencia en un fallo del Juzgado Letrado del Trabajo de 2º turno, dictado hace más de dos décadas por la Dra. María Eloisa Galarregui<sup>16</sup> y más recientemente, en sentencia dictada por el Juzgado Letrado del Trabajo de 8º turno, a cargo de la Dra. María Rosina Rossi<sup>17</sup> y, en doctrina, por Osvaldo Mantero de San Vicente<sup>18</sup>.

Los argumentos que invoca esta postura podrían resumirse de la siguiente forma:

- a) los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 no establecen el requisito del conocimiento del embarazo para que funcione la indemnización especial;
- b) el tenor literal de dichas disposiciones, el contexto de la ley, la finalidad del instituto de la indemnización por despido y la historia de la sanción de la norma legal conducen a sostener que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva;
- c) lo que se sanciona no es el despido a causa del embarazo sino en ocasión del embarazo;
- d) por tratarse de una responsabilidad objetiva no interesa si el empleador quiso dañar o no, sino simplemente compensar el daño causado por el hecho del despido en una ocasión tan especial;
- e) lo que se protege es la maternidad y el hijo;
- f) la norma no es sancionadora sino protectora de la maternidad;
- g) si aún quedaran dudas, debe aplicarse la regla in dubio pro operario.

Partiendo de la premisa de que el "conocimiento" del estado de gravidez es un requisito indispensable para que funcione la protección de la estabilidad en el empleo, debe precisarse cuál es la relación temporal entre el conocimiento y la comunicación del despido a la trabajadora.

A ese respecto, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno entendió que no correspondía el pago de la indemnización especial si la notificación del estado de gravidez se hizo recién al momento de comunicarse el despido<sup>19</sup>. El tribunal señala, a nuestro juicio con acierto, que el despido se perfecciona cuando la comunicación del mismo llega al trabajador y éste toma conocimiento del acto, por lo que se torna irrevocable, salvo que el empleador libremente decida lo contrario.

A igual conclusión había arribado el Tribunal de Apelaciones del Trabajo (único) en el año 1977, el que señalaba que si el empleador no conoce el estado de gravidez al momento de decidir y comunicar el despido, entonces no infringe lo dispuesto en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 ya que no tiene forma de garantizar la estabilidad en el empleo<sup>20</sup>. Esta postura ha sido criticada por Martha Abella de Artecona, quien entiende que si bien el acto de despido surte efectos desde el momento en que es comunicado, el mismo es perfectamente revocable y la exigencia de la revocación en tal supuesto, se inscribiría dentro de la mecánica de protección instituida por la ley y aseguraría su eficacia<sup>21</sup>.

<sup>12</sup> Sentencia n° 35 de 19 de febrero de 2003.

<sup>13</sup> AJL 1999 c.470; AJL 1994/95 c. 520; AJL 1993 c. 362; AJL 1996/97 c. 789 ; AJL 1998 c. 387.

<sup>14</sup> AJL 2001 c. 363 y TAT 3º sent. N° 50 de 19.2.2003. En otros casos se consideró que el embarazo era "notorio" a los cuatro meses y medio: AJL 2000 c. 516.

<sup>15</sup> AJL 1988-1991 c. 511. En este caso se consideró que el conocimiento del embarazo por el Encargado de Sección, era suficiente para dar por acreditado que el empleador también lo conocía.

<sup>16</sup> Sentencia de 25 de marzo de 1975, publicada en revista Derecho Laboral n° 98, abril-junio 1975, pág. 264 y sigs.

<sup>17</sup> Publicado en AJL 1994/1995 c. 522.

<sup>18</sup> "La prohibición de despedir a la trabajadora grávida", op. cit., pág. 264 y sigs.

<sup>19</sup> Sentencia n° 458 de 10 de diciembre de 2001.

<sup>20</sup> Publicada en La Justicia Uruguaya c. 8.622).

<sup>21</sup> ARTECONA, Martha Abella; "despidos especiales" en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, tomo XI, diciembre 1988, pág. 35

## D) Características de la indemnización especial

El art. 17 de la ley 11.577 dispone que la violación de la estabilidad laboral de la trabajadora grávida trae aparejado que el patrón deba satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo, **más la indemnización legal que corresponde**.

Esta indemnización especial tiene carácter sancionatorio, ya que se exige el conocimiento del embarazo por el empleador para que la indemnización se devengue, pero además, es **independiente** de la indemnización común por despido y eventualmente **acumulativa** con la misma<sup>22</sup>.

En efecto, existe coincidencia en cuanto a que aún cuando la trabajadora no tenga derecho a cobrar la indemnización común prevista en las leyes del año 1944, igualmente el empleador tiene la obligación de servir la indemnización especial. Los ejemplos más claros de esta situación son los de la jornalera que no cumplió la cantidad de 100 jornadas que es el mínimo requerido para acceder a la indemnización común o la trabajadora doméstica, que para tener derecho a cobrar dicha indemnización debe haber cumplido un año en el empleo. En ambos casos se ha sostenido que igualmente tienen derecho a percibir la indemnización especial<sup>23</sup>, si se cumplen las condiciones previstas en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, ya que se trata de indemnizaciones autónomas<sup>24</sup>.

En cuanto al **carácter acumulativo**, la redacción de la norma legal resulta clara por lo que no deja dudas al respecto (la ley consigna: "más la indemnización legal que corresponde"). Solo cabe agregar que la remisión a la "indemnización legal" debe entenderse hecha no solamente en relación al régimen indemnizatorio común previsto en las leyes de 1944, sino a cualquier otro tipo de indemnización que tenga origen "legal" (a vía de ejemplo, indemnización especial por accidente laboral o enfermedad común).

## E) Monto y forma de cálculo de la indemnización

La ley 11.577 de 14 de octubre de 1950 establece que en caso de transgresión a la prohibición de despedir a la trabajadora grávida, el patrón deberá satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo.

En el caso de las trabajadoras que perciben una retribución fija mensual (sueldo), la aplicación de la norma antes mencionada no ofrece dificultades: la indemnización se calcula multiplicando la retribución fija nominal por seis. Distinta es la situación en el caso de las trabajadoras jornaleras, destajistas o con retribución variable (por ejemplo comisionistas), ya que las mismas no perciben un "sueldo".

Interpretar el término "sueldo" en forma restringida, supondría excluir –arbitrariamente– de la protección a un numeroso grupo de trabajadoras, por el solo hecho de tener pactada con el empleador una forma de retribución que no es fija mensual. Por ese motivo, ha existido opinión coincidente en cuanto a que en dichos casos debe hallarse el ingreso mensual de la trabajadora, para luego calcular la indemnización especial. En el caso de la trabajadora jornalera, la indemnización se calculará determinando la cantidad de jornales que realiza habitualmente en el mes (por lo general 25). Tratándose de destajistas o de trabajadoras con retribución variable, se deberá establecer el ingreso promedio mensual de los últimos doce meses previos al egreso. El monto de la indemnización será el resultado de multiplicar el ingreso mensual ("sueldo") de la trabajadora por seis.

A diferencia de lo que sucede con el cálculo de la indemnización común por despido, la indemnización especial por maternidad no incluye las llamadas "alícuotas" o "incidencias". En efecto, mientras el régimen común consagrado por las leyes n° 10.489, 10.542 y 10.570 ordena liquidar y pagar las indemnizaciones en función de la «remuneración total mensual», que según doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias implica tomar como base todas las retribuciones en dinero y especie que fueron abonadas al trabajador en forma habitual, la ley 11.577 solamente hace referencia al "sueldo". La redacción sobria y acotada utilizada por esta última norma no admite una interpretación y aplicación amplias, por lo que se ha rechazado la inclusión de partidas marginales (horas extras, primas y compensaciones, aguinaldo, etc.) para el cálculo de la indemnización<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Barbaglata señala que la indemnización especial es una "especie de multa" en provecho de la trabajadora afectada, la que se acumula a la que podría corresponder con arreglo al régimen común por despido: Derecho del trabajo, tomo I vol. 2, op. cit., pág. 229.

<sup>23</sup> PLA RODRÍGUEZ, Américo; Curso de derecho laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 210.

<sup>24</sup> AJL 2001 c. 378. AJL 2000 c. 515. AJL 1998 c. 388. Juzgado Letrado del Trabajo de 14° turno, sent. 85 de 12.8.1999.

<sup>25</sup> Ver: TAT 2° sent. 125/98 de 9.6.1998, en la que se sostiene que corresponde el pago de seis sueldos y no de seis unidades de retribución total. Idem : AJL 1998 c. 721.

## F) Procedencia de la indemnización en caso de legitimación adoptiva

Otra situación interesante que se ha planteado ante los tribunales laborales, se refiere a si las normas que tutelan la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida son aplicables al caso de la trabajadora que ha adoptado un hijo. En concreto, se ha debatido respecto a si la indemnización especial prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 es procedente en caso de que el empleador despida a una trabajadora que poco tiempo antes ha legitimado en adopción a un menor.

Sobre el punto, el Juzgado Letrado del Trabajo de 5º turno en fallo dictado por la Dra. Mary Cuello de Wilson entendió que aún cuando la ley 11.577 y el Convenio Internacional del Trabajo nº 103 se refieran al embarazo, puerperio y parto, no se debe descartar su aplicación a la madre que adopta un hijo. Indica que ante el vacío legal en la materia debe asimilarse la situación de la trabajadora madre biológica a la adoptiva, ya que la *ratio legis* demuestra que lo que se persigue es proteger a la madre y el menor tanto durante la etapa de embarazo como en período inmediato posterior.

La sentenciante anota que el menor necesita de su madre, tanto biológica como adoptiva (quien se presta y hace responsable y vela por él brindándose en forma entera a cumplir un rol que la naturaleza le negó<sup>26</sup>). La Decisora hace caudal además, de que el BPS por resolución nº 440 de 18.2.1987 resolvió otorgar el beneficio del subsidio por maternidad post natal a las trabajadoras que adopten menores.

Distinto fue el temperamento asumido por el tribunal de alzada. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno, en sentencia nº 398 de 9.10.2000 señaló que «La sola lectura de las disposiciones despeja toda duda, porque no se tiene en cuenta para nada una situación de adopción o de legitimación adoptiva. Se refiere pura y exclusivamente a la maternidad natural o biológica. Por lo pronto, una razón textual: alude a la «mujer en estado de gravidez».

En su apoyo, el Tribunal cita a Barbagelata quien señala que la ley 11.577 conocida como de actividades insalubres, en sus arts. 16 y 17 acordó a todas las trabajadoras, durante su *gravidez* y en el *puerperio* derechos considerablemente más amplios que los que les reconocía el Código del Niño. De igual forma, el Tribunal expresa que el Convenio Internacional del Trabajo nº 103 no refuerza la tesis de la reclamante ya que se refiere a la mujer "casada o no" que tenga un hijo "nacido de matrimonio o fuera de matrimonio", esto es, legítimo o natural, pero no, el legitimado adoptivo.

## IV. CAUSALES DE EXONERACIÓN

Los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 no establecen de forma expresa ninguna forma de excepcionamiento en caso de despido de la trabajadora grávida o que ha dado a luz, lo que ha llevado a que una corriente de opinión doctrinaria y jurisprudencial que ya fuera comentada<sup>27</sup>, sostenga que la ley ha consagrado un régimen de responsabilidad objetiva del que deriva la presunción absoluta de que todo despido es motivado en la maternidad.

Sin embargo, la postura que puede considerarse prevalente ha admitido ciertas causales de exoneración de responsabilidad patronal. La **primera causal** de exoneración, a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo, se relaciona con la ausencia de conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador.

La **segunda causal** de excepcionamiento, que ha tenido recepción en la doctrina y jurisprudencia predominantes, se vincula con la existencia de notoria mala conducta. Plá Rodríguez señala que si no se admitiese esta causal de exoneración la trabajadora embarazada tendría una especie de patente de corso para tomar cualquier actitud, segura de que no podría ser sancionada y se dejaría la posibilidad de cobro de una indemnización extraordinaria en manos de la propia beneficiaria, que con su comportamiento podría provocar la crisis del contrato<sup>28</sup>.

En la misma dirección, la jurisprudencia nacional ha dicho que el único requisito para que la indemnización especial se aplique es el conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez, no importando las causas que pudieron incidir en la determinación del despido, excepto que se pruebe que la ruptura del contrato obedeció a la trabajadora incurrió en notoria mala conducta<sup>29</sup>.

También se ha dicho que si la ley exonera al empleador del pago del despido cuando se configura una causal rescisoria justificada imputable al trabajador, dicha exoneración se extiende al pago de la indemniza-

<sup>26</sup> La sentencia puede consultarse en AJL 1998 c. 394.

<sup>27</sup> Ver supra nº 3.3.

<sup>28</sup> Plá Rodríguez, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 209.

<sup>29</sup> TAT 3º sents. nº 102 de 26.3.2003 y nº 154 de 10.4.2003.

ción especial porque la responsabilidad de la rescisión del contrato recae exclusivamente en la persona del trabajador, acotándose que la circunstancia de que se trate de una trabajadora madre no implica que ésta deje de ser responsable por su conducta laboral<sup>30</sup>

La **tercera causal** exoneratoria de responsabilidad patronal que se desprendería de la propia mecánica del régimen legal bajo examen, se verificaría cuando existe imposibilidad física o síquica de la trabajadora para continuar cumpliendo sus tareas habituales. En tal sentido, la ley 11.577 establece que una vez finalizada la licencia maternal el empleador debe reintegrar a la trabajadora a su cargo y conservar su trabajo, si la misma "retornare en condiciones normales".

De verificarse la imposibilidad mencionada, el contrato de trabajo se extinguiría por causa no imputable al empleador por lo que no correspondería el pago de ninguna indemnización. En puridad, en tal caso no existiría una situación de despido sino de rescisión del contrato por causas no atribuibles al empleador.

La única duda que se presenta es de si el empleador tiene igualmente la obligación de ofrecer un empleo acorde a la nueva capacidad de la trabajadora, previo a considerar rescindida la relación laboral.

En los casos del trabajador accidentado o enfermo, la opinión predominante ha sido que las leyes que regulan su situación (leyes 16.074 y 14.407) se desprendería la obligación del empleador de otorgar un cargo (categoría) que posea las características adecuadas a la nueva capacidad (disminuida) del trabajador. Solo en caso de no existir tal empleo dentro de la empresa, el empleador podría dar por finalizado el contrato de trabajo sin solución indemnizatoria de ninguna clase.

Martha Abella de Artecona ha señalado que cuando la trabajadora que ha dado a luz presenta un déficit funcional que le impide desempeñar sus tareas habituales, el empleador deberá agotar las posibilidades de conservar el empleo en tareas acordes al grado de discapacitación, antes de quedar eximido de la obligación de reincorporar y solo en tal supuesto no sería deudor de la indemnización especial prevista en la ley 11.577<sup>31</sup>.

Sin embargo, sostener la existencia de dicha obligación encuentra el obstáculo de que la exigencia de conservar el empleo se impone a texto expreso solo para el caso de "retornar en condiciones normales", por lo que podría argumentarse que no hay en este caso obligación patronal de ofrecer un empleo distinto, acorde a la nueva capacidad de la trabajadora.

La **última causal**, sobre la que existe discrepancia tanto en doctrina como en jurisprudencia se refiere a si cuando el despido **no tiene causa, motivo o vinculación con el embarazo**, el empleador se exonera de pagar la indemnización especial. Ejemplo típico de este tipo de situación es cuando existe un cierre de empresa, establecimiento, sección o despido colectivo.

Barbagelata ha señalado que se ha admitido por la doctrina, que el patrón pueda excepcionarse probando una motivación distinta, aunque reclamando que se trate de hechos posteriores a la comunicación del embarazo y de especial gravedad, citando a favor de esta postura a De Ferrari<sup>32</sup>.

En cambio, Anabel Garat y Osvaldo Mantero han sostenido que todo despido dispuesto en contravención a lo establecido en el art. 17 de la ley 11.577 genera la indemnización especial, sin importar los motivos del empleador por tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, que prescinde de todo elemento subjetivo<sup>33</sup>.

Anabel Garat analiza el caso del despido motivado en el cierre del establecimiento, señalando que en función del principio de no asunción de riesgos del trabajador es inaceptable que sin un texto legal que así lo establezca, pueda el patrono descargarse de su responsabilidad con motivo de una vicisitud propia de la explotación empresarial, por lo que la obligación legal de pagar la indemnización especial nace con la simple inobservancia del deber de no despedir.

En jurisprudencia, la postura mayoritaria parece ser aquella que se afilia a la opinión de que no interesan los motivos por los cuales el empleador despidió a la trabajadora<sup>34</sup>. Así, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno ha dicho que "debido al carácter tuitivo la norma se aplica independientemente de cuáles sean las características del despido o las razones que lo provocan" (sentencia n° 125/98).

También se ha indicado que lo que se busca proteger es a la mujer embarazada, sancionándose el despido en ocasión del embarazo y no a causa del embarazo<sup>35</sup>, razón por la que no interesan los motivos<sup>36</sup> ni se debe probar el nexo causal<sup>37</sup>, siendo procedente la indemnización aún en caso de cierre del establecimiento<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> AJL 2000 c. 497.

<sup>31</sup> "Despidos especiales" en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, op. cit., pág. 37.

<sup>32</sup> Héctor-Hugo Barbagelata; Derecho del trabajo, tomo I vol 2, op. cit., pág. 230.

<sup>33</sup> Mantero, Osvaldo; "La prohibición de despedir a la trabajadora gravida", op. cit., pág. 274 y Anabel Garat, "El artículo 17 de la ley 11.577 ante el despido por cierre del establecimiento" en revista Derecho Laboral, n° 112, octubre diciembre 1978, pág. 627 y sigs

<sup>34</sup> AJL 1988-1991 c. 517. AJL 1994-1995 c. 522

<sup>35</sup> AJL 1998 c. 388.

<sup>36</sup> AJL 1992 c. 640.

<sup>37</sup> AJL 1993 c. 363 y 364.

Teniendo en cuenta el fundamento y los objetivos especialmente tuitivos que tienen los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, así como la ausencia de causales de exoneración de responsabilidad patronal consagradas de modo expreso, en nuestra opinión la solución que resultaría más adecuada es la anteriormente citada, sobre todo si se admite que estamos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva en el cual no interesan los motivos o razones por los que se prescindió de la trabajadora. Naturalmente, distinta sería la solución si los motivos invocados por el empleador para efectuar el despido constituyesen una auténtica situación de fuerza mayor, la cual debería ser claramente acreditada por el mismo<sup>39</sup>.

Para otra corriente jurisprudencial minoritaria, la indemnización especial solo se debe si la ruptura del contrato obedece al embarazo, admitiéndose la exoneración en caso de cese de un sector de una planta<sup>40</sup>.

## V. DESPIDO ESPECIAL Y DESPIDO INDIRECTO: SU COMPATIBILIDAD

Otro punto sobre el que ha existido una evolución jurisprudencial ha sido respecto a la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto.

Durante muchos años la jurisprudencia miró con especial recelo las pretensiones de cobro de la indemnización prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, cuando la misma se fundaba en casos de despido indirecto, esto es, en situaciones en las que no era el empleador el que disponía de forma expresa y directa el cese de la trabajadora grávida, sino que era ésta la que tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo debido a un incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empleador.

De esa forma, la jurisprudencia buscaba evitar que la indemnización quedase en manos de la reclamante, ya que ésta podría –al menos hipotéticamente– aprovechar su estado de gravidez para apartarse del empleo ante cualquier situación de incumplimiento del empleador, invocando la configuración de un despido indirecto.

Durante varios años los juzgados letrados de primera instancia del trabajo y los tribunales de apelaciones del trabajo tuvieron posiciones disímiles. Como se verá más adelante, en el año 1997 la Suprema Corte de Justicia fijó posición sobre el tema, aceptando la compatibilidad entre el despido indirecto y la indemnización especial por maternidad. A partir de ese momento, los tribunales del trabajo se han ido afilando paulatinamente a la postura de la Corporación, de forma tal que en la actualidad su posición se revela como la más aceptada.

El rechazo a la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto se ha fundado, sintéticamente, en los siguientes argumentos<sup>41</sup>:

- a) el texto de la ley 11.577 se vincula o refiere al despido expreso: *"la obrera no podrá ser despedida"*;
- b) En el despido indirecto el trabajador se "autodespide", se aparta del trabajo por su decisión unilateral, mientras que en el despido directo existe manifestación de voluntad del empleador. La norma manda conservar el empleo y prohíbe despedir;
- c) La referencia prohibitiva aparece claramente vinculada con el despido expreso, con la decisión unilateral de la empleadora de poner fin a la relación laboral y de esta manera proteger a la maternidad;
- d) se trata de una norma sancionatoria por lo que su interpretación debe ser estricta. Si la norma se refiere al despido directo o expreso no puede recepcionarse la situación de despido indirecto;
- e) la trabajadora podría elegir a su conveniencia la fecha de despido, haciendo coincidir el incumplimiento patronal que normalmente daría lugar a una indemnización común, con su estado de gravidez y en consecuencia reclamar la indemnización especial.

La posición contraria siempre encontró adhesiones en la jurisprudencia. Pero como se dijo anteriormente, se hizo más fuerte a partir de la sentencia n° 364 de 12 de noviembre de 1997 dictada por la Suprema Corte de Justicia<sup>42</sup>.

En dicho fallo la Corporación anula una sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno, que había rechazado el despido especial por basarse en una hipótesis de despido indirecto haciendo caudal de los argumentos que fueron resumidos precedentemente.

En lo sustancial la Suprema Corte de Justicia señala que el despido indirecto no es un "autodespido" y que "...sería muy fácil para el empleador eludir el pago de la indemnización prevista legalmente tornand

<sup>38</sup> AJL 1999 c. 468. AJL 2000 c. 501 y 511.

<sup>39</sup> No ingresan en tal calificación situaciones como el cierre de empresa, local o establecimiento por motivos económicos, tecnológicos o administrativos.

<sup>40</sup> AJL 1994-1995 c. 517. En este caso se exoneró el pago de la indemnización porque el cese se debió a que finalizaron las actividades de faena del frigorífico.

<sup>41</sup> Entre otros fallos pueden consultarse: AJL 1994-1995 c.518, 519, 526; AJL 1996-1997 c. 801; AJL 1998 c. 393.

<sup>42</sup> AJL 1996-1997 c. 802.

nible la continuación de la trabajadora embarazada en su desempeño laboral para obligarla a ella misma a renunciar. Logrando así, en forma indirecta, evadir la finalidad del instituto, cual es la conservación del empleo en tal especial circunstancia. Por lo tanto, corresponde la aplicación de la norma legal invocada en todos los casos, sin que sea necesario distinguir si el despido fue expreso o indirecto. La objeción principal planteada por la Sala de mérito de que la trabajadora pueda, en cierta forma, elegir la fecha del despido al no configurarse el mismo hasta que no sea invocado, carece de sustento.»

Similares argumentos maneja el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º en la sentencia nº 437/96, señalando que ambos despidos son compatibles pero se debe ser cuidadosos de analizar que el motivo del incumplimiento sea extraño al embarazo. Expresa el Tribunal que «decir que la ley se refiere al despido expreso es una interpretación piedelestrista. Lo que la norma tiende a evitar es la pérdida del empleo de la mujer embarazada y en el despido indirecto la conducta que origina la rescisión contractual es la del empleador.»

Dicho Tribunal también expresa que se debe ser meticuloso en el análisis de cada situación para evitar que la trabajadora se beneficie indebidamente de la indemnización especial, pero tampoco es equitativo, inicialmente y con carácter general, negar la posibilidad de la indemnización especial cuando se trata de un despido indirecto, por cuanto también puede darse la situación inversa, que el empleador provoque el despido indirecto precisamente por el hecho del embarazo.

Por ese motivo el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno en la sentencia nº 474 de 6 de noviembre de 1996 señaló que no correspondía el despido especial porque el motivo del despido indirecto había acompañado toda la relación laboral (no pago de horas extras), lo que evidenciaba que la decisión de considerarse despedida no tenía vinculación alguna con el embarazo. El incumplimiento patronal había comenzado mucho antes del embarazo y era independiente de éste.

El propio Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno<sup>43</sup>, que en un inicio había acompañado la posición contraria porque entendía que la ley 11.577 contempla el despido directo en tanto señala una prohibición dirigida al empleador y además la aplicación de la norma no puede quedar librada a la interpretación de la trabajadora de entenderse indirectamente despedida, en el año 2000 exteriorizó un renovado enfoque sobre el punto.

El Tribunal señala que si el empleador agrede sustancialmente las condiciones del contrato determinando el indirecto despido del trabajador en el período de estabilidad, la indemnización especial es procedente, ya que de lo contrario sería muy fácil para el empleador eludir el pago de la indemnización tornando insostenible la continuación de la trabajadora embarazada para obligarla a renunciar.

En los últimos años, los argumentos desarrollados precedentemente han sido seguidos por la mayoría de los juzgados laborales (tanto de Montevideo como del Interior) y los tribunales de apelaciones del trabajo, de suerte que en la actualidad puede afirmarse que la jurisprudencia predominante admite la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto, siempre que el incumplimiento del empleador haga insostenible la relación laboral para la trabajadora grávida y no se trate de una situación que se ha originado en tiempo anterior al embarazo<sup>44</sup>.

En nuestra opinión, las consideraciones desarrolladas por la Suprema Corte de Justicia y los tribunales laborales antes mencionados tienen la suficiente consistencia y peso como para ser de recibo, sobre todo a la luz de la normativa y los principios del Derecho Laboral. En efecto, en la actualidad existe coincidencia en cuanto a que el despido indirecto es una forma de ruptura de la relación laboral cuya consecuencia es idéntica a la deriva del despido expreso, por lo que resultaría arbitrario rechazar el despido especial originado en un incumplimiento grave del empleador, por la sola circunstancia de que el trabajador es quien adopta la decisión de poner fin a la relación laboral —motivada en la conducta del empleador—.

## VI. PERÍODO DE PROTECCIÓN POST LICENCIA MATERNAL

Otro aspecto controvertido que ha despertado especial interés se refiere a las características que debe tener el reintegro de la trabajadora grávida, después de cumplido el período de licencia maternal. La parquedad de la norma legal, que solo establece que «el empleo deberá ser conservado si retornare en condiciones normales», ha generado que las “condiciones” en que el empleador debe cumplir el reintegro hayan tenido que ser elaboradas y establecidas por la jurisprudencia.

<sup>43</sup> AJL 2000 c. 506.

<sup>44</sup> AJL 1999 c. 474 y 478; AJL 2000 c. 504, 505; AJL 2001 c. 366, 367 y 368.

La primera característica que se ha señalado al respecto es que **el reintegro debe ser real y efectivo**. En general se entiende que el envío al seguro de paro o el otorgamiento inmediato de la licencia reglamentaria no se toman en cuenta como reintegro efectivo<sup>45</sup>, por lo que no se computan para el período de estabilidad. Se señala que la norma legal no consagra el derecho a la inamovilidad pero sí la conservación del empleo si la trabajadora retornare en condiciones normales, lo que no se cumple si la reincorporación es meramente formal y no sustancial. Por ello, solo se toman en cuenta a los efectos del cómputo del período de estabilidad aquellas etapas en las que existe trabajo efectivo.

Naturalmente, lo anterior no implica que el empleador no tenga el derecho de enviar a la trabajadora que ha dado a luz al seguro de desempleo o el derecho de otorgarle su licencia reglamentaria anual, que aún no ha gozado. En tales casos no existe incumplimiento del empleador de la garantía de estabilidad prevista en la ley 11.577, pero los lapsos en que la trabajadora permanezca amparada al seguro de desempleo o en goce de licencia reglamentaria suspenderán el curso del período de estabilidad, el que recién se iniciará una vez que se verifique trabajo efectivo.

La obligación de conservar el empleo también supone que el empleador debe **mantener las condiciones laborales** que tenía la trabajadora previo a que se suspendiera el contrato de trabajo por motivo de la licencia maternal.

En términos generales, la jurisprudencia ha entendido que el empleador debe mantener las condiciones habituales de la trabajadora, lo que comprendería el salario, la categoría, el horario, el lugar y las demás prestaciones laborales<sup>46</sup>. En cuanto al alcance de esta obligación, Plá Rodríguez aclara que la expresión "conservar el empleo" no debe entenderse literalmente en el sentido de que deba mantenerse siempre el mismo puesto. Lo que debe respetarse es el salario y la categoría que poseía con anterioridad, pero no es razonable que la trabajadora reivindique el derecho a ocupar exactamente el mismo puesto que antes, porque puede ocurrir que el empleador haya tenido que confiar las tareas a un sustituto y no convenga ni la eliminación ni la sustitución inmediata del mismo<sup>47</sup>.

Pero el aspecto más importante de la obligación de reincorporación y conservación del empleo que recae sobre el empleador se refiere a la determinación de **cuál es el plazo por el que se extiende la estabilidad**.

La ley 11.577 no establece el plazo durante el cual el empleador no puede despedir a la trabajadora madre una vez operada la reincorporación a su puesto de trabajo. La norma legal se limita a señalar que el empleo deberá ser conservado si la trabajadora retornare en condiciones normales, lo que ha llevado a que la jurisprudencia haya tenido que llenar el vacío que dejó el legislador.

El criterio usual que maneja la jurisprudencia es que debe tratarse de un "período razonable". Sin embargo, como veremos seguidamente la determinación precisa de ese estándar no exhibe un criterio uniforme. Si bien el criterio que se ha ido asentando fija el período de prohibición de despedir en 180 días posteriores al reintegro, una revisión de los fallos de los últimos años demuestra que los criterios han sido variados, encontrándose fallos que ubican el plazo en términos sensiblemente inferiores. A continuación se expone un resumen de los criterios utilizados:

a) **30 días**: Martha Abella de Artecona sostuvo que ante el vacío legal debía recurrirse al procedimiento de integración previsto en el art. 16 del Código Civil, es decir a los fundamentos de leyes análogas, acudiendo entonces al plazo de estabilidad previsto en el art. 23 del decreto ley 14.407. La autora reconoce que el tema es opinable y que por esa vía se llega a una protección bastante módica, pero señala que de lo contrario se puede crear una sobreprotección que llevaría a que los empleadores no quieran tomar trabajadoras, convirtiéndose la estabilidad en un factor de discriminación<sup>48</sup>.

b) **un mes y medio (6 semanas)**: en algún fallo aislado se ha sostenido que un plazo razonable es aquel equivalente al que la ley fija para la licencia post parto (un mes y medio)<sup>49</sup>.

c) **34 días desde el reintegro**: en posición no mantenida posteriormente, en su momento el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno consideró que un despido producido a los 34 días del reintegro no era contrario a los arts. 16 y 17 de la ley 11.577<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> AJL 2000 c. 495 y 496. AJL 1999 c. 466. TAT 2º sent. 79/98 y 121/97. En algún caso aislado se ha considerado que el goce de la licencia reglamentaria se debe tomar como tiempo trabajado a los efectos del cómputo del plazo de estabilidad: AJL 1996-1997 c. 788.

<sup>46</sup> AJL 2000 c. 495 y 496. AJL 1993 c. 363. TAT 1º sent. 408/99.

<sup>47</sup> Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. 1, op. cit., pág. 210.

<sup>48</sup> "Despido de la trabajadora grávida" op. cit., pág. 37.

<sup>49</sup> AJL 1992 c. 638.

<sup>50</sup> AJL 1992 c. 644.

d) **5 meses desde reintegro:** en algunos casos teniendo en cuenta que la ley deja en manos del juez la fijación del plazo de estabilidad, ha dado por cumplida la obligación de conservación del empleo cuando el despido se produjo a los cinco meses contados desde el reintegro<sup>51</sup>.

e) **180 días contados desde el parto:** también se ha fijado el plazo de estabilidad en 6 meses pero fijando el comienzo del cómputo no en el momento del reintegro sino del parto<sup>52</sup>, lo cual supone ubicar la estabilidad real entre 3 meses (si la licencia maternal post parto fue de 12 semanas) y 4 meses y medio (si la licencia post parto duró 6 semanas).

f) **entre 120 y 180 días:** En un caso en que la trabajadora se había reintegrado en marzo y el despido se produjo en julio, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno consideró que se había infringido la obligación de conservación del empleo ya que el plazo de estabilidad debía situarse entre 120 y 180 días<sup>53</sup>.

g) **180 días desde el reintegro:** por último, el criterio que parece ser mayoritario fija la extensión de la obligación de conservación del empleo en 180 días contados desde la reincorporación efectiva y real al empleo. Esta postura, que ha tenido adhesión en la jurisprudencia desde hace varios años<sup>54</sup>, es seguida actualmente por varios juzgados letrados y tribunales de apelaciones del trabajo<sup>55</sup>.

A favor de fijar el plazo en dicho quantum se ha señalado, fundamentalmente, que la integración analógica debe realizarse no con la *ratio* del art. 23 de la ley 14.407 sino con la del art. 69 de la ley 16.074, que establece un plazo de estabilidad en el empleo del trabajador accidentado de 180 días desde su reincorporación, ya que los valores en juego exigen una tutela de mayor extensión temporal.

Como quiera que sea, parecería que no existiendo un plazo fijado legalmente la tarea de establecer el mismo corresponde en cada caso al Juez. A tales efectos éste deberá recurrir a los mecanismos y principios de interpretación e integración previstos en el Derecho laboral y en los arts. 16 y 17 del Código Civil.

En aplicación de estos últimos y del principio de razonabilidad parecería que mientras no exista una solución legal expresa la más adecuada sería establecer el plazo de estabilidad en 180 días, contados desde la reincorporación efectiva de la trabajadora, ya que los bienes tutelados (protección de la madre y su hijo) hacen necesaria una extensión temporal amplia de la obligación de conservación del empleo. Por ello, no parece acertada la postura que establece el momento de arranque de la protección en la fecha del parto, ya que la estabilidad tiene sentido recién cuando la trabajadora reingresa a sus tareas habituales.

Por su parte, la aplicación del principio de razonabilidad permitiría que el tribunal pueda adaptar el criterio antedicho a cada caso concreto, valorando puntualmente las circunstancias que rodean cada decisión del empleador. Así, no parecería razonable que se considerase como violatorio de la obligación mantener la estabilidad en el empleo, si el despido se produce pocos días antes de completarse los 180 días, siempre que las circunstancias y razones que condujeron al mismo no guarden vinculación con la maternidad, obedezcan a una causa justificada y el empleador demuestre haber cumplido cabalmente con sus obligaciones laborales durante todo el período de protección maternal.

Para finalizar este capítulo, interesa señalar que la justicia ha entendido que el plazo de estabilidad que se ha estudiado precedentemente, también alcanza a la trabajadora madre cuyo hijo ha fallecido. En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno ha indicado que "el fallecimiento del bebé no afecta el derecho de la actora a percibir la indemnización especial si es despedida en el período de estabilidad. Lo opuesto no solo repugna al espíritu humanitario y profundamente social que informa la ley; sino que -además- implica establecer una limitación que la norma legal no impuso"<sup>56</sup>.

## VII. DESPIDO ESPECIAL, CONTRATO A TÉRMINO Y CONTRATO A PRUEBA

### A) La contratación temporal en el Derecho laboral uruguayo

El último punto que abordaremos refiere a la procedencia de la indemnización especial en casos de trabajadoras contratadas a término o a prueba.

Como lo señala Barbagelata con gran acierto, en el Uruguay nunca hubo restricción alguna a la posibilidad de formalizar contratos por tiempo determinado<sup>57</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han acepta-

<sup>51</sup> AJL 1999 c. 479 y AJL 1996-1997 c. 784 y 786.

<sup>52</sup> AJL 375. AJL 1996-1997 c. 785 y TAT 1º sent. 408/99.

<sup>53</sup> AJL 2000 c. 495.

<sup>54</sup> A vía de ejemplo puede consultarse: AJL 1988-1991 c. 509 y 522.

<sup>55</sup> TAT 3º sent. 104/2000, 530/2000 y 154/2003; TAT 1º sent. 349/2001. AJL 1993 c. 364.

<sup>56</sup> AJL 1994-1995 c. 524.

<sup>57</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo; "Hablemos de flexibilidad y globalización" en revista Derecho Laboral, nº 194, abril-junio 1999, pág. 221 y sigs.

do la validez de la contratación temporal, con excepción de aquellos contratos visiblemente concertados en fraude de las leyes de despido.

Así, a vía de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno ha expresado que los contratos con plazo no son violatorios del Derecho Laboral, y que no puede decirse, a priori, que tengan como fin ocultar una verdadera relación continuada<sup>58</sup>.

Es amplio el elenco de contratos a término que se admiten en nuestro ordenamiento laboral. Los **contratos de trabajo para obra determinada** han sido la forma más frecuente de ocupación de mano de obra en sectores como la industria de la construcción, existiendo una jurisprudencia consolidada respecto a que si el trabajador cesa debido al avance y finalización de la etapa para la cual fue contratado, existe agotamiento natural del contrato y no acto de rescisión unilateral del empleador, por lo que no corresponde el pago de indemnización común.

Otras modalidades de contratación temporal sumamente habituales son el **contrato por zafra y por temporada**, los cuales responden a factores objetivos como son el incremento o declinación total o parcial de las actividades económicas en función de los ciclos de la naturaleza o la época del año.

En nuestro país, a diferencia de otras legislaciones comparadas, no se prevé el pago de indemnizaciones a la finalización de la zafra o temporada. El art. 1º de la ley 10.570 dispone expresamente que resultan excluidos del régimen de indemnización por despido los trabajadores zafrales. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que la exclusión indemnizatoria mencionada no se ve alterada por la circunstancia de que el trabajador haya sido contratado por varias zafras sucesivas<sup>59</sup>, aunque es de consignar que algunos tribunales han postulado la posición contraria.

Otra forma de contratación temporal plenamente admitida es la **suplencia**. La legislación dispone que los trabajadores suplentes no tienen derecho a percibir indemnización por despido al cesar en sus relaciones laborales como consecuencia del reintegro a sus tareas del titular<sup>60</sup>. También son conocidas y admitidas modalidades como el **trabajo eventual**, que es aquel destinado a cubrir necesidades de trabajo extraordinarias o excepcionales que surgen en el giro o actividad normal de la empresa y tienen una duración limitada, y el **trabajo ocasional** que está destinado a satisfacer una demanda extraordinaria de empleo pero fuera del giro normal del negocio<sup>61</sup>.

Por efecto de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 10.570, que dispone que están excluidos del derecho al cobro de la indemnización común por despido los trabajadores que realicen "tareas de carácter transitorio", los trabajadores eventuales y ocasionales cesan en sus vinculaciones sin solución indemnizatoria. En esta categoría ingresan los trabajadores contratados por las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) para cumplir una misión de carácter temporal en una empresa cliente. Su vinculación no se considera de naturaleza permanente o estable sino a término, por lo que al finalizar su misión el contrato de trabajo se agota naturalmente no generándose el derecho a cobrar indemnización por despido común<sup>62</sup>.

La conclusión anterior sería distinta si la empresa cliente recurre al empleo temporal de forma fraudulenta, es decir, cuando recurre a la ETT para satisfacer necesidades de empleo permanentes, en cuyo caso no solamente es procedente el pago de indemnización por despido sino que la empresa receptora se convierte en solidariamente responsable por toda clase de crédito laboral, sea de naturaleza salarial o indemnizatoria.

En cuanto al contrato a prueba, si bien la legislación nacional no lo recepciona con carácter general<sup>63</sup>, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de que el empleador recurra a esta forma de contratación precaria con la sola exigencia de que la prueba sea acreditada fehacientemente, normalmente por escrito, y que el plazo acordado sea razonable<sup>64</sup>.

Según la opinión que puede considerarse como prevalente, durante el plazo de prueba estipulado cualquiera de las partes podría rescindir la vinculación sin consecuencia indemnizatoria de especie alguna.

<sup>58</sup> Sentencia n° 356 de 8.12.1999, publicada en revista Derecho Laboral, n° 98, abril-junio 2000.

<sup>59</sup> Sentencia n° 809 de 16.8.1996, publicada en AJL 1996-1997 c. 1875.

<sup>60</sup> Decreto ley 14.407 art. 23.

<sup>61</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo II vol. I, Ed. Idea, Montevideo, 1987, pág. 204 y sigs.

<sup>62</sup> Sobre el punto pueden consultarse, entre otros: AJL 1982-1983 c. 561; AJL 1994-1995 c. 627; AJL 1996-1997 c. 930, 931, 932 y 933; AJL 1998 c. 451 y 452; JLT 3º, sent. n° 72 de 17.8.1999.

<sup>63</sup> La ley n° 16.873 de 3 de octubre de 1997 y su decreto reglamentario n° 318/998 de 4 de noviembre de 1998, instituyen cuatro modalidades especiales de contratación laboral a término dirigidas a jóvenes, que tienen el propósito de facilitar su acceso al mercado laboral. En dichas normas se estipula expresamente la posibilidad de concertar un período de prueba y se establece que si los contratos se rescindieren por el mero vencimiento del plazo acordado, los empleadores no estarán obligados al pago de la indemnización por despido establecida en las normas laborales vigentes.

<sup>64</sup> De acuerdo a los usos y costumbres profesionales el plazo que se suele indicar como máximo es el de 90 días, aunque por motivos justificables se han aceptado plazos algo mayores.

En suma, puede afirmarse que en nuestro país mayoritariamente se ha entendido que la única limitación a la contratación temporal o a prueba es que las mismas hubiesen sido concertadas en fraude a las leyes sobre despido. Cierta corriente de opinión también ha dicho que las causas que dieron lugar a la estipulación del plazo, término o prueba deberían ser reales, objetivas y justificadas para que se admitan. Sin embargo, a falta de norma expresa que consagre este requisito parecería que la única exigencia para la validez y eficacia de la concertación de una relación laboral por tiempo indeterminado sería la mencionada en primer lugar. Cuando el contrato a término se agota naturalmente, es decir, por cumplimiento del plazo o condición, entonces no se genera indemnización común por despido. La misma solución se atribuye al caso de contratación a prueba cuando la misma finaliza dentro del plazo concertado.

## B) Despido especial y contrato a término

Veamos ahora cómo se aplican las normas, principios y criterios que vienen de analizarse, a la luz de las previsiones contenidas en los arts. 16 y 17 de la ley n.º 11.577. En el caso de trabajadoras contratadas a término, la posición ampliamente mayoritaria ha descartado la procedencia del despido especial siempre que el contrato se cumpla cabalmente y se extinga por haber llegado a su fin de forma natural.

Barbagelata ha señalado que en principio parece razonable no aplicar la indemnización especial a los contratos con término, si se acepta que no se está en presencia de un caso de despido, aunque acota que la cuestión merece ser reexaminada en el contexto de esta forma de contratación.<sup>65</sup>

En los últimos años la jurisprudencia laboral ha acompañado el criterio antes expuesto. En esa dirección, en un caso en el cual la trabajadora había sido contratada a plazo desde el 23.12.1994 al 31.3.1995 y comunicó su embarazo a la empresa el 15.3.1995, el Juzgado Letrado del Trabajo de 8º turno en la sentencia n.º 36 de 14.5.1996 entendió que no le correspondía acceder a la indemnización especial porque no se verificaba el supuesto previsto en la norma legal: el despido.

En efecto, la sentenciante consideró que la ley 11.577 al establecer que la "obrero no podrá ser despedida" alude directamente a la protección ante la ruptura unilateral por iniciativa del empleador en el marco de un contrato de trabajo de duración indefinida, por lo que la indemnización especial no puede ser aplicable a los casos de agotamiento del contrato por cumplimiento del plazo o término. Agrega que la situación de gravidez de la trabajadora no puede alterar la naturaleza del contrato por lo que la comunicación al empleador de dicha circunstancia resulta intrascendente.

La sentencia que se comenta fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno<sup>66</sup>, el que señala que la indemnización especial requiere necesariamente el despido por parte del empleador y la ley 11.577 regula inequívocamente una prohibición de despedir a la mujer embarazada y no regula el caso en que la relación laboral termine por finalización del contrato. El tribunal acota que la actitud que el legislador busca sancionar es la del empleador que despide o no reintegra a la trabajadora, no la de aquel que ha previsto desde un comienzo la finalización del contrato en un momento determinado.

A la misma conclusión arribó el Juzgado Letrado de Trabajo de 9º turno en caso de una trabajadora que fue contratada por zafra<sup>67</sup> y en situaciones de contratación para la realización de "trabajos ocasionales y transitorios para cubrir las necesidades de aumento excepcional y precario de trabajos en la actividad de la empresa"<sup>68</sup>.

## C) Despido especial y contrato a prueba

La situación es distinta tratándose de trabajadoras grávidas que han concertado un contrato de trabajo a prueba. En este caso, la corriente de opinión prevalente sostiene que la indemnización especial es procedente aún cuando el cese de la trabajadora se produzca en el marco temporal de un contrato a prueba.

Antes de analizar los argumentos de cada postura, conviene recordar que para Plá Rodríguez la nota más característica de esta figura es la facultad de las partes de desistir unilateralmente de la relación, sin obligación de resarcimientos ni indemnización. El autor expresa que esa facultad puede ejercerse en cualquier momento y no es susceptible de apreciación judicial. El contratante puede aceptar o rehusar el contrato sin expresión de causa ni justificación de la misma<sup>69</sup>. Sin embargo Plá Rodríguez no estudia el caso concreto de la finalización del contrato a prueba y la situación del embarazo de la trabajadora.

<sup>65</sup> Derecho del trabajo, tomo I vol. 2, op. cit., pág. 231.

<sup>66</sup> AJL 1996-1997 c. 799. Igual solución se encuentra en AJL 1999 c. 464 y 465.

<sup>67</sup> AJL 1998 c. 395.

<sup>68</sup> AJL 2001 c. 372. Idem: Juzgado Letrado de Tacuarembó de 3º turno, sent. 18 de 22.4.1996.

<sup>69</sup> Curso de derecho laboral, tomo II vol. 2, ed. Acalia, Montevideo, 1980, pág. 44 y ss.

Para la posición mayoritaria<sup>70</sup>, que admite la procedencia de la indemnización especial por maternidad aún cuando el cese se verifique en el marco del contrato a prueba, los argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) el texto de la ley 11.577 no excluye a los trabajadores a prueba, por lo que el intérprete no está autorizado a realizar distinciones que no ha hecho el legislador, y que perjudican la posición del trabajador;

b) el art. 16 de la ley se refiere a "toda mujer en estado de gravidez" lo que supone una protección general, sin limitaciones ni exclusiones, para cualquier categoría y aún con prescindencia de su antigüedad o del carácter definitivo o provisorio con que se le haya tomado;

c) la norma es de orden público, involucra principios constitucionales en orden a la salud y a la mujer y está dirigida a establecer una protección especial por razones biológicas y sociales;

d) la sistemática legal busca desalentar el despido de trabajadoras en estado de gravidez y conservarles el empleo cuando retornan al trabajo en condiciones normales;

e) debe darse prioridad al estatuto tuitivo por encima de la estipulación contractual. Nada justifica que prevalezca el plazo del contrato a prueba por sobre las normas prohibitivas de carácter general;

f) la doctrina y jurisprudencia son abrumados en pronunciarse sobre la procedencia general de la indemnización especial en análisis, aún cuando no corresponda indemnización común y también en casos de cierre o clausura de empresas, por lo que también debe aplicarse en el contrato a prueba;

g) en aplicación del principio de buena fe no puede aceptarse que el patrono rescinda el contrato sin solución indemnizatoria, máxime éste tiene conocimiento expreso del embarazo. De lo contrario se abriría la puerta para la discriminación de la trabajadora grávida por la vía de la admisión de la rescisión basada en la naturaleza a prueba del contrato.

En cambio, para la postura que puede considerarse minoritaria el cese de la relación laboral durante el período de prueba no genera derecho a cobrar indemnización especial. Los argumentos que se han expuesto son<sup>71</sup>:

a) el supuesto legal previsto en el art. 17 de la ley 11.577 es que haya un despido y el desistimiento de la prueba no es tal;

b) no se puede modificar la voluntad de las partes y extender una relación laboral que es inicialmente temporal;

c) el contrato a prueba tiene naturaleza de contrato a término, por lo que deben aplicársele las mismas consideraciones.

En una postura intermedia, Danubio Moreira señala que si el empleador no demuestra que el cese de la trabajadora grávida es debido a su falta de idoneidad o capacidad para desempeñar el cargo para el cual fue contratada y además está en conocimiento del embarazo, la trabajadora sería acreedora de la indemnización especial<sup>72</sup>.

En nuestra opinión, si se parte del supuesto de que el contrato a prueba es admisible en nuestro ordenamiento jurídico y que el mismo se celebra para establecer un período dentro del cual el trabajador ha de demostrar su aptitud profesional y su adaptación a la empresa, las tareas encomendadas y la disciplina interna, facultándose a cualquiera de las partes a hacer cesar la relación laboral durante ese período sin obligación resarcitoria alguna, la circunstancia de que la trabajadora quede embarazada o comunique su gravidez durante el período de prueba, no sería razón suficiente para alterar la naturaleza precaria de su contratación ni convertir a la relación laboral en permanente, estable o indefinida.

En efecto, la solución que pregona la corriente de opinión mayoritaria implica transformar un contrato que ha sido pactado por tiempo determinado (por lo general hasta por 90 días) en uno indeterminado, dejando de lado la voluntad de las partes sin norma expresa que lo admita. El carácter de orden público de la ley 11.577 implica que la previsión legal no pueda ser modificada o dejada de lado por la voluntad de las partes. A vía de ejemplo, ningún valor tendría una cláusula contractual que estableciese que si a trabajadora quedase embarazada durante el curso de la relación laboral, la misma no tendría derecho a cobrar la indemnización especial si fuese despedida. Pero cosa muy distinta es que fundándose en el carácter de orden público de la ley, por fallo judicial se cambie la naturaleza temporal de un contrato y la finalidad que persigue el mismo, para imponerse a las partes una estabilidad no querida sancionando al empleador con el pago de la indemnización especial por haber rescindido el contrato dentro del período de prueba.

<sup>70</sup> A vía de ejemplo puede consultarse: AJL 2000 c. 507, 508. AJL 2001 c. 370, 371, 373, 374. TAT 3º sent. 30/97 y 52/98; TAT 2º sent. 125/98.

<sup>71</sup> AJL 1993 c. 164. AJL 1998 c. 396. AJL 1999 c. 473.

<sup>72</sup> "Problemática del contrato de trabajo a prueba" en revista Derecho Laboral, n° 199, julio-setiembre 2000, pág. 747.

Adviértase que por esa vía, se le podría estar imponiendo al empleador el mantenimiento de una relación laboral a prueba o ensayo, aún cuando la trabajadora no haya demostrado aptitud y conocimiento profesionales y adaptación a la tarea.

Por otra parte, es de hacer notar que los argumentos que se manejan para admitir la procedencia de la indemnización especial en casos de contratación a prueba resultarían directamente trasladables al caso de los contratos a término, ya que en sustancia el contrato a prueba tiene ínsita la característica de contrato precario, temporal, por tiempo definido. La diferencia con el contrato a término es que en el contrato a prueba puede ejercerse el derecho de desistimiento aún antes de agotarse el plazo. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha asumido una postura distinta en los casos de contratación a término, haciendo prevalecer la voluntad de las partes y señalando que no hay hipótesis de "despido" sino de cumplimiento de plazo o condición.

## VIII. CONCLUSIONES

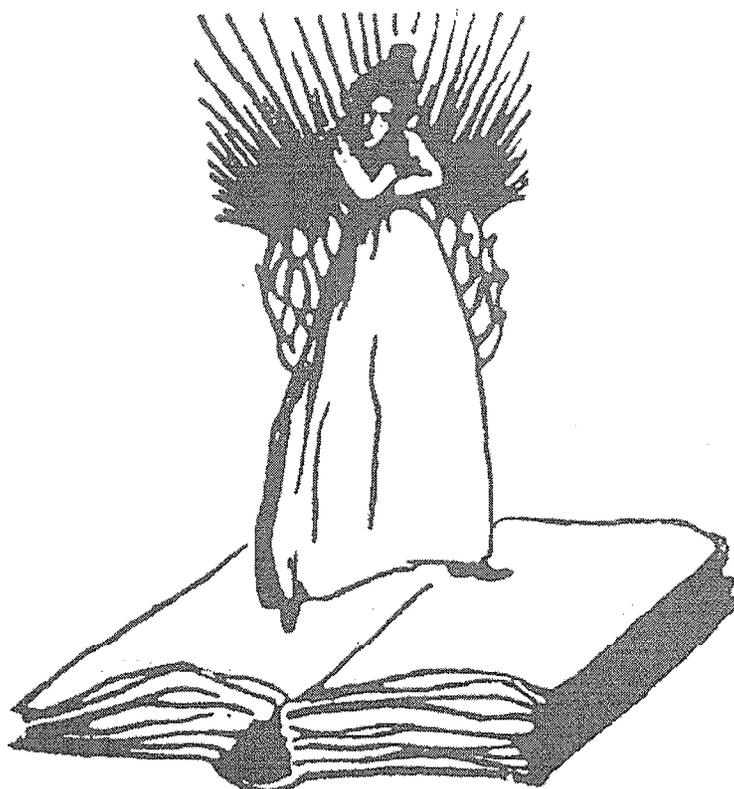
De cuanto se viene de exponer en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

(i) las causales de exoneración de responsabilidad del empleador que se admiten mayoritariamente en caso de cese de la trabajadora grávida o que ha dado a luz son el desconocimiento del embarazo, la notoria mala conducta, la fuerza mayor debidamente acreditada y la incapacidad de la trabajadora que le impida continuar con sus tareas habituales.

(ii) en la actualidad la doctrina y jurisprudencia admiten la compatibilidad entre despido indirecto e indemnización especial por maternidad, excepto que se probare por el empleador que la situación que originó el despido indirecto fue anterior al embarazo y que el apartamiento de la trabajadora de la relación laboral no guarda ninguna vinculación con el estado de gravidez.

(iii) no existe un criterio jurisprudencial uniforme en cuanto al plazo de estabilidad que debe respetar el empleador una vez reintegrada la trabajadora a su puesto de trabajo después de la licencia maternal. En general el período de protección se ubica en el entorno de los 180 días, pero el momento de inicio de cómputo del plazo es disímil.

(iv) finalmente, en cuanto a la procedencia de la indemnización en casos de contratación a término la jurisprudencia predominante se inclina por entender que no existe situación de despido sino agotamiento del contrato. En cambio, si el contrato es a prueba la postura mayoritaria sostiene que corresponde la indemnización especial basándose fundamentalmente en el carácter de orden público de la norma legal y en el alcance general de la protección.



## INFORMACIONES

- *Seminarios y actividades extracurriculares (B. Bugallo)*

## SEMINARIOS Y ACTIVIDADES EXTRACURRICULARES

**A**demás de la actividad curricular de cursos de grado y los Programas Master de Derecho, la Facultad de Derecho desarrolla una intensa actividad extracurricular que atiende muy diversas iniciativas y temáticas del quehacer jurídico.

La creación de normas jurídicas, así como los incasantes cambios y problemas de la realidad, determinan el surgimiento de temas de actualidad cuya consideración debe ser inmediata, sin esperar la incorporación gradual en un programa de estudio. Además, merecen que su análisis sea más extendido que el que alcanza a los estudiantes y profesionales que regularmente asisten a los cursos, ampliándose en consecuencia la convocatoria a diversos interesados.

De esta actividad, tradicional en las diversas áreas de la Universidad de Montevideo y que se realizan muchas veces con la participación de otras instituciones, destacaremos algunos eventos que tuvieron lugar durante el año 2003.

En el mes de marzo se realizaron las Jornadas Académicas sobre el "Nuevo derecho de autor uruguayo. Reforma introducida por la ley Nº 17.616 de 10 de enero de 2003".

Se desarrollaron el día miércoles 26, viernes 28 y lunes 31 de marzo de 2003, contando con la presencia de especialistas nacionales y la visita del profesor Miguel Angel Bouza de la Universidad de Vigo. Los temas y expositores fueron los siguientes: Razones de la reforma - Dr. Eduardo de Freitas; Reformas en las facultades de los autores - Dra. Beatriz Bugallo; Derechos Conexos - Dr. Carlos Varela Rodríguez; Acciones civiles - Dra. Nilza Salvo; Acciones penales - Dr. Enrique Moller; Derechos de explotación e Internet, y La protección sui generis de las bases de datos - Dr. Miguel Angel Bouza, Universidad de Vigo; Homenaje al Dr. Ulrich Uchtenhagen - Dr. Carlos Fernández Ballesteros; La reglamentación de las entidades de gestión colectiva - Dr. Eduardo de Freitas; Derecho de autor y creaciones informáticas - Dr. Carlos Delpiazzo; El nuevo derecho de autor en el marco internacional - Dr. Carlos Fernández Ballesteros.

A lo largo del mes de abril se organizó un ciclo de conferencias en el Master en Integración y Comercio Internacional.

A la sesión inaugural del jueves 3 de abril de 2003 asistieron Jorge Fernández Reyes (Director del Master en Integración y Comercio Internacional de la UM), Jorge Sierra (Director de la COMISEC - Profesor de la Universidad de Montevideo), Ramón Torrent (Consultor - Profesor de la Universidad de Barcelo-

na). Monserrat Palet y Jorge Sierra, Codirectores del Proyecto "Análisis sobre el proceso de integración regional y formulación de algunas estrategias de Uruguay para encarar su participación en el MERCOSUR", presentaron el programa de trabajo y la metodología a utilizar en el mismo. Posteriormente, el Dr. Ramón Torrent, experto de la Unión Europea, y consultor del Proyecto mencionado, expuso las "Bases para orientar un proceso de reflexión sobre el proceso de Integración desde la perspectiva uruguaya". El martes 8 de abril de 2003 expuso sobre "La soberanía y la Integración" el Prof. Dr. Hebert Arbuet Vignali (Profesor de la UDELAR). El jueves 10 de abril de 2003 analizó el "Estado de las relaciones UE - MERCOSUR" el Prof. Dr. Héctor Di Biase (Profesor de la UCUDAL). El martes 22 de abril de 2003 presentó el tema: "La problemática agrícola en las relaciones UE - MERCOSUR. La agricultura en la OMC" el Ing. Alvaro Ramos (Profesor de la ORT). Finalmente, culminando el ciclo, el jueves 24 de abril de 2003 expuso respecto de "El Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR y la UE" el Dr. Jorge E. Fernández Reyes (Director del Master en Integración y Comercio Internacional - Profesor de la UM).

También en el mes de abril, del 4 al 11, se desarrolló una actividad formativa en materia de mercados financieros, a cargo de Carlos E. Martínez, abogado de nacionalidad uruguaya que se ha formado y trabaja en el ámbito de la abogacía norteamericana, concretamente en Nueva York, en Proskauer Rose LLP. La actividad fue patrocinada por la Embajada Norteamericana en el Uruguay.

Se trató de un curso intensivo, desarrollado íntegramente en inglés, introduciendo a los numerosos asistentes en las cuestiones propias de su tema: "Raising capital in the world financial markets: Introduction to financial and legal considerations". La ventaja de analizar estas cuestiones en el idioma en que se desarrollan a nivel mundial y contando con un disertante que interpreta las inquietudes nacionales, constituyó un aporte por demás destacable para la formación de los asistentes uruguayos.

El 28 de abril tuvo lugar en Punta del Este la Primera el "Primer Encuentro nacional sobre arbitraje", como actividad previa al II Seminario Internacional sobre Arbitraje. Fue organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y patrocinado por Guyer & Regules y el Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR y la Bolsa de Valores.

La Agenda de esta actividad académica estuvo integrada por prestigiosos expositores nacionales, en su mayoría profesores de nuestra Facultad e invitados nacionales y extranjeros reconocidos en la materia. Los temas y expositores que analizaron "El arbitraje en el Uruguay" fueron los siguientes: *La materia societaria como materia arbitral*, Ricardo Olivera, Mercedes Jiménez de Aréchaga; *El conflicto individual de trabajo como materia arbitral*, Leonardo Slinger; *El arbitraje en la contratación administrativa*, Jorge Echevarría Leúnda; *La autonomía de la cláusula arbitral*, Santiago Pereira Campos; *Las medidas cautelares y los procedimientos impugnativos en el proceso arbitral*, Margarita De Hegedus, Luis Simón. Posteriormente, trataron sobre la "Proyección de Uruguay como sede de arbitraje internacional": Eduardo Silva Romero (Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Francia), James Whitelaw (Secretario General de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR) y Fernando Aguilar y Gustavo Parodi (Marval, O'Farrell & Mairal, Argentina). Algunas de las ponencias mencionadas fueron escritas y se publican en el presente número de la Revista de Derecho.

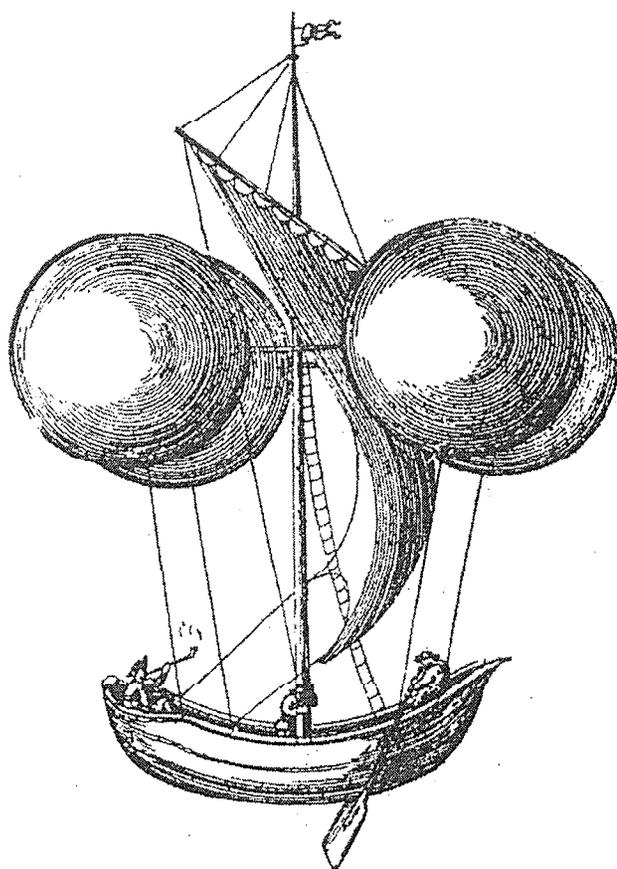
El miércoles 25 de junio se realizó un seminario sobre el Código de Ética para la abogacía uruguaya. La iniciativa se debió a la reciente aprobación del Código de Ética para la abogacía uruguaya, tomando la ocasión como propicia para generar un ámbito de extensión y promoción de las disposiciones contenidas en el articulado.

El panel que dirigió la discusión estuvo integrado por los profesores Dr. Ronald Herbert, presidente del

Colegio de Abogados del Uruguay, Dr. Nicolás Etcheverry y Dr. Oscar Sarlo.

Los días martes 16 y miércoles 17 de setiembre de 2003, se desarrolló un seminario donde se analizaron "Cuestiones médico-jurídicas sobre incapacidad mental", organizado por el Grupo de Estudios de Derecho de Familia y auspiciado por el Colegio Preescolar Our Kids.

El objetivo de dicha actividad fue: abordar el tema de la capacidad mental desde una doble perspectiva médica-jurídica; informar someramente sobre el concepto de capacidad mental y la aptitud (facultad) psíquica para el "manejo de sí mismo y de sus intereses" o bien para "bastarse a sí mismo y administrar sus bienes"; sugerir las vinculaciones con otros temas conexos. Disertaron el Dr. Walter Howard, abogado, escribano, profesor titular de "Derecho de las personas y de los bienes", "Derecho de Familia y Sociedad Conyugal" y "Derecho de las Sucesiones" en nuestra Facultad y en otros centros de estudio y el Dr. Martín Gutiérrez, Doctor en Medicina especializado en Psiquiatría y neurofisiología Clínica, entre otras diversas actividades relacionadas con la temática de la exposición. Los temas concretamente tratados fueron: desde la perspectiva jurídica, influencia de la declaración de interdicción en la capacidad de la persona; desde la perspectiva médica capacidad mental o psíquica. cerebro/mente, incapacidad psíquica y trastornos que afectan la capacidad; metodología pericial psiconeurológica, estudio de casos.



## TESINAS DE MASTERS

- *Mantero, Elías - «Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio»*

# PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

ELÍAS MANTERO

Maestr en Derecho de la Empresa

## SUMARIO:

- I. PROPÓSITO. INTRODUCCIÓN. II. NOCIONES PREVIAS. III. ADJUDICACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. IV. CON LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN: ¿SURGE UN DERECHO SUBJETIVO? V. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL NO OTORGAMIENTO DEL CONTRATO LUEGO DE LA ADJUDICACIÓN. VI. COMPLEMENTO DE LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN – ACEPTACIÓN CON LOS DESARROLLOS REALIZADOS EN LOS APARTADOS 4.2, 4.2.1 Y 5. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n el presente trabajo nos proponemos efectuar algunas reflexiones acerca del momento en que se perfecciona el contrato en el procedimiento licitatorio.

Respecto del punto cabe primeramente efectuar una importante delimitación conceptual. La problemática que actualmente concita nuestra atención se circunscribe exclusivamente a aquellos contratos en los cuales no se requiere, por las normas (art. 1252 C.C.) o por la convención (art. 1664 C.C.), que la voluntad de las partes se exteriorice mediante la forma escrita, esto es, nos referimos a los contratos consensuales; en los casos en que existe tal exigencia formal no se plantea controversia alguna: el contrato se perfecciona en el momento en que el consentimiento se expresa en la forma exigida<sup>1</sup>. En el procedimiento licitatorio, la eventual exigencia de una forma especial puede estar prevista (además de en la ley) en el pliego general o en el particular (arts. 44 y 45 respectivamente del TOCAF)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La particularidad de los contratos con la Administración determina que las normas puedan exigir otros requisitos o procedimientos, distintos a la formulación por escrito, para lograr el perfeccionamiento. En tal sentido, José R. Dromi menciona a la autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo ("La Licitación Pública", Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 40 y "Manual de Derecho Administrativo", tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 292). En el mismo sentido, Juan Carlos Cassagne, "El Contrato Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 61.

<sup>2</sup> Cfr. Enrique Sayagués Laso, "La licitación pública", Acali, Montevideo, 1978 pág. 106, nota 9. Pero si no existe esa previsión especial señala el autor citado (pag. 109) que: "el vínculo contractual se perfecciona una vez que la adjudicación ha sido notificada al interesado. Es decir, que a partir de este instante es posible exigir su cumplimiento. No se necesita extender contrato escrito, siendo suficientes las constancias del expediente administrativo, verdadero instrumento público, para probar su existencia" (negrita nuestra). Igual posición mantienen Agustín Gordillo ("Tratado de derecho administrativo, tomo 2, cuarta edición - La defensa del usuario y del administrado -, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. XII-46) y Miguel S. Marienhoff, ("Tratado de derecho administrativo", tomo III A - Contratos Administrativos -, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 144, 246, 266 a 267 y 329 a 331), sosteniendo este último que en materia de contratos administrativos, realizados mediante el trámite de la licitación, la exigencia de formulación por escrito constituye una excepción que debe establecerse consecuentemente a texto expreso. Ante la falta de requerimiento formal los contratos se perfeccionarían "con la notificación de la adjudicación al proponente que resultó adjudicatario", siendo esta última la regla general. De esta manera, el autor reconoce para el Derecho Administrativo el principio de la libertad de forma (consensualismo) imperante en el Derecho Civil. En contra: Héctor J. Escola, quien afirma, siguiendo a Bielsa, que "si el derecho administrativo es esencialmente formal, es decir, sujeto a la observancia de las formas prescritas, como regla inflexible, y si la forma administrativa, por múltiples razones bien conocidas, es la escrita, la regla debe ser también la de que los contratos administrativos deben ser celebrados bajo forma escrita..." ("Tratado integral de los contratos administrativos" vol. I - Parte General -, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 210-211). Sin aportar fundamento alguno, Miguel Marafuschi también se pronuncia en este sentido ("Perfeccionamiento del contrato administrativo" en Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, pág. 271.

La inquietud que motiva estas reflexiones radica en la comprobación de que en esta materia existen posiciones contradictorias. La controversia planteada es originada a su vez por otra discusión que la precede y que refiere al contenido del acto de adjudicación que pone fin al procedimiento licitatorio. Se discute si la adjudicación, además de seleccionar la oferta más conveniente, supone o no la aceptación de la misma. Para quienes entienden que la respuesta a esta interrogante es afirmativa, el contrato se perfeccionaría con la notificación del acto de adjudicación; en cambio, para aquellos que sostienen que la adjudicación no implica aceptación, siendo su único contenido la selección de una oferta, el contrato se formaría con nuevas declaraciones de voluntad de la Administración y del particular.

Además de la razón apuntada, en la realización de este trabajo influyó también la circunstancia de que quienes sustentan la primera teoría –la cual, desde ya se adelanta, es la que estimamos correcta– no la fundan en norma alguna. Tratar de demostrar que la primera posición es la válida y encontrar un fundamento normativo que la legitime es el principal objetivo de los desarrollos posteriores. También propondremos en este trabajo, a título experimental, una tercera solución, fruto de la combinación de la primera teoría con aquellos postulados de la segunda que consideramos válidos.

Adicionalmente, las conclusiones a las que arribaremos acerca del tópico anterior tendrán sus proyecciones en lo que refiere a los tipos de responsabilidad estatal (procontractual o contractual) que se pueden generar (y sus derivaciones) antes o después de la adjudicación; razón por la cual este tema también será objeto de nuestro análisis.

En atención a lo expuesto, para responder a la pregunta de cuándo se perfecciona el contrato (consensual) en la licitación, y sus consiguientes implicancias en el terreno de la responsabilidad estatal, se impone comenzar por determinar la naturaleza y efectos jurídicos del acto de adjudicación. Ello se hará, analizando las distintas posturas que se han manejado respecto del punto por la doctrina, y recurriendo a los textos positivos que en este aspecto demuestran cierta parquedad, no obstante lo cual es posible extraer de estos algunas conclusiones.

Con el mismo fin incluiremos, antes de abordar lo específicamente relacionado con el acto de adjudicación, el desarrollo de algunas nociones previas aplicables a la cuestión que nos ayudarán a comprender y resolver los temas planteados.

En tanto el acto de adjudicación se inserta en el procedimiento más general de la licitación, es pertinente en primer lugar aproximar un concepto de dicho procedimiento, así como exponer brevemente cuales son sus principales etapas.

En segundo lugar, será necesario para cumplir nuestro objetivo, identificar el sistema por el que opta nuestro Derecho para determinar el momento en que se perfecciona el contrato “entre ausentes” debido a que, según se verá, el contrato derivado de una licitación se inserta en esta categoría.

Finalmente, dentro de las nociones previas, haremos una referencia general al concepto de responsabilidad contractual, y dentro de ésta un análisis más detallado del instituto de la responsabilidad precontractual indicando sus presupuestos y sus consecuencias.

## II. NOCIONES PREVIAS

### A) El procedimiento licitatorio

La Administración, a la hora de contratar, se encuentra en general sometida al cumplimiento de determinados procedimientos que limitan su libertad en la elección del futuro co-contratante. Este mecanismo de restricción es, según el artículo 33 del TOCAF, “la licitación” cuando se deriven gastos y el “remate” o “licitación” cuando se originen entradas. El principio general es el de la “licitación pública” (art. 33, inc. 1º), pero también se prevén como excepciones a la regla otros procedimientos menos exigentes como son la “licitación abreviada” (arts. 33, num 1º y 48) y la “licitación privada” (art. 33, lit. B). El rasgo común a todos los tipos de licitación es la concurrencia o competencia entre varios oferentes, lo que los distingue del procedimiento de la contratación directa en el que la Administración elige a su co-contratante inmediatamente, sin competencia previa. Se trata este último de un mecanismo excepcional reservado para aquellas contrataciones de menor cuantía (art. 33 num. 3º)<sup>3</sup>.

Centrándonos entonces en la licitación, podemos definirla con Sayagués Laso como “un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más

<sup>3</sup> Ver por todo: Carlos E. Delpiazzo, “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, págs. 77-84.

ventajosas; consistente en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones"<sup>4</sup>.

De lo anterior se deriva que la licitación es ante todo un procedimiento encaminado a la preparación de la voluntad contractual de un ente público<sup>5</sup>, la que se concretará, luego de cumplidas las etapas prescriptas, en la elección discrecional de la oferta que ofrezca mayores ventajas, y se exteriorizará a través de la aceptación de dicha oferta; formándose así, una vez notificada dicha voluntad al oferente seleccionado, el vínculo obligacional.

De acuerdo a lo que precede, compartimos lo expresado por DROMI en cuanto a que la licitación no es el contrato ni viceversa: "El contrato surge de la licitación, o, más bien dicho, su celebración puede tener lugar por licitación pero no es la licitación misma [...] Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quién es el contratante"<sup>6</sup>.

Desde la perspectiva de la conclusión del contrato y con un criterio finalista, podemos decir que el único elemento formado dentro del procedimiento licitatorio que trasciende al mismo y repercute en el fenómeno contractual haciéndolo nacer, es la voluntad de aceptación, la que una vez notificada, producirá el enlace de voluntades necesario para dicho nacimiento. Al igual que sucede con las tratativas privadas, el procedimiento en virtud del cual se forma la voluntad de la Administración pierde importancia una vez concluido el contrato, siendo relevante únicamente la voluntad formada a los efectos de perfeccionarlo<sup>7</sup>.

Con esto no queremos significar que los vicios acaecidos en los actos integrativos del procedimiento no puedan influir sobre el contrato; lo que sucede es que dichos vicios, en definitiva, afectarán (si es del caso), la validez de la voluntad de aceptación y en forma indirecta al contrato mismo. Sin embargo, ello no implica sostener que el procedimiento licitatorio sea parte del contrato; repetimos, al perfeccionamiento del contrato lo que le importa es la voluntad de aceptación, la que puede estar afectada por los vicios del procedimiento. Lo anterior no difiere de lo que sucede en un contrato privado: el proceso de formación de la voluntad de un contratante, desarrollado antes del contrato puede estar afectado por un "vicio del consentimiento", lo que determinará que el contrato pueda anularse. Pero no por eso afirmaremos que ese proceso precontractual integra el contrato.

Como veremos más adelante, la voluntad de aceptación en el procedimiento licitatorio se materializa a través del acto de adjudicación. Pero como dijimos anteriormente, a dicha voluntad se llega luego de cumplidos los trámites y actos que conforman el procedimiento licitatorio; el que es determinado por el TOCAF.

En atención a ello es del caso efectuar algunos comentarios acerca del mismo.

La doctrina<sup>8</sup> suele distinguir dentro del procedimiento de la licitación pública tres fases o etapas (que a su vez se descomponen en distintos actos): a) fase preparatoria, b) fase esencial, y c) fase integrativa.

La fase preparatoria es puramente interna de la Administración sin intervención ni participación de los administrados; consecuentemente no supone el surgimiento de ningún tipo de relación jurídica. Está comprendida por estudios de factibilidad jurídica, contable, económica, técnica y política de la obra o servicio objeto de la contratación posterior, la imputación provisoria del gasto conforme al crédito presupuestal disponible, la preparación del pliego de condiciones y la decisión genérica de contratar.

La fase esencial comienza con el llamado a licitación y culmina con la adjudicación, destacándose como elementos más importantes de la misma: la apertura, el estudio comparativo de las propuestas y el período de manifiesto, sin perjuicio de otras actividades eventuales. Esta etapa, a diferencia de la anterior, excede el ámbito interno de la Administración en cuanto la presentación de las ofertas da lugar a relaciones bilaterales con los administrados. Como expresa DROMI<sup>9</sup> "La conjugación del acto administrativo de llamado a licitación con el acto jurídico privado de formulación de ofertas genera una relación de efectos vinculantes". Esta relación, productora de derechos y deberes para las partes, es de origen precontractual y tiene aptitud para generar la responsabilidad homónima en caso de que alguno de los sujetos del vínculo afecte al otro, lesionando de esta manera los derechos dimanantes de la misma (véase, *infra* n° 2.3.2).

<sup>4</sup> "La licitación..." cit., pág. 9; "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, sexta edición (puesto al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991, págs. 552-553.

<sup>5</sup> En este sentido: Escola, ob. cit., pág. 188.

<sup>6</sup> Dromi, "La licitación..." cit., pág. 123. Esta es también la opinión de Rostagno, citado por Sayagués Laso en "La licitación..." cit., pág. 31. En contra: Sayagués Laso, Ídem: "El error de esta doctrina es evidente: si bien la licitación no es el contrato [...], éste surge de aquélla; y no puede decirse que la licitación sea sólo un período preparatorio del contrato, con el cual nada tendría que ver".

<sup>7</sup> En contra: Sayagués Laso, "La licitación..." cit., pág. 38.

<sup>8</sup> Dromi, "La licitación..." cit., pág. 191 y ss.; Delpiazzo, ob. cit., págs. 165 y ss.

<sup>9</sup> Dromi, ídem, pág. 510.

Finalmente, la doctrina menciona la *fase integrativa* caracterizándola como la que "da lugar a la voluntad objetivada y su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma que el derecho positivo prevé: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etcétera"<sup>10</sup>. Según Sayagués Laso "Si nada dicen las leyes, decretos o pliegos de condiciones, y la adjudicación es simple, es decir, está constituida por un solo acto, su propia naturaleza lleva a la conclusión de que el vínculo contractual se perfecciona cuando se comunica al adjudicatario la decisión de adjudicación"<sup>11</sup>.

A los efectos de visualizar en conjunto las distintas etapas (y sus contenidos) descriptas, se recoge en el presente, con ligeras variantes, el siguiente esquema del procedimiento licitatorio realizado por el Dr. Rubén Flores Dapkevicius<sup>12</sup>.

- A) ETAPA INTERNA (preparatoria) que comprende:
- a) Decisión de contratar;
  - b) Reserva del rubro: existencia de un crédito presupuestal;
  - c) Elaboración de pliegos de condiciones;
  - d) Publicidad de los pliegos.
- B) ETAPA ESENCIAL que comprende:
- a) Llamado;
  - b) Presentación de ofertas;
  - c) Apertura y análisis formal de las mismas;
  - d) Precalificación a los efectos de la eventual negociación o mejora de ofertas;
  - e) Eventual negociación;
  - f) Eventual mejora de ofertas;
  - g) Dictamen de la Comisión Asesora;
  - h) Eventual vista de las actuaciones;
  - i) Adjudicación;
- C) ETAPA INTEGRATIVA.
- Notificaciones. Perfeccionamiento del contrato.  
Eventual garantía de fiel cumplimiento;
- j) Imputación definitiva;
  - k) Control;
  - l) Eventuales recursos administrativos; y
  - m) Eventual etapa jurisdiccional.

## B) Contrato "entre ausentes": momento de su perfeccionamiento

Respecto del momento en que se perfeccionan los contratos en general, debemos decir que esto ocurre cuando se forma el consentimiento (art. 1262 del Código Civil) (presuponiendo la existencia de los restantes elementos –art. 1261 del Código Civil– que junto con el acuerdo de voluntades son necesarios para la conclusión válida del contrato), situación que a su vez se verifica en el lugar y en el instante en que la aceptación llega al proponente (art. 1265 del Código Civil). Esto puede ocurrir según el Código Civil entre "partes presentes" o entre "partes ausentes". Conforme Gabriel FERNÁNDEZ, en criterio que compartimos, "Cuando se habla de contratos concluidos entre 'ausentes' o 'presentes', se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico, en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de recepcionarse o conocerse la respuesta..."<sup>13</sup>. Así, entiende el autor citado que "De conformidad con lo dispuesto por el art. 1265 del C.C. (en cuanto refiere a 'mensajero' y a

<sup>10</sup> Cfr. Dromi, "La licitación..." cit. págs. 192-193. Ver también: Sayagués Laso, "La licitación..." cit., pág. 106.

<sup>11</sup> Ídem, pág. 106. Como se verá (*infra* n° 3.2), esta solución está consagrada positivamente en el decreto 53/993 de 28 de enero de 1993, el cual aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos.

<sup>12</sup> "Algunas consideraciones sobre los contratos administrativos y la licitación pública" en La Justicia Uruguaya, tomo 125, año 2002, sección doctrina, pág. 100. Es importante destacar que el autor sólo reconoce, a diferencia del resto de la doctrina, dos etapas en la licitación, la etapa preparatoria (que denomina "etapa interna") y la etapa esencial. Lo que para la doctrina mayoritaria, conformaría el contenido de una tercera etapa, la integrativa (perfeccionamiento del contrato), el autor lo subsume en la etapa esencial.

<sup>13</sup> "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento" en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, pág. 56.

'correspondencia epistolar o telegráfica') [...] las partes están ausentes, cuando el proponente y el destinatario de la oferta se encuentran en diferente lugar físico (ámbito espacial), en un momento determinado (ámbito temporal); y a su vez, que están presentes, cuando se hallan en el mismo lugar físico (ámbito espacial), en un momento dado (ámbito temporal)"<sup>14</sup>.

De acuerdo con lo anterior, nuestro decimonónico ordenamiento civil presuponía que en los contratos "entre ausentes" el consentimiento se formaba necesariamente en forma progresiva, esto es, debía existir un necesario lapso de tiempo entre la aceptación y su recepción. Ello se pone de manifiesto, cuando el art. 1265 del C.C., nos habla del "contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica", únicos medios con los que en la época se podían comunicar dos personas a distancia y que impedían una comunicación directa e interactiva.

Sin embargo, como destaca acertadamente FERNÁNDEZ<sup>15</sup>, el desarrollo tecnológico ha determinado que puedan existir contratos "entre ausentes" con consentimiento formado de modo instantáneo<sup>16</sup>, ya sea que la propuesta sea verbal —por ejemplo, un contrato concluido por vía telefónica— o no verbal, caso del comercio electrónico "on line"<sup>17</sup>. Las distinciones anteriores resultan sumamente interesantes, pero en lo que a nuestro tema respecta, sólo referiremos a los contratos "entre ausentes" con consentimiento formado progresivamente por ser ésta la situación operante en los casos de licitación.

A diferencia de los contratos con consentimiento formado instantáneamente, en donde el momento del cruce de las voluntades está plenamente determinado (porque la declaración de aceptación coincide temporalmente con la recepción de la misma por el proponente, dando lugar así al contrato), en los contratos en donde al acuerdo de partes se llega progresivamente aquella determinación no es tan sencilla.

Para precisar este momento se han manejado en la legislación de distintos países cuatro sistemas:

Sistema de la aceptación o de la declaración: de acuerdo a este sistema el consentimiento se concluye con la sola exteriorización de la voluntad de aceptación cualquiera sea la forma elegida.

Sistema de la expedición: conforme al cual se exige, para completar el acuerdo de voluntades, la aceptación exteriorizada y la emisión de la misma (por ejemplo, enviando la aceptación a través de una carta por correo).

Sistema de la recepción: en este sistema para la constitución del consentimiento se requiere que la aceptación llegue al proponente, situación que se produce "cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste"<sup>18</sup>.

Sistema del conocimiento: Aquí se requiere, no sólo que el destinatario recepcione la aceptación, sino que, adicionalmente, tome conocimiento efectivo de ella.

Nuestro Código Civil, regulando este tema (art. 1265), establece que para que surja el contrato, la aceptación del destinatario de la propuesta *debe llegar al proponente*, decidiendo de esta manera que la aceptación —igual que lo es la propuesta— es una declaración de voluntad recepticia. Por lo anterior, nuestro Derecho descarta los primeros dos sistemas enunciados —aceptación y expedición— en tanto niegan la naturaleza recepticia de la aceptación.

Pero desechados los anteriores, resta definir a cuál de los dos sistemas restantes se afilia el Código Civil patrio, puesto que ello contestará la pregunta acerca del momento en que se perfecciona el contrato "entre ausentes", con consentimiento formado progresivamente.

El maestro Jorge GAMARRA ha sostenido que el Código Civil adhiere como principio general al sistema de la recepción. Funda su posición en el art. 1265 que establece que el contrato, entre ausentes, se perfecciona "en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente". Según el maestro, la expresión "llega" usada por el artículo debe interpretarse como que el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación "entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste"<sup>19</sup>. Y desarrollando el concepto señala, citando a Thur, que "un documento puede considerarse llegado a su destinatario cuando se halla con él en tal relación de lugar que, de acuerdo con el punto de vista común y en condiciones normales, depende del destinatario tomar conocimiento de su contenido"<sup>20</sup>.

No obstante el principio general señalado, el autor aludido reconoce la existencia de excepciones a dicha regla. Estas son: el art. 1268 que, al regular los efectos que produce la incapacidad o muerte supervinientes del

<sup>14</sup> Ídem, pág. 53, nota 3.

<sup>15</sup> Ídem, págs. 54 y 56-57.

<sup>16</sup> En los que, al mismo momento en que se produce la aceptación, el proponente la recepciona.

<sup>17</sup> También pueden existir, según Fernández, contratos entre presentes con consentimiento formado progresivamente (ob. cit., pág. 57).

<sup>18</sup> Cfr. Jorge Gamarra, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", t. XI, FCU, Montevideo, 1993, págs. 137-138.

<sup>19</sup> Íbidem.

<sup>20</sup> Íbidem.

proponente antes del contrato; consagra el sistema del conocimiento y el art. 1620, en sede de donación, que adhiere al mismo régimen. Estas excepciones, dice GAMARRA, crean una desarmonía con la regla de marras que el maestro resuelve considerando a los artículos 1268 y 1620 como *lex specialis* <sup>21</sup>.

Contra la posición anterior se ha pronunciado FERNÁNDEZ, sosteniendo que nuestro Código Civil se adscribe a un único sistema, y que éste es el del *conocimiento*, no existiendo excepciones.

Sus argumentos son los siguientes:

(i) Afirma, en primer lugar, que el codificador no tenía una idea clara sobre el tema desde que habría requerido el conocimiento a lo largo de todo el Código Civil, citando como ejemplos los arts. 1256, 1266 y 2088.

(ii) En segundo lugar, critica la interpretación que hace GAMARRA del art. 1265 para argumentar a favor del sistema de la recepción; y contrariamente, interpreta dicho artículo en el sentido de receptor el sistema del conocimiento: "*Pretender que la expresión 'llega al proponente', significa 'llega al ámbito físico, o de control, o de aprehensión', resulta arbitrario, pues le atribuye a dato legal un sentido más extensivo del que utilizó*"<sup>22</sup>. En tal sentido sostiene que a dicho giro idiomático también sería válido darle el "*significado de 'llegar al ámbito intelectual' 'a la conciencia', 'a la psiquis', en definitiva, 'al conocimiento o al ámbito cognoscitivo del proponente'*"<sup>23</sup>.

(iii) Sostiene que la expresión "*recibe la contestación del primer proponente*" que maneja el art. 1267 no puede ser un argumento para sostener que el Código Civil adhiere al sistema de la recepción<sup>24</sup>. Por el contrario, afirma que dicho artículo conforma un argumento decisivo para sostener el acogimiento de la doctrina del conocimiento por el Código Civil. Porque si bien el inc. 2º del art. 1267 menciona la palabra "recibe", luego utiliza el siguiente giro "*...en que le avisa...*" y que: "*Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra 'aviso' significa 'Noticia o advertencia que se comunica a alguien...Anuncio...'; y el verbo 'avisar' significa 'Dar noticia de algún hecho...Advertir o aconsejar...Instruirse, informarse del estado de una cosa.*

A su vez, '*noticia' quiere decir 'noción, conocimiento...Contenido de una comunicación antes desconocida. Dar noticia de un acuerdo...'. Por su parte 'noticiar' posee el sentido de 'Dar noticia o hacer saber una cosa'*"<sup>25</sup>.

(iv) Finalmente, FERNÁNDEZ somete su solución -*todos los arts. del C.C., con excepción del 2058, adhieren al sistema del conocimiento*- a un análisis utilizando la metodología de Alchourrón y Bulygin concluyendo que el mismo da como resultado una "*total coherencia en el sistema normativo de formación sucesiva del consentimiento*"<sup>26</sup>; coherencia que no se obtiene, según el autor, con la tesis de Gamarra.

Una vez analizadas las posiciones anteriores estimamos, sin dejar de reconocer la opinabilidad del tema y valorar el interesante trabajo de FERNÁNDEZ, que la interpretación de GAMARRA es la que debe considerarse de recibo. El art. 1265 vincula la "llegada" de la respuesta a un "lugar" ("*...se perfecciona en el lugar...*") y ello es determinante para decidir que el Código se refiere a un espacio físico al que debe llegar aceptación y no a un ámbito intelectual, cognoscitivo, como pretende FERNÁNDEZ, y que aproximaría al art. 1265 al sistema del conocimiento.

En conclusión: nuestro Código Civil se alinea al sistema de la recepción para determinar el momento en que se perfecciona el contrato "entre ausentes". Ello determina que el acuerdo se considere formado cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, independientemente de que este último la conozca efectivamente o no.

<sup>21</sup> Como veremos más adelante, Gabriel Fernández, contrariamente a la posición de Gamarra, sostiene que nuestro régimen es el del "conocimiento". Y como parte del fundamento de su tesis advierte que la desarmonía en que incurriría el Código, de aceptarse la coexistencia de dos regímenes distintos (art. 1265: recepción y art. 1268: conocimiento), tesis de Gamarra, no se salvaría por la interpretación que postula este último autor: el art. 1268 es una *lex specialis*. Fernández constata la existencia de situaciones en las que serían de aplicación a la misma vez ambos artículos, y sucediendo las cosas de esta manera "no puede sostenerse que los arts. 1265 y 1268 del Código Civil adhieren a distintos regímenes (siempre que sea viable una interpretación que otorgue correspondencia y armonía al sistema, art. 20 del Código Civil), puesto que de ser así, habría incoherencias insalvables en el sistema normativo del Código Civil..." (ob. cit., págs. 62-63).

<sup>22</sup> Ob. cit., pág. 69.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> El inc. 2º del art. 1267 establece: "*La modificación de la propuesta primitiva importa una nueva propuesta que viene a ser obligatoria, desde que el individuo que la hizo recibe la contestación del primer proponente en que le avisa que se conforma con la modificación*". En este punto afirma Fernández que "*de cualquier manera, corresponde señalar que la posición tradicional no citó este texto en su apoyo*" (*ibidem*). Sin embargo, dicha aseveración debió ser fruto de una inadvertencia, porque Gamarra (en "Tratado..." cit., tomo XI, pág. 137, nota 32 y pág. 120, nota 7) cita precisamente al 2º inciso del art. 1267 como una ratificación de su interpretación.

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 69-70.

## 1. El contrato realizado mediante licitación es un contrato "entre ausentes".

### Aplicación del art. 1265.

El contrato que se celebra a partir de un procedimiento licitatorio es un contrato entre ausentes con consentimiento formado progresivamente desde que las partes, particular y Administración, se encuentran en diferente lugar físico al momento en que esta última emite su aceptación (adjudicación)<sup>27</sup>, a la vez que transcurre un necesario lapso de tiempo entre la emisión de dicha aceptación y su recepción por el destinatario (adjudicatario). Esto atrae para la regulación del fenómeno las normas que disciplinan los contratos "entre ausentes"; en nuestro Derecho, al artículo 1265 del Código Civil. Por lo tanto, el momento que marca el perfeccionamiento del contrato es la recepción de la aceptación de la Administración por parte del proponente que resultó adjudicatario<sup>28</sup>.

Respecto de esto último, no puede dejar de considerarse que CARBAJAL VICTORICA<sup>29</sup> ha sostenido que el Código Civil no puede aplicarse a actos administrativos, aunque sin fundamentar su aserto. Por lo demás, no se alcanza a comprender por qué razón no se podría aplicar el Código Civil si nos encontramos ante un contrato, con particularidades sin duda desde que interviene el Estado, pero ante un contrato al fin; por ello no se advierte cuál sería el impedimento para su aplicación. Como señala con acierto DELPIAZZO<sup>30</sup> "la categoría contrato es un género, que admite distintas especies; hay normas del Código Civil que refieren a los contratos con carácter general, cualquiera sea el contrato y, por ende, estas normas son comunes al Derecho Público y al Derecho Privado". La norma del art. 1265, sin duda, integra el elenco de las normas comunes a que refiere el autor citado, por lo que no hay obstáculo para aplicarla al contrato con la Administración.

Dentro de este pensamiento cabe ubicar, siguiendo con la doctrina administrativista, al profesor francés Marcel WALINE, quien refiriéndose concretamente al art. 1265 del Código Civil Uruguayo, y a la aplicación del mismo a los contratos con la Administración, ha dicho que la regla sentada por aquella norma "es un principio general de derecho contractual que se aplica en esta forma tanto en derecho público como en derecho civil"<sup>31</sup>.

En apoyo de la aplicación del art. 1265, y ahora pasándonos a las tiendas civilistas, merece destacarse la opinión de Arturo CAUMONT quien, realizando un compatible enfoque privatista de la contratación administrativa, sostuvo con magistrales palabras que el Código Civil "es la máxima expresión del Derecho privado pero que también es el cuerpo normativo en el cual implícita o explícitamente se consignan normas que hacen a la conceptualización, interpretación, calificación y tratamiento operacional técnico del fenómeno [contrato] más allá de fronteras disciplinarias irrelevantes para el punto específico: no puede negarse que es en el Código Civil donde se define al Contrato y donde se sientan reglamentemente los principios generales de la contratación, por lo cual soslayar tales normas y en especial el sentido que ellas tienen por encima de límites disciplinarios que sirven para otras cosas y no para ignorar los ámbitos ontológicos sobre los que se edifican las instituciones técnicas abstractas y concretas, puede resultar no solamente equivocado sino asimismo contraproducente"<sup>32</sup>. Explicando su idea continúa: "el Contrato está definido y significado conceptualmente en el Código Civil, por lo cual estará alejado de ser vía idónea para resolver todo problema que a su respecto se plantee soslayar la circunstancia preindicada, convirtiéndose así tal desconocimiento en factor que aumenta el problema de despejar incógnitas que se presenten mediante la agregación paradójica de una supresión, es decir, de la supresión de la posibilidad de recurrir precisamente al cuerpo normativo en cuyo ámbito se conceptualiza técnicamente la figura involucrada en el propio problema a resolver"<sup>33</sup>.

Las exposiciones anteriores hablan por sí mismas. Pero nos interesa subrayar de qué manera el autor advierte sobre el indeseable prejuicio de evitar la aplicación de normas del Código Civil, en el caso del art. 1265, para resolver problemas vinculados a contratos en los que una de sus partes es la Administración. Dichas normas fueron creadas específicamente para solucionar aquellos problemas, siendo intrascendente a este respecto la calidad que revistan los sujetos contratantes.

<sup>26</sup> Ídem, págs. 70-71.

<sup>27</sup> Ver punto 2.2.

<sup>28</sup> Como se estudiará más adelante existe discusión acerca de si la adjudicación es la aceptación de una propuesta, inclinándose el suscrito por esta tesis.

<sup>29</sup> Juan José Carbajal Victorica, en consulta evacuada al Directorio del SOYP; publicada en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, pág. 287.

<sup>30</sup> Delpiazzo, ob. cit., pág. 218.

<sup>31</sup> Marcel Waline, en consulta publicada en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, pág. 297. Se trata de una consulta referida al mismo caso sobre el que también se pronunció Carbajal Victorica (ver nota 29); aunque, como se puede apreciar, en sentido inverso en este aspecto.

<sup>32</sup> Arturo Caumont, "Enfoque privatista de la contratación administrativa" en Contratación administrativa. Curso de graduados, FCU, Montevideo, 1988, pág. 199 (negrita nuestra).

<sup>33</sup> Ídem (negrita nuestra).

Por otra parte, la aplicación de normas de Derecho privado en el ámbito público, y concretamente en los contratos con la Administración, es admitida sin hesitaciones por nuestra Suprema Corte de Justicia cuando no existen disposiciones de naturaleza pública que resuelvan la cuestión.

En un fallo publicado en LJU con el número 13.243, la Corporación expresó que "...aunque es técnicamente exacta la distinción entre normas de derecho público y normas de derecho privado, ello no implica que cada uno de esos conjuntos normativos constituyan ámbitos aislados e incommunicados; desde luego que si en un asunto de derecho público [...] existe una norma específica que regula el punto conflictivo, habrá de estarse a ella. Sólo será legítimo recurrir a soluciones generales, aunque éstas pertenezcan al ámbito del derecho privado, a falta de una tal solución específica (Sentencia N° 598/95)".

Más concretamente aún, la jurisprudencia argentina ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la aplicabilidad subsidiaria de las normas civiles que disciplinan los contratos "entre ausentes", a los contratos celebrados a través del procedimiento licitatorio: "Las disposiciones del Código Civil referentes a la forma en que se perfeccionan los contratos por correspondencia son aplicables, en principio, a las licitaciones del Estado..."<sup>34</sup>.

En la órbita del Derecho público no existen normas que determinen, con carácter general, el momento en que se perfecciona el contrato en la licitación, por lo que, de acuerdo a la opinión de nuestro máximo órgano jurisdiccional y de la jurisprudencia argentina, no habría inconveniente técnico alguno para aplicar al caso el art. 1265 (admitido que sea que el contrato es "entre ausentes")<sup>35</sup>.

### C) La responsabilidad de la Administración en la licitación

La disímil naturaleza y diferentes efectos que se le reconocen al acto de adjudicación por parte de la doctrina, determina que, según las posiciones en juego, se asigne a la responsabilidad de la Administración, generada con posterioridad a la concreción de aquel acto, distinta naturaleza: ora precontractual, ora contractual. Es por ello que seguidamente expondremos, para una mejor comprensión de los puntos que se tratarán, algunas nociones en torno de estos tipos de responsabilidad.

#### A) De la responsabilidad contractual

Es valor entendido en la actualidad que la responsabilidad contractual se genera en aquellos casos en que se incumple una obligación preexistente, sin importar la fuente de la obligación incumplida. Lo trascendente entonces para determinar si nos encontramos ante este tipo de responsabilidad es hallar un deber de carácter concreto, específico, vulnerado<sup>36</sup>. Esto diferencia a la responsabilidad contractual de la extracontractual (art. 1319 C.C.) en donde lo violado no es una obligación propiamente dicha, sino el deber genérico de no causar daño a los demás (*neminem laedere*)<sup>37</sup>.

Esta postura se fundamenta en que nuestro Código Civil no sólo estudia la responsabilidad contractual a propósito de los contratos en particular, sino que la analiza al considerar las diversas especies de obligaciones (tit. III, del libro V, art. 1333 y sig.), y las normas sobre daños y perjuicios (art. 1341 y sigtes.) son de aplicación, incluso en materia de responsabilidad emergente de los cuasicontratos o de las obligaciones legales<sup>38</sup>.

De acuerdo con estos conceptos vinculados a los aspectos de este trabajo, diremos que la responsabilidad precontractual que se analizará seguidamente tiene naturaleza contractual, puesto que es fruto del incumplimiento de una obligación legal preexistente; cual es la de comportarse de acuerdo al parámetro de la buena fe en el período de las tratativas, que en el caso concreto que nos ocupa equivalen a los trámites del procedimiento licitatorio.

También será contractual la responsabilidad que se produce frente al adjudicatario cuando la Administración, luego de emitido el acto de adjudicación, decide no contratar con este último causándole perjuicios. Esta opinión se sustenta en que la adjudicación (aún no notificada), por virtud de la ley, crea en cabeza de la Administración la obligación de contratar con el oferente seleccionado; y habiendo una obligación (legal) preexistente, su incumplimiento da lugar al tipo de responsabilidad analizada.

<sup>34</sup> Sentencia de la Cám. Nac. Fed. sala civ. y com., junio 29-1962, "Gobierno Nacional c/ Maquimet S.R.L., citada por Dromi en "La licitación..." cit., pág. 415.

<sup>35</sup> Quizás, la razón fundamental de Carbajal Victorica, para afirmar la inaplicación del art. 1265, se encuentre en su opinión de que la adjudicación no es la aceptación de una propuesta, siendo el perjuicio de aplicar normas de naturaleza privada en el ámbito público una causa secundaria; si ello fuera así, valgan igualmente los párrafos anteriores para reafirmar la posibilidad de aplicación de normas civiles para regular contratos con la Administración.

<sup>36</sup> Cfr. Jorge Gamarra, "Responsabilidad Contractual I - El incumplimiento -", FCU, Montevideo, 1996, pág. 9.

<sup>37</sup> Cfr. Aut. Cit., "Tratado..." cit., t. XI, págs. 59 a 63.

<sup>38</sup> Cfr. Gamarra siguiendo a Peñano, en "Responsabilidad Contractual..." cit., pág. 9.

Demás está decir que el incumplimiento producido luego de perfeccionado el contrato, por la notificación del acto de adjudicación, también dará nacimiento a una responsabilidad contractual.

## B) De la responsabilidad precontractual

Existe acuerdo en doctrina en que este tipo de responsabilidad tiene lugar por la violación de la obligación de comportarse de buena fe<sup>39</sup> en el período que va desde el comienzo de las tratativas hasta el momento del perfeccionamiento del contrato<sup>40</sup>. Un hecho ilícito cometido luego de la formación del contrato no generará ya responsabilidad precontractual. Se sostiene la existencia de esa obligación de comportamiento leal por aplicación analógica de distintos artículos del Código Civil (1276, 1672, 1717, 1721, 1804, 2204, 2236, 1699, 1719, 2249, 2269), que exigen dicha conducta en el período considerado<sup>41</sup>. Más allá de la discusión en torno de si nos encontramos ante una responsabilidad de origen contractual o extracontractual<sup>42</sup>, lo cierto es que su verificación impone al incumplidor la obligación de pagar los daños y perjuicios ocasionados. Obviamente, aquí no se resarcan los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, sino aquellos que la no formación del mismo pudo ocasionar (interés negativo). Como señala Gamarra, éstos consistirán en "los gastos realizados con motivo de las tratativas"<sup>43</sup> e incluso los daños "causados por la pérdida de oportunidades de celebrar otros contratos"<sup>44</sup>. Nótese en este sentido la magnitud que pueden revestir estos daños cuando se trata de una licitación importante en donde los gastos de preparación de la propuesta suelen ser elevados (costos de pliegos, planos, proyectos, estudios, etcétera)<sup>45</sup>.

No obstante este enfoque general de la responsabilidad precontractual, la doctrina acostumbra a estudiar casos particulares de ésta, los que, por su relevancia en el terreno práctico, admiten un tratamiento por separado.

En tal sentido, el que particularmente resulta relevante para el asunto en cuestión, es el de la "ruptura intempestiva de las tratativas". Es decir, aquella situación que se plantea cuando luego de negociaciones entre dos sujetos con miras a la celebración de un contrato, uno de ellos abandona la relación intempestivamente ocasionando perjuicios a su contraparte. Sin perjuicio de la discusión acerca de las condiciones que deben verificarse para que surja responsabilidad, existe acuerdo en cuanto a que ésta se genera en aquellos casos en que un sujeto "sigue las tratativas con el único propósito de hacer perder tiempo y oportunidades más ventajosas a la otra parte"<sup>46</sup>; asimismo, se tiende a aceptar la responsabilidad de quien, "sabiendo que la contraparte está realizando (o realizó) gastos de cierta entidad, persiste en las tratativas, para cortarlas bruscamente en un cierto momento, aunque no se haya producido ningún cambio en la situación originaria"<sup>47</sup>.

Sin duda alguna, cuando la Administración se relaciona con particulares a través de una licitación, también se encuentra obligada a comportarse de acuerdo al parámetro de la buena fe en el relacionamiento.

Ya hemos tenido oportunidad de mencionar en este aspecto la opinión de DROMI, según la cual la unión del acto administrativo de llamado a licitación con el acto jurídico privado de presentación de ofertas da vida a una relación con efectos vinculantes<sup>48</sup>, originando derechos y obligaciones que son anteriores al contrato y que no se confunden con los que crea este último. Porque "(s)ería sin duda arbitrario, y más aún para una concepción del contrato en función social, reconocer que una de las partes tenga un derecho ilimitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque por razones de oportunidad un llamado a

<sup>39</sup> Se alude al concepto de buena fe objetiva consistente en una norma de conducta que impone a las partes de un futuro contrato la obligación de comportarse lealmente (Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI, pág. 39).

<sup>40</sup> Esta responsabilidad será siempre precontractual con independencia de que luego el contrato llegue a perfeccionarse válidamente (ej.: art 1276 C.C.), o que resulte nulo (ej. Art. 1672 C.C.), o que nunca se concluya (ruptura intempestiva de tratativas contractuales), puesto que lo que determina el surgimiento de esta responsabilidad es que el hecho ilícito se verifica en el período de las tratativas.

<sup>41</sup> Ver: Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI, págs. 43-48.

<sup>42</sup> Jorge Gamarra (Ídem. págs. 59-76) se inclina por incluir a la responsabilidad precontractual dentro de la responsabilidad contractual, por cuanto se da el supuesto generador de esta última, cual es el incumplimiento de una obligación preexistente; según se analizó, en la responsabilidad precontractual, se incumple la obligación de comportarse de buena fe. En contra, afirmando su naturaleza extracontractual: Roberto H. Brebbia, "Responsabilidad precontractual", Rosario, 1957, págs. 50-51 y 108.

<sup>43</sup> Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI pág. 95.

<sup>44</sup> Ídem., pág. 96

<sup>45</sup> En el ámbito administrativo, en cuanto a los daños reparables, ver: Dromi, "La licitación..." cit, pág. 525; Raquel Fata, "Responsabilidad precontractual de la Administración" en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989.

<sup>46</sup> Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit, tomo XI, pág. 86.

<sup>47</sup> Ídem., pág. 87

<sup>48</sup> "La licitación..." cit, pág. 75.

licitación después que el oferente irrogó a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de anteproyectos cuando los terceros concursantes hubieran concluido el trabajo, etc"<sup>49</sup>.

En síntesis, en todos aquellos casos en que la Administración no honre la obligación de comportarse de buena fe antes del perfeccionamiento del contrato, generará responsabilidad pre-contractual a su respecto y deberá indemnizar los perjuicios que con tal accionar ocasiona; los que se circunscribirán, según hemos expuesto, a los gastos incurridos en la preparación y presentación de la oferta.

Se manejan frecuentemente como hipótesis en las que se genera responsabilidad pre-contractual de la Administración, por el incumplimiento de la obligación antedicha, las siguientes:

Revocación, modificación y suspensión del llamado a licitación<sup>50</sup>.

Revocación de la adjudicación<sup>51</sup>.

Adjudicación prematura.

Rechazo de ofertas.

Indebida exclusión de oferentes.

Vicios en los actos separables, en el pliego de condiciones, llamado a licitación, admisión, preadjudicación y adjudicación<sup>52</sup>.

Según se dirá (*infra* 3.1), hay quienes sostienen que la adjudicación (aun notificada) no perfecciona el contrato sino que el único contenido de la misma es seleccionar al proponente con quien se contratará después. Sin embargo, postulan que desde la adjudicación pesaría sobre la Administración la obligación de celebrar el contrato, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad. Planteadas las cosas de esta manera, la responsabilidad del caso sería contractual *strictu sensu* y no precontractual; porque el incumplimiento lo sería de la obligación de prestar el consentimiento para perfeccionar el contrato, situación distinta al de la responsabilidad *in contrahendo*, cuyo supuesto específico, conforme se señaló, es el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en el periodo precontractual.

No obstante lo anterior, la doctrina considerada no identifica cuál sería la fuente de la obligación de contratar que surgiría en cabeza de la Administración. Dicha fuente no podría ser, en esta postura, el acto de adjudicación mismo, puesto que son sus mismos sostenedores los que, al afirmar que la adjudicación lo único que hace es seleccionar una oferta, le niegan esta potencialidad.

Pues bien, si no se identifica cuál es la fuente de esta supuesta obligación de contratar, no es plausible sostener la existencia de la misma, ni tampoco, por consecuencia, afirmar una responsabilidad (contractual *strictu sensu*) por su incumplimiento. Entonces, si se quisiera mantener el resultado responsabilidad, por la negativa a contratar de la Administración luego de la adjudicación, habría que buscar el mismo en el incumplimiento de una obligación distinta, cuya existencia se pudiera demostrar efectivamente. Y a esta altura no quedaría más remedio que echar mano a la responsabilidad precontractual por el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en el periodo de las tratativas. Ello dista de ser intrascendente si consideramos que este tipo de responsabilidad, de acuerdo a lo visto anteriormente, sólo permite reclamar como daños y perjuicios el *interés negativo*, esto es, los gastos incurridos en la presentación de la oferta. Tampoco se podrá exigir forzosamente la contratación, punto este último sobre el que volveremos *infra*.

Ahora bien, si de acuerdo a lo anterior manejamos por hipótesis que la tesis analizada podría encontrar fundamento en la responsabilidad precontractual: ¿en qué cambiarían las cosas luego de la adjudicación?; porque habíamos dicho que la Administración estaba expuesta a este tipo de responsabilidad desde que comienza su relación con los particulares; y ello, con independencia de que exista o no adjudicación. La respuesta a la pregunta planteada podría contestarse diciendo que a partir de la adjudicación, la obligación de comportarse de buena fe se concreta y se intensifica más, generando responsabilidad automática en caso de incumplimiento; allí radicaría la trascendencia del dictado del acto de adjudicación en la interpretación que efectuamos de la doctrina ya analizada.

<sup>49</sup> Ídem., pág. 510.

<sup>50</sup> Según Marienhoff (ob. cit., págs. 196-198 y nota 236), carecería de base jurídica una pretensión de resarcimiento de daños por parte de oferentes que se presentaron a un llamado a licitación que luego se deja sin efecto. Esta afirmación encontraría fundamento en que el llamado a licitación no es una propuesta sino una invitación a ofertar; por consiguiente, la presentación de ofertas por los particulares no constituirían aceptaciones de aquella. Si mal no interpretamos, lo que pretende decir el autor es que, de acuerdo a lo anterior, la presentación de ofertas no hace surgir aún vinculación contractual alguna; y siendo esto así, no podría hablarse de responsabilidad en dichos casos. Es fácil controvertir la posición del autor si se considera que el manejo, conforme analizamos, sería un caso de responsabilidad precontractual que no tiene por presupuesto la existencia de un contrato. El incumplimiento lo sería, como vimos ampliamente, de la obligación legal de comportarse de buena fe en la etapa precontractual.

<sup>51</sup> Según se adelantó en el apartado anterior, y se desarrollará luego, esta situación constituye, a nuestro criterio, una hipótesis de responsabilidad contractual y no precontractual; no siendo irrelevante la cuestión si se tiene en cuenta el tipo de daño que se puede reclamar en uno u otro tipo de responsabilidad.

<sup>52</sup> Ver en este sentido: Dromi, "La licitación..." cit., pág. 524; Delpiazzo, ob. cit., pág. 100; Fata, ob. cit., págs. 36-37; Flores Dapkevicius, ob. cit., pág. 84.

### III. ADJUDICACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

#### A) Posiciones doctrinarias. Su crítica

En este apartado se realizará un análisis crítico de las principales posiciones doctrinarias que se han dado respecto de los conceptos de "adjudicación" y de "perfeccionamiento de contrato" en la licitación.

Comenzaremos la revisión con la ya conocida posición de SAYAGUÉS LASO quien sostiene que la adjudicación "es un procedimiento que tiene como finalidad presentar al agente público competente para celebrar el contrato, la persona que ofrece mejores condiciones"<sup>53</sup>, y que a la vez que determina la oferta más conveniente la declara aceptada<sup>54</sup>. Según el autor, en el acto administrativo de adjudicación se pueden separar idealmente dos contenidos diversos: por un lado se selecciona la mejor oferta -contenido que mira hacia lo interno de la Administración-, y por otro lado, se acepta la propuesta que se reputó con anterioridad como más conveniente -contenido que se dirige hacia lo externo de la Administración, es decir, hacia el co-contratante adjudicatario-<sup>55</sup>. Sin la claridad demostrada en el párrafo anterior, el autor citado aborda el tema del momento en que se perfecciona el contrato, dando dos soluciones distintas e incompatibles. Por una parte, sostiene que el contrato surge cuando la adjudicación (aceptación) es "notificada al interesado, salvo que a texto expreso se establezca una solución distinta"<sup>56</sup>, y por otra parte, en diverso lugar de su obra, postula que "luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado"<sup>57</sup>. Es decir, afirma por un instante que el contrato se forma con la notificación de la aceptación para luego desdecirse y sostener que el contrato se perfecciona con la sola aceptación, siendo la notificación algo secundario<sup>58</sup>. De las dos proposiciones la válida es la primera, esto es, la que postula que el contrato se perfecciona con la notificación de la aceptación. Debe recordarse en este sentido (véase, *supra*, nº 2.2.1) que el contrato en la licitación pública es un contrato entre ausentes, y que de acuerdo a nuestro sistema legal<sup>59</sup>, el momento que marca el perfeccionamiento en estos casos, es la recepción de la aceptación por el proponente -sistema de la recepción- y no la sola exteriorización de la aceptación -sistema de la declaración-; situación esta última, que en la licitación pública se consumará por medio de consignar la resolución de adjudicación en el expediente administrativo.

Alberto Ramón REAL comparte que la adjudicación es la aceptación de la propuesta más ventajosa, afirmando además que, con la notificación de la adjudicación surge el derecho subjetivo "a favor del oferente elegido o seleccionado, el que podrá exigir la formalización del contrato, si se requiere, según lo previsto por el pliego o por el derecho especial que rija la cuestión para la materia (contrato escrito, escritura pública, etc, según los casos)"<sup>60</sup>.

Saúl BURZSTYN MAS y Washington BARBOT adhieren a la posición de Sayagués en cuanto al doble contenido del acto de adjudicación: selección de la propuesta más conveniente y aceptación de la misma, pero superan la contradicción expuesta precedentemente al sostener que el vínculo contractual queda perfeccionado con la notificación de la adjudicación (aceptación)<sup>61 62</sup>.

<sup>53</sup> Enrique Sayagués Laso, "Tratado..." cit. t. I pág. 555.

<sup>54</sup> Ídem., págs. 556 y 555

<sup>55</sup> Ver del mismo autor "La licitación..." cit., págs. 40 y 103.

<sup>56</sup> "Tratado...", cit., t. I, págs. 556-557 y t. II, pág. 595 (negrita nuestra).

<sup>57</sup> Ídem., págs. 565-566 (negrita nuestra).

<sup>58</sup> Debe consignarse que el mismo autor, en su obra anterior sobre el tema ("La Licitación..." cit., págs. 106 y 107), sostuvo una única solución, siendo además, según se verá, la correcta: "el vínculo jurídico queda perfecto una vez comunicada la adjudicación al interesado".

<sup>59</sup> Art. 1265 C.C. Según ya se explicitó, esta regulación resulta aplicable a la licitación pública, no obstante ser una norma privada.

<sup>60</sup> Alberto Ramón Real, "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato-Vicios" en LJU, Nº 76, sección Doctrina, pág. 81 (negrita nuestra). Lo expuesto por Real puede plantear dudas en cuanto a si éste entiende que con la notificación de la adjudicación se concluye el contrato, o si está postulando la existencia de un derecho a exigir luego un perfeccionamiento que por hipótesis aún no se habría producido. Nos parece que el autor en este punto piensa algo similar a lo sostenido por Sayagués Laso. El principio es que con la notificación de la adjudicación surge el contrato mismo y no el derecho a exigir un perfeccionamiento posterior. Y esta regla se excepciona en los casos en que la ley o el pliego exigen una forma especial; situación esta última en la que Real (y no Sayagués) sostiene que la notificación del acto de adjudicación genera, ahora sí, un derecho del adjudicatario a exigir el perfeccionamiento ("formalización del contrato"). Pensamos esto, porque el autor sólo vincula su afirmación relativa al "derecho a exigir la formalización" (que surgiría con la adjudicación notificada) a la hipótesis de que "el pliego o el derecho especial" requieran la forma escrita. Para las restantes situaciones no nos dice que surja un derecho a exigir la formalización de un contrato. Esto se reafirma si se analiza la siguiente referencia que hace Real respecto del acto de adjudicación: Establece que con ésta "se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y, en su caso, la documentación del contrato por escrito" (Íbidem: negrita nuestra). Concluyendo podemos decir que Real entiende, según nuestra visión, que en las situaciones corrientes en las que no se requiere formalidad especial (por la ley o por los pliegos) el contrato se perfecciona con la notificación del acto de adjudicación; y en los casos donde se requiere dicha forma especial (en los que la notificación no perfecciona el contrato), la misma genera un derecho subjetivo a dicho perfeccionamiento.

<sup>61</sup> Según el primer autor citado («Principios Generales de la Licitación Pública», en la obra colectiva "La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas", FCU, 1976, pág. 108), "de la propia naturaleza del acto de adjudicación se desprende que el vínculo contractual se perfecciona cuando se comunica al adjudicatario la decisión de adjudicación, o sea, cuando la aceptación llega a conocimiento del proponente". Nótese sin embargo, que Burzstyn culmina diciendo que se requiere el conocimiento del proponente, lo que a nuestro criterio no es acertado desde que nuestro ordenamiento (véase, *supra* 2.2) consagra el sistema de la recepción

En la misma línea de pensamiento se puede ubicar a Felipe ROTONDO, quien analizando el acto de adjudicación establece que por éste «...el licitante 'determina, reconoce, declara y acepta' la propuesta más ventajosa...». En cuanto al momento del perfeccionamiento del contrato, señala que el mismo surge "usualmente cuando la aceptación (adjudicación) llega a conocimiento del adjudicatario, mediante la notificación de la respectiva resolución; ello es así si no se exige la forma escrita (documento contractual) como exigencia de la validez del contrato" <sup>63</sup>.

Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI comparte con los anteriores autores la afirmación de que la adjudicación equivale a la aceptación de una oferta<sup>64</sup>, no pronunciándose respecto de si la notificación de la misma perfecciona el contrato.

Jaime SAPOLINSKI expresa: "Muchas veces, el contrato se debe tener por perfeccionado, cuando la administración notifica la adjudicación, que equivale a una aceptación de la oferta. A partir de allí el contrato empieza a ejecutarse sin más formalidades" <sup>65</sup>. Para el autor nombrado, la adjudicación constituye aceptación de una oferta, lo que lo incluye dentro de las posiciones anteriores. En lo concerniente al momento de la formación del contrato, si bien podemos compartir la posición de Sapolinski en cuanto a que la notificación de la adjudicación perfecciona el contrato, nos parece incompleta la afirmación de que esto sucedería "(m)uchas veces", en tanto no se precisa cuál sería el presupuesto operativo de dichas situaciones. Evidentemente, esto último sucederá así, cuando las normas no exijan un requisito especial que excepcione el principio general de que los contratos se perfeccionan en el momento que se notifica la aceptación al proponente (art. 1265 C.C.).

Finalmente, en la doctrina nacional, José Luis ECHEVARRÍA, comentando una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que se pronuncia admitiendo la tesis de Sayagués, se inclina igualmente por la posición de este autor <sup>66</sup>.

Veamos ahora qué tratamiento recibe el presente tema en la doctrina extranjera.

Alineado con las posiciones anteriores, DROMI establece en forma sintética que "la adjudicación es el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratante" <sup>67</sup>. Respecto del perfeccionamiento del contrato, afirma el publicista argentino que, luego de la adjudicación que cierra la fase esencial de la licitación, el vínculo se concluye de acuerdo a la técnica adoptada por el derecho positivo: a) aprobación u homologación; b) notificación y c) estipulación escrita. Señala que, según el derecho argentino, los contratos de suministros y demás regidos por el R.C.E., se perfeccionan "con la notificación o comunicación al interesado de la adjudicación dispuesta (art. 61, incs. 80 y 81, decr. 5720/72), adoptando el sistema de la información, es decir que el oferente haya tomado conocimiento de la misma"; mientras que "para los contratos de obras públicas, la ley 13.064 exige la estipulación escrita para su perfeccionamiento (arts. 21-24)" <sup>68</sup>.

Igual opinión sostiene MARIENHOFF respecto del concepto del acto de adjudicación: "La 'adjudicación' es [...] el acto de la Administración Pública en el que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular" <sup>69</sup>. Por su parte, en lo referente a la conclusión del contrato, señala, citando en apoyo a Sayagués Laso, que: "El 'principio' o 'regla' en materia de contratos administrativos, realizados mediante el trámite de la licitación, es que los mismos se perfeccionan con la notificación de la adjudicación al proponente que resultó adjudicatario. La 'excepción', que entonces requiere texto expreso, consiste en que el perfeccionamiento del contrato requiere la redacción de un documento especial" <sup>70</sup>.

<sup>62</sup> El segundo autor mencionado ("La Adjudicación del Contrato Administrativo" en la ob. cit. en nota anterior, págs. 198-199) sostiene con mayor precisión que, "El vínculo contractual se perfecciona desde el momento en que ha sido notificada al proponente elegido la aceptación de su oferta".

<sup>63</sup> Felipe Rotondo Tornaría, "Manual de Derecho Administrativo", t. 2, Universidad, pág. 154. Al igual que Burzstyn, Rotondo se equivoca cuando marca al conocimiento de la aceptación como el momento de perfeccionamiento del contrato (ver nota 61).

<sup>64</sup> Lorenzo Sánchez Carnelli, "Adjudicación, vicios, impugnación", en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, pág. 41.

<sup>65</sup> Jaime Ruben Sapolinski, "Vicios en la contratación administrativa" en Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999, FCU, Montevideo, 2000, pág. 85.

<sup>66</sup> José Luis Echevarría, "Acerca de la Adjudicación en la Licitación Pública (Comentario a la Sentencia 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995)" en Revista de Derecho (Univ. de Mont.), Año I, (2002), Nº 1, págs. 107-118. En el mismo lugar se transcribe la sentencia que se comenta.

<sup>67</sup> Dromi, "La licitación..." cit, pág. 390. En su Manual... cit, pág. 292, el autor ratifica este criterio trayendo a colación el siguiente fallo jurisdiccional: "La adjudicación es el acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual (CNFed, Sala CivCom, 4/8/67, JA, 1968-I-128; CcomCap, 19/10/36, LL, 634)".

<sup>68</sup> Ver: "La licitación..." cit., págs. 40 y 407-408; "Manual..." cit., págs. 295-296. En contra, respecto al perfeccionamiento del contrato de suministro: Juan C. Cassagne, según el cual, los arts. 80 y 81 del RCE exigen para el perfeccionamiento de este contrato "la notificación de la adjudicación más un requisito adicional consistente en la emisión de la correspondiente orden de compra o venta, que también debe ser notificada o comunicada [...] la sola adjudicación, aunque fuere notificada, no es idónea para producir el perfeccionamiento..." (ob. cit., págs. 61-62).

<sup>69</sup> Marienhoff, ob. cit., pág. 243.

<sup>70</sup> Ídem. pág. 267, texto y nota 372. Recuérdese a este respecto, que el derecho uruguayo no registra requerimientos formales especiales para la formación de los contratos administrativos, por lo que el perfeccionamiento operaría, conforme lo sostiene el autor citado y Sayagués Laso, con la notificación de la adjudicación: Ver nota 1.

Agustín GORDILLO reconoce que la adjudicación configura la aceptación de una propuesta y establece, compartiendo la opinión de Sayagués Laso, que *"En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación al interesado de la adjudicación efectuada a su favor"*<sup>71</sup>. Mencionando como excepción, la ley de obras públicas argentina (arts. 20 a 24), según la cual, se requeriría, como requisito adicional, la firma de un contrato escrito<sup>72</sup>.

También Manuel M. DIEZ opina que la adjudicación es la aceptación de una propuesta: *"Al establecer cuál es la oferta más ventajosa se la declara aceptada"*. *"La aceptación de la oferta más ventajosa implica la adjudicación..."*<sup>73</sup>. Con relación al momento de conclusión del contrato dice: *"La adjudicación implica en algunas oportunidades directamente la celebración de un contrato. En otros supuestos será necesario un contrato posterior. En el primer supuesto, con la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado. En el segundo, vale decir, cuando los textos legales exigen expresamente la firma de un contrato, es necesario el cumplimiento de dicho requisito"*<sup>74</sup>.

Respecto del primer supuesto manejado, el autor repite a la letra lo sostenido por Sayagués Laso. Pero lamentablemente lo hace en la parte en que este último autor se equivoca: el contrato se perfecciona con la sola adjudicación, omitiendo citarlo en lugar en que sienta la buena doctrina: el contrato se perfecciona con la notificación de la adjudicación. Oportunamente criticamos a Sayagués cuando éste decía que con la sola adjudicación sin notificar se perfeccionaba el contrato. Expresábamos que en el derecho uruguayo el perfeccionamiento contractual se obtenía con la recepción de la aceptación por el proponente -sistema de la recepción- y no con la sola exteriorización de la aceptación -sistema de la declaración-, en el caso, la adjudicación.

Pues bien, la misma crítica cabe hacerle a Diez, desde que el Derecho argentino consagra un sistema intermedio entre el de la expedición y el del conocimiento (arts. 1154 y 1155 del Código Civil Argentino).<sup>75</sup>

En la doctrina española GARCÍA DE ENTRERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>76</sup> nos dicen que *"El contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva (no con la formalización) y desde ese mismo momento existe y obliga como tal, según precisan los artículos 13 y 32 LCE y 45 RRCL"*. En cuanto al contenido del acto de adjudicación, los autores no se pronuncian específicamente. Pero, desde que afirman que la adjudicación perfecciona el contrato, reconocen implícitamente que ésta tiene por contenido la aceptación de la propuesta seleccionada. No podría perfeccionarse un contrato sin la concurrencia de la voluntad de la Administración manifestada en la aceptación.

En la doctrina francesa siempre es importante citar la opinión de WALINE debido al prestigio y reconocimiento de que goza dicha doctrina. Pero en el caso, la posición del autor que se recogerá, resulta particularmente relevante por cuanto fue emitida al evacuar una consulta sobre un caso concreto sucedido en nuestro país y regido por las leyes uruguayas. En tal sentido, afirmó WALINE en dicha consulta, que la adjudicación constituye la aceptación de una propuesta, y que de acuerdo al art. 1265 del Código Civil el contrato se perfecciona cuando la adjudicación es notificada al proponente seleccionado<sup>77</sup>.

Hasta aquí hemos pasado revista a los autores que sostienen, más allá de algunos matices, que la adjudicación contiene la aceptación de una propuesta y que el contrato se perfecciona, no existiendo una disposición en contrario, con la notificación de dicha adjudicación (aceptación)<sup>78</sup>.

Estudiemos ahora quienes sostienen lo contrario.

El más fiel exponente de la posición opuesta es CARBAJAL VICTORICA<sup>79</sup>. Éste establece que *"si el objeto de la licitación es indudablemente la designación del candidato mejor a contratante, la decisión que produce ese efecto, no puede ser jamás consentimiento de contrato"*<sup>80</sup>. Sobre el punto agrega que el acto administrativo de adjudicación de una licitación, no puede ser *"...unilateral por un lado y bilateral por el otro..."* y no representa consentir un contrato<sup>81</sup>. Confirma lo expuesto al expresar que *"El acto de adjudicación no constituye el consentimiento de un contrato. Designa*

<sup>71</sup> Ob. cit., pág. XII-46.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Manuel María Diez, "Derecho Administrativo II, Omeba, Buenos Aires, 1965, pág. 482.

<sup>74</sup> *Ídem*, pág. 483.

<sup>75</sup> Cfr. Salvat, citado por Escola en ob. cit., pág. 143, nota 23. Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana (Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 676) señalan que el sistema del Código Civil Argentino es el de la expedición, lo cual no cambia lo sostenido anteriormente.

<sup>76</sup> Eduardo García de Entrerría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo I", Civitas, Madrid, 1981, pág. 605.

<sup>77</sup> Marcel Waline, consulta cit., págs. 296-297 y 299.

<sup>78</sup> García de Entrerría y Fernández parecen no exigir, de acuerdo al derecho español, la notificación de la adjudicación para el perfeccionamiento.

<sup>79</sup> Carbajal Victorica, ob. cit.

<sup>80</sup> *Ídem*, pág. 287.

<sup>81</sup> *Ídem*, pág. 289.

al candidato a contratar..."<sup>82</sup>. De acuerdo con lo anterior, es indudable que el autor niega que la adjudicación pueda ser calificada como aceptación de una propuesta<sup>83</sup>.

De sus desarrollos no se extraen fundamentos que lo demuestren, por tanto, el autor incurre en el vicio lógico de la "petición de principios" que supone precisamente dar por probado lo que se debe demostrar. Por otra parte, no es cierto que la asimilación del acto de adjudicación a la aceptación de un contrato implique atribuir al mismo –lo que según el autor sería inadmisibles– la nota de bilateralidad<sup>84</sup>. La aceptación, sea que la exprese la Administración, por medio de un acto administrativo, o un particular, es siempre una declaración de voluntad unilateral (recepticia), aunque encaminada al perfeccionamiento de un negocio jurídico bilateral (contrato)<sup>85</sup>.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, es obvio que para aquel autor el vínculo se concluye con la emisión de una nueva declaración de voluntad –ésta si de aceptación– por parte de la Administración. Finalmente, con relación a qué efectos produce la adjudicación –ya que no el contrato– respecto del adjudicatario, el autor sostiene que "la administración después de la notificación de la adjudicación, está obligada a contratar con el adjudicatario"<sup>86</sup> y que a partir de allí, el adjudicatario "Tiene derecho a exigir la contratación, desde que la adjudicación es promesa formal de contrato"<sup>87</sup>. No valoraremos actualmente dicha afirmación por cuanto será objeto de un tratamiento por separado posteriormente (véase, *infra* nos. 4.2 y 4.2.1); alcance por ahora con decir que lo postulado implica sostener el surgimiento de un derecho equivalente al que emerge de un contrato de promesa de contratar, pero desde que no existe contrato, el mismo debería surgir de la ley.

Similar posición sustenta Carlos E. DELPIAZZO, quien expresa que "Con la resolución de adjudicación se cierra la etapa esencial del procedimiento licitatorio. Se trata de un típico acto administrativo, precontractual y separable cuyo conte-

<sup>82</sup> Ídem., pág. 290.

<sup>83</sup> Es de señalar, que Carbajal, al comienzo de su trabajo, y comentando positivamente el decreto del Poder Ejecutivo de 6 de febrero de 1911, señala que, éste distingue el procedimiento licitatorio del contrato, estableciendo a la licitación como una etapa previa al vínculo contractual. Allí, parece estar de acuerdo con que la adjudicación importa aceptación de una propuesta puesto que afirma que la licitación "termina con la adjudicación que acepta una propuesta y luego la creación del vínculo bilateral por la formalización del contrato" (pág. 283; ver también, pág. 284). Sin embargo, en el desarrollo de su trabajo, según ya se señaló en las notas anteriores, se encarga de desmentir dicha afirmación a través de la rotunda aseveración de que la adjudicación lo único que hace es seleccionar la oferta más conveniente (incluso en la propia pág. 283 citada, señala que la adjudicación "indica el candidato a contratar").

<sup>84</sup> Merece destacarse, que al igual que lo sostenido por José Luis Echevarría (ob. cit., pág. 111) consideramos que "...surge claro de la consulta, que era preocupación principal para el citado autor que el acto de adjudicación estuviera comprendido entre los actos procesables por acción de nulidad". En tal sentido, podría considerarse, aunque no surge de sus palabras, que lo que trata de controvertir Carbajal es que la adjudicación implique sin más el perfeccionamiento del contrato.

<sup>85</sup> Con respecto a la unilateralidad o bilateralidad de la adjudicación se han vertido en doctrina opiniones con las cuales no estamos de acuerdo, y que es pertinente analizarlas para evitar equívocos. SAYAGUÉS LASO (La licitación... cit., pág. 40), ha dicho que: "considerada aisladamente, la decisión de adjudicación es una declaración de voluntad de la Administración. Vendría a ser pues, un acto unilateral. Sin embargo, no puede aislarse esa decisión de todo el resto del procedimiento, y especialmente, independizarla de las propuestas formuladas, una de las cuales declara aceptar. Se trata, pues, de una declaración de voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el ofertante. El pronunciamiento del particular (oferta) y el de la Administración (adjudicación) constituyen analizadas conjuntamente, un acto (más bien dicho un procedimiento) bilateral, un acto que requiere indispensablemente manifestaciones de voluntad de ambas partes. En su primer aspecto, la decisión de adjudicación puede ser analizada como un acto administrativo unilateral; en el segundo, junto con la propuesta que resultó adjudicatario, constituye un negocio bilateral". No compartimos esta opinión en lo que respecta a la valoración de la adjudicación como un negocio jurídico bilateral. En tanto consideramos, contrariamente a lo afirmado por Sayagués, que a la hora de determinar si la adjudicación tiene naturaleza unilateral o bilateral, debe separársela de lo que luego esta última, junto con la propuesta seleccionada, formarán: esto es, el contrato. En efecto, es de señalar que tanto la oferta como la decisión de adjudicación (aceptación) constituyen declaraciones de voluntad emanadas de una sola de las partes (son actos unilaterales pre-negociales), lo cual no es contradictorio con el hecho de que este proceso instaurado por estas dos expresiones de voluntad de carácter unilateral, cronológicamente contiguas, estén dirigidas a la creación de un vínculo jurídico de carácter bilateral, cual es el contrato. Pero este acto bilateral, inversamente a lo sostenido por Sayagués, no sólo puede, sino que debe ser considerado como una creación jurídica nueva y distinta de las voluntades que concurren a formarlo; y por consiguiente, con características propias y excluyentes que la distinguen de sus componentes. Por lo tanto, juzgar acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la adjudicación (aceptación) mirando al contrato es conceptualmente incorrecto. La adjudicación no es el contrato por lo que mal podrá predicarse algo válido sobre ella si se analiza, para realizar el juicio, a esta segunda entidad jurídica. Sostener lo contrario implica examinar las distintos componentes de un relacionamiento jurídico que tiene un proceso formativo complejo, tomando en cuenta únicamente su fase conclusiva, donde se forja la vinculación bilateral que caracteriza a los contratos, habiendo pasado previamente por una instancia de encuentro de voluntades emanadas de cada parte en forma unilateral. Cabe señalar asimismo, que en el ámbito privado, donde los efectos jurídicos de la aceptación de la oferta están claramente regulados por la normativa civil (la cual es aplicable a los contratos con la Administración), la doctrina es conteste en reconocer el carácter unilateral de dicha manifestación de voluntad, así como de la oferta, reservando al contrato, lógico corolario de este intercambio de declaraciones de intención jurídica, el rasgo de bilateralidad que es su nota característica (Cfr. Gamarra, "Tratado..." cit., t. XI, págs. 101-102). En tal sentido, con las reservas que se dirán, estamos de acuerdo con Héctor GIORGI ("Las licitaciones y el contralor del Tribunal de Cuentas", en L.J.U., sección doctrina, pág. 133) cuando afirma que "La adjudicación es, en efecto, un acto administrativo unilateral, que integra el procedimiento de la licitación; que junto con la propuesta del adjudicatario, podrá constituir un negocio bilateral, pero jamás un contrato". Respecto de lo dicho por el autor, con exclusión de su afirmación en cuanto a la unilateralidad de adjudicación, no sabemos en qué momento del procedimiento se ubica Giorgi para emitir su opinión. Si se sitúa en la adjudicación no notificada podemos estar de acuerdo, no así, si se coloca en el instante luego de la notificación.

<sup>86</sup> Ob. cit., pág. 287.

<sup>87</sup> Íbidem.

nido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración<sup>88</sup>. Asimismo, niega enfáticamente que la adjudicación pueda asimilarse a la aceptación de una propuesta<sup>89</sup>. En lo relacionado con el momento en que se perfecciona el contrato, afirma que cuando éste “no se documenta por escrito, la conjunción de voluntades opera cuando esa manifestación unilateral de voluntad de la Administración que es la adjudicación, una vez comunicada, es aceptada por el administrado”<sup>90</sup>.

No compartimos esta posición. La misma conduce a convertir a la adjudicación, considerando la regulación legal del *iter* formativo del consentimiento, en propuesta de contratar, que debería ser aceptada para perfeccionar el contrato, lo que no es admisible<sup>91</sup>. Si la adjudicación es la simple determinación de la oferta más conveniente, jamás podría tener el contenido de una propuesta en la que debe existir siempre intención de obligarse.

Por último, DELPIAZZO también coincide con CARBAJAL en que la adjudicación “genera un derecho subjetivo u *suor del adjudicatario*, como situación excluyente para contratar con la Administración”<sup>92</sup>.

En la misma línea que DELPIAZZO, aunque con nulos desarrollos, parece inscribirse FLORES DAPKEVICIUS cuando afirma, por un lado, que la adjudicación es un acto principal precontractual y separable que cierra la etapa esencial y en virtud del cual la Administración establece cuál es la propuesta más ventajosa<sup>93</sup>; y sostiene, por otro lado, que el contrato, no existiendo una disposición expresa en contrario, “se perfecciona (*nunc u la vidu jurídica con todos sus efectos*) cuando la adjudicación es conocida formalmente y aceptada por el adjudicatario”<sup>94</sup>. Este enfoque merece las mismas críticas que las efectuadas al anterior autor.

En resumen, las tesis planteadas son las siguientes:

La que afirma, siguiendo en general a Sayagués Laso, que la adjudicación supone la aceptación de una propuesta y que el contrato se perfecciona con la notificación de la misma<sup>95</sup>, en adelante, también denominada: “Tesis de la adjudicación - aceptación”.

La que niega (Carbajal Victorica, Delpiazzo y Flores Dapekevicus) que la adjudicación sea la aceptación de una propuesta, sosteniendo el primero que “el perfeccionamiento del contrato tiene lugar después de la adjudicación y no por medio de ésta”<sup>96</sup>; y los dos últimos, que el contrato se perfecciona luego que el adjudicatario acepta la adjudicación. Todos estos autores individualizan, luego de la adjudicación, un derecho subjetivo del adjudicatario a contratar con la Administración; en adelante, también denominada: “Tesis de la adjudicación - elección de propuesta más conveniente”<sup>97</sup>.

<sup>88</sup> Delpiazzo, ob. cit., pág. 191.

<sup>89</sup> Ídem., pág. 204

<sup>90</sup> Ibídem.

<sup>91</sup> En el mismo sentido se pronuncia José Luis Echevarría (ob. cit., pág. 112).

<sup>92</sup> Ob. cit., pág. 193.

<sup>93</sup> Ob. cit., pág. 93 (negrita nuestra).

<sup>94</sup> Ídem., pág. 94 (negrita nuestra).

<sup>95</sup> A los fines de sistematización alistamos a Sayagués, pese a la contradicción señalada *ut-supra*, entre quienes afirman el perfeccionamiento luego de la notificación. Asimismo, obviamos considerar en la doctrina nacional, que según Rotondo y Bursztyn el perfeccionamiento operaría con la notificación más conocimiento efectivo.

<sup>96</sup> En ob. cit., pág. 292.

<sup>97</sup> En la reseña de la doctrina nacional que efectuamos sobre el punto, faltó mencionar la posición de Julio Prat (“Derecho Administrativo”, t. 3 - Los contratos y actos administrativos -, Acalí, Montevideo, 1978). Ello se debe a que la misma es, a nuestro entender, bastante confusa y contradictoria, por lo que su tratamiento, junto con el análisis de las otras opiniones, podría haber conspirado en la comprensión del tema. Es por eso que la estudiaremos ahora en la presente nota. El autor afirma que la adjudicación es un acto unilateral que cierra el procedimiento licitatorio. Y en consonancia con la tesis de la adjudicación-aceptación, reconoce en la misma un doble alcance: “a) por un lado determina cuál es la oferta más ventajosa para la Administración, cerrándose el procedimiento de selección del contratante...[por otro lado] b) declara la adjudicación, aceptada por la Administración” (ob. cit., pág. 270). No obstante, cuando trata el tema del momento en que se perfecciona el contrato, parece negar dicha afirmación. Allí, cita a SAYAGUÉS LASO, en el párrafo en el que este último autor dice que: “luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando sólo la notificación al interesado” (recuérdese que también Sayagués, contradictoriamente, sostiene que el perfeccionamiento se logra con la notificación de la adjudicación); y luego lo critica diciendo que con la adjudicación “no se concluye el contrato” (pág. 280). Hasta ahí podría considerarse coherente la postura del autor: la adjudicación es la aceptación de una propuesta, pero no concluye el contrato porque aún no se notificó. Sin embargo, luego nos dice Prat: “Tampoco podemos aceptar que con la notificación de la adjudicación el contrato quede perfeccionado...” (Ídem), en lo que parece ser una adhesión a la postura de Carbajal Victorica, a quien cita diciendo, que la adjudicación “es un procedimiento de selección del mejor candidato a contratar con el licitador” y que se separa netamente del contrato (afirma también que en ese sentido se orientaba el decreto 104/68). En este punto es donde se encuentra a nuestro criterio la contradicción. No se puede decir, como se dice, que la adjudicación es la aceptación de una propuesta y al mismo tiempo negar, con carácter general, que su notificación perfeccione el contrato (obviamente, siempre refiriéndonos a los contratos que no requieran otro requisito para su perfeccionamiento). El contrato con la Administración, como unánimemente lo reconoce la doctrina, es sólo una especie dentro del género contrato; por lo tanto se rige por los principios generales aplicables a todos los contratos. Y estos principios generales indican que el vínculo contractual se concluye cuando se forma el acuerdo de voluntades por la conjunción de propuesta y aceptación. Siendo las cosas de esta manera, sólo se podrían manejar dos proposiciones, excluyentes una de la otra: o bien se afirma que la adjudicación es una aceptación y entonces su notificación concluye el contrato (tesis de la adjudicación-aceptación); o bien se sostiene que no es una aceptación (tesis de la adjudicación-elección de propuesta más conveniente) de lo que se seguiría que su notificación no tiene la virtualidad para formar el contrato. Pero lo que no se puede hacer, porque es lógicamente incorrecto, es atribuir a la adjudicación naturaleza de aceptación, y luego, al regular sus efectos, sostener que su notificación no perfecciona el contrato. Pero las inconsecuencias no terminan todavía. Así es que Prat, luego de negar categóricamente que la notificación de la

## B) Una solución de derecho positivo. Decreto 53/993: el contrato se perfecciona con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación

Al amparo de lo dispuesto en el art. 44 del TOCAF se dictó el decreto 53/993 de 28 de enero de 1993, el cual aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos. Según establece su artículo segundo el mismo *"regirá para los contratos de suministros y servicios no personales de los que se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, en todos los organismos públicos, en los casos de:*

licitaciones públicas

licitaciones abreviadas cuyos montos superen e límite establecido en el art. 44 del TOCAF".

Asimismo establece, en su artículo 17 bajo el título "PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO", lo siguiente: *"El contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo que se trate de contratos solemnes o existan otras condiciones suspensivas que obstan a dicho perfeccionamiento. En todos los casos deberá haberse cumplido con lo establecido en el Art. 211, literal B, de la Constitución de la República".*

Como echa de verse, el presente decreto recoge normativamente los postulados de la tesis de la adjudicación-aceptación al disponer, como principio general, que el contrato se perfecciona cuando se notifica al oferente seleccionado el acto de adjudicación. El principio es inaplicable en el caso de contratos solemnes, pero también, agrega el artículo 17, en aquellas situaciones en las que deban verificarse condiciones distintas al cumplimiento de una forma; a estas últimas el decreto las denomina condiciones suspensivas que obstan al perfeccionamiento.

## C) La Sentencia del T.C.A. N° 101 de 8 de marzo de 1999

En esta sentencia el Tribunal se pronunció a favor de la tesis de la adjudicación – aceptación.

Expresó que: *"La decisión adjudicando la licitación -afirma Sayagués Laso- tiene un doble alcance: por un lado, determina cuál es la oferta más ventajosa; y por otro, la declara aceptada. En razón de ello su notificación al licitante ganancioso perfecciona el vínculo contractual, aun cuando esté exigida la firma posterior del contrato. Es la solución de principio, que puede resultar descartada, como es lógico, por disposiciones expresas que establezcan una solución distinta (Tratado...tomo II, ed. 1959, pág. 95, No 535).*

*Esto no ocurre en el caso, pues el art. 14 del P.C.P. [pliego de condiciones particulares] sobre 'Perfeccionamiento del Contrato' establece: 'Cumplidos los trámites legales y reglamentarios pertinentes, el contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo casos especiales de solemnidad o condición suspensiva (fs. 00132 y 00133 A.A. cits.).*

Por ende, notificada la ahora accionante de la Res. 295/95 que le adjudicó la Licitación Abreviada No 4/95, se perfeccionó el contrato ya que según el citado art. 14 del P.C.P. no se requería en el caso solemnidad alguna y no estaba sujeto el contrato a condición suspensiva.

*La demostración evidente de que el vínculo contractual nace de la adjudicación notificada, y no de la aprobación del contrato (como sucede en otras legislaciones), es que la Administración no puede negarse a firmar éste. Por tanto, el otorgamiento del contrato debe analizarse como una mera documentación del vínculo contractual, aunque exigida como requisito de perfeccionamiento (SAYAGUES LASO, ob. cit. Numeral 3, nota al pie de la pág. 96)"<sup>98</sup>.*

adjudicación perfeccione el contrato, citando para ello a Carbajal Victorica y a lo dispuesto por el art. 61 decreto 104/968, afirma una página más adelante (pág. 281) que *"Para nuestro país hemos señalado que la formalización del contrato de acuerdo con el art. 61 del decreto 104/968, se opera con la notificación al licitante que ganó la licitación al serle adjudicada (sería una promesa de contratar) salvo aquellos que requieren escritura pública o que la autoridad considera conveniente hacerlo así por su carácter e importancia".* A esta altura el lector queda desconcertado, en una página, aplicándose el art. 61 del decreto 104/68, la adjudicación notificada no perfecciona el contrato y en la página siguiente, de acuerdo a la misma norma, dicha notificación sí lo hace. Tampoco podemos entender el contenido del paréntesis que inserta Prat en el medio del párrafo que transcribimos: *"(sería una promesa de contrato)".* ¿Por qué promesa de contrato?, si el autor en dicho párrafo se refiere evidentemente al contrato definitivo, el que se formalizaría con la notificación. La incorporación de dicha referencia, al pasar, y entre paréntesis, es incomprensible. Es probable que en dicha acotación, a mi juicio inexplicable, resuene el eco de aquella afirmación de Carbajal Victorica, según la cual la adjudicación es una promesa formal de contratar (ob. cit., pág. 287). Pero sucede que en el razonamiento de Carbajal, esta aserción resultaba, a lo menos, coherente.

<sup>98</sup> La Suprema Corte de Justicia, refiriéndose concretamente al Contrato de obra Pública, también se pliega a la tesis de la adjudicación – aceptación: *"...el vínculo contractual nace o, dicho de otra manera, el contrato se perfecciona con la resolución de adjudicación notificada al interesado [...]. Por consiguiente, es inexacto que el contrato no se hubiera perfeccionado por falta de extensión y suscripción de un documento especial conteniendo las especificaciones del negocio y diverso de las estipulaciones que surgieren del pliego de condiciones, de la oferta y de la resolución administrativa de aceptación de esta última"* (Sentencia N° 594 del 21 de agosto de 1995, cuya suma esta publicada en ADCU, t. XXVI, c. 120, pág. 55; véase también en este Anuario, c. 121, otra sentencia de la Corporación en idéntico sentido); en la misma línea, ver la Sentencia del TAC 2° N° 58 del 24 de mayo de 2000 (ADCU, t. XXXI, c. 159, págs. 84-85).

## D) Nuestra posición

No nos pronunciaremos aquí acerca del efecto que produce la adjudicación (en una u otra de las tesis planteadas), antes de que el contrato se perfeccione<sup>99</sup>. Ello se hará en el siguiente apartado, interesando aquí la determinación de si la adjudicación importa aceptación.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que *la adjudicación es la aceptación de la propuesta del particular que resultó adjudicatario*. No obstante, no encontramos en los defensores de esta posición, la individuación de la norma de Derecho positivo que así lo consagre. Por ello, seguidamente, se tratará de encontrar esa disposición para dar respaldo normativo a la tesis que se considera acertada.

En principio, el panorama no es muy alentador por cuanto se comprueba que no existe una norma que expresamente disponga que la adjudicación equivalga a aceptación de la oferta del licitante calificado como más conveniente. No obstante, el panorama se aclara si se interpreta el art. 59 del TOCAF. Dicho artículo establece en el aspecto que nos interesa que «*La adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente...*». Este giro, indica, desde un punto de vista lógico, la presencia de una doble actividad de la Administración, bien que subsumida en único acto (adjudicación). Por un lado, existe una actividad que se da en la órbita interna de la Administración que consiste en la selección de la oferta más conveniente, y que se evidencia en la siguiente frase del artículo: «*que se considere más conveniente*». Por otro lado, existe un segundo paso que lógicamente tiene lugar en forma posterior al primero y que consiste en la adjudicación («*la adjudicación se hará*») de la licitación a aquella oferta que en la etapa anterior se evaluó como más conveniente. Es evidente que la «adjudicación» tiene que ser algo distinto a la declaración (determinación) de la mayor conveniencia de la oferta, puesto que si no fuera así el artículo consagraría una disposición sin sentido alguno. Nótese que si el contenido de la adjudicación fuera simplemente la determinación de la oferta más conveniente, el art. 59, al ordenar que se efectúe la adjudicación a dicha oferta, debería leerse así: «*Se debe declarar (determinar) como más conveniente a la oferta que se considere más conveniente*». Pues bien, ese «algo distinto» a la selección de una oferta, que otorgaría sentido a la norma en estudio, no puede ser otra cosa que la aceptación de la propuesta calificada previamente como más conveniente, pues es de esta forma que se «adjudica» el contrato al oferente seleccionado. Podría sostenerse que la alusión a la consideración de la conveniencia está refiriendo al proceso interno de la Administración que la lleva a definirse y que la adjudicación sería la exteriorización de aquella voluntad que recogería el proceso interno de selección que habría realizado primariamente la Administración. Empero, si fuera así, la norma estaría ordenando que se exteriorice el proceso volitivo interno, lo cual no requiere de imposición heterónoma alguna por cuanto es lo que sucede naturalmente. Es necesario, que los sujetos (en el caso, el ordenador de gastos) expresen lo que en su subjetividad determinaron, lo que vuelve inútil cualquier norma que ordene tal comportamiento. Una norma puede preciar de tal cuando ordena algo que no deba suceder necesariamente<sup>100</sup>, en caso contrario sería superflua. Cabe convocar a este respecto al genial KELSEN cuando refiriéndose al orden normativo en general –y no a una norma en particular– enseña que «*No se necesita ordenar aquello que [...] tiene que acontecer necesariamente*»<sup>101</sup>; de lo contrario dicha normatividad no tendría sentido alguno. Por ello, ante una interpretación de este tipo, que lleva a vaciar de contenido esta disposición u otra que le otorgue una razón de ser y de existir, debe dársele preferencia a esta última.

En síntesis, una interpretación coherente del art. 59 del TOCAF da fundamento jurídico a la tesis que sustenta que la adjudicación implica la aceptación de la propuesta seleccionada como la más conveniente. Por lo tanto, la notificación de esa aceptación perfeccionará el contrato.

## E) Incidencia de la intervención del Tribunal de Cuentas en el perfeccionamiento del contrato

El artículo 211, literal B) de la Constitución establece que compete al Tribunal de Cuentas: «*Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes*». Agrega la disposición que «*Si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto. Si el Tribunal*

<sup>99</sup> Para Sayagués Lazo y sus seguidores, este momento se ubica en la adjudicación no notificada. En cambio, en la tesis de la *adjudicación-elección de la oferta más conveniente*, la ausencia de perfeccionamiento del contrato se mantiene aun luego de notificada la adjudicación y hasta tanto no se otorgue el contrato con la emisión de nuevas declaraciones de voluntad.

<sup>100</sup> La norma no dice que se adjudique a la oferta objetivamente más conveniente sino a la «que se considere más conveniente», lo que confirma lo expuesto respecto de este punto.

<sup>101</sup> Hans Kelsen, «La teoría pura del derecho», Losada, Buenos Aires, 1946 pág. 102.

de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos".

Conforme a esta disposición el Tribunal de Cuentas debe fiscalizar los gastos y pagos de los organismos del Estado con el objetivo de controlar su juridicidad (no el mérito, ni la oportunidad o conveniencia) antes que los mismos se realicen.

Los contratos que exigen el control del Tribunal, son aquellos que imponen a la Administración obligaciones pecuniarias. En estos, el examen deberá efectuarse, obviamente, antes del dictado del acto de adjudicación.

De acuerdo con este planteo, son diversas las situaciones que pueden presentarse. En primer lugar, se encuentra el caso en que el Tribunal de Cuentas analiza el gasto y lo certifica, caso que no presenta, como se ve, complejidad alguna. En segundo lugar nos encontramos frente a las hipótesis que podrían denominarse como patológicas, a saber, los casos en que el Tribunal de Cuentas (a) observa el gasto, o (b) no llega a pronunciarse sobre el mismo por no habersele dado intervención por parte del ordenador de gastos correspondiente.

En los casos comprendidos dentro del literal (a) *supra*, es decir, aquellos en que el Tribunal de Cuentas observa el gasto, el ordenador respectivo podrá acatar el pronunciamiento del Tribunal, desistiendo de la celebración del contrato, o insistir en la realización del gasto. En esta última situación, la adjudicación que se efectúe será plenamente válida, generándose eventualmente una responsabilidad del ordenador de gastos que se apartó del dictamen del Tribunal, si correspondiere (arts. 94, 97 y Título VI del TOCAF). En este sentido, el acto de adjudicación producirá los efectos que se verán *infra* Nos. 4 a 6, y su notificación perfeccionará válidamente al contrato de que se trate.

Por otra parte, en los casos comprendidos en el literal (b) *supra*, entendemos que las consecuencias de la no intervención del Tribunal de Cuentas serán similares a las de los casos de dictamen negativo no acatado. Existirá una responsabilidad del ordenador de gastos, pero esta situación no incidirá sobre la validez del acto de adjudicación, que el dictamen del Tribunal de Cuentas no integra, y sobre cuya validez, por ende, el referido dictamen no puede tener incidencia<sup>102</sup>.

Coadyuvando con lo anterior debemos decir que, en tanto la Administración tiene, mediante el procedimiento de la insistencia, la potestad de realizar el gasto aun frente a un dictamen adverso del Tribunal de Cuentas, no parece razonable que la ausencia de este dictamen pueda viciar de nulidad el acto de adjudicación.

En consecuencia, el contrato que se celebre a partir de dicho acto gozará de plena validez y eficacia pese a la no intervención del Tribunal de Cuentas.

Debe señalarse, en este punto, que existe una práctica relativamente habitual en el ámbito de la Administración, de dictar el acto de adjudicación sin el control previo del Tribunal de Cuentas, pero sujeto a la condición suspensiva de un posterior dictamen favorable de dicho órgano, circunstancia que suele enunciarse en los pliegos correspondientes. En este caso, la aprobación del Tribunal cobra el carácter de un requisito de eficacia, por obra exclusiva de la propia voluntad de la Administración en tal sentido, al emitir el pliego. Es de destacar que, en estos casos, y aun cuando el acto de adjudicación hubiese sido notificado, no nacen derechos para el administrado (ni, por ende, responsabilidad para la Administración) hasta tanto se cumpla la condición suspensiva a que la eficacia del acto se encuentra supeditada<sup>103</sup>.

## IV. CON LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN:

### ¿SURGE UN DERECHO SUBJETIVO?

#### A) Tesis de la adjudicación - aceptación

En esta tesis, la notificación del acto administrativo de adjudicación a quien resultó seleccionado, supone el perfeccionamiento del contrato por cuanto la adjudicación es la aceptación de la propuesta. Se produce, por tanto, desde la recepción de aquel acto por parte del adjudicatario, el enlace de voluntades que requiere nuestro ordenamiento para que se forme el vínculo contractual (art. 1261 inc. 1º y 1265 del Código Civil). La formación del contrato conlleva el surgimiento de sus efectos típicos, esto es,

<sup>102</sup> Cfm. Enrique Sayagués Laso, "Tribunales de Cuentas", en Revista de Derecho Público y Privado, Año III, tomo V, págs. 396-397.

<sup>103</sup> Ver cfm., la Sentencia del TAC 5º T, Nº 132/87 de fecha 18 de diciembre de 1997: "Pero nada impide que la propia Administración condicione el perfeccionamiento de la adjudicación a la intervención preventiva del T.C., erigiendo a la observación en un obstáculo impeditivo de la adjudicación, que no desplegaría efecto alguno en tanto no se verifique la premencionada condición suspensiva".

la relación obligatoria (arts. 1246 y 1247 del C.C.) que en su faz pasiva se integra con un deber, y en su lado activo con un derecho subjetivo. De lo anterior se desprende que, en la posición analizada, luego de la notificación de la adjudicación, surgen los derechos y deberes propios del contrato de que se trate; consecuente con esta postura, en el momento indicado, es ocioso señalar el surgimiento de derechos subjetivos. Así lo establece el TCA en la sentencia citada en este trabajo (ver, *supra* n<sup>o</sup> 3.3), al señalar que con la notificación del acto de adjudicación "...la oferente adjudicataria adquiere un derecho subjetivo a ejecutar el contrato respectivo" (negrita nuestra).

## B) Tesis de la adjudicación – elección de la oferta más conveniente. Su desarrollo

Quienes sustentan esta tesis individualizan un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario a partir de la notificación del acto de adjudicación. Pero es de toda evidencia que los autores no refieren al derecho emergente del contrato objeto de la licitación, ya que para éstos el vínculo contractual aún no ha nacido. El derecho consistiría, en la visión de los intérpretes, en la posibilidad de exigir a la Administración la celebración del contrato, teniendo ésta última el correlativo deber de prestar su consentimiento.

En tal sentido, expresa CARBAJAL VICTORICA que con la notificación de la adjudicación "El adjudicatario [...], adquiere derechos y obligaciones especiales según los pliegos de condiciones"<sup>104</sup>, y que esos derechos consisten en la posibilidad de "exigir la contratación, desde que la adjudicación es promesa formal de contratar". Continúa: "la administración, después de la notificación de la adjudicación, está obligada a contratar con el adjudicatario"<sup>105</sup>.

DELPIAZZO<sup>106</sup>, en un todo concordante con la opinión anterior, afirma que desde la adjudicación. "El adjudicatario tiene derecho a la celebración del contrato y ese derecho es excluyente de los demás oferentes durante el proceso licitatorio previo", y que se genera en cabeza de la Administración "el correlativo deber jurídico de contratar"<sup>107</sup>.

Cabe observar que el derecho que individualizan Carbajal y Delpiazzo en cabeza del adjudicatario, tendría el mismo contenido que el emergente de un contrato de promesa de contratar, esto es, el derecho a exigir a la contraparte la celebración de un contrato: obligación de hacer.

Sin embargo, ya que no existe en el caso un contrato preliminar, el derecho esgrimido debería tener su fuente en la ley. No obstante, los autores no identifican cuál sería la norma generatriz de dicho derecho subjetivo. Esta omisión motivó la atinada crítica de ECHEVARRÍA quien concluye que: "no es posible sostener a nuestro juicio, que la adjudicación pueda crear derechos y obligaciones subjetivos sin previsión legal al respecto"<sup>108</sup>. Funda su conclusión argumentando que: a) "el acto de adjudicación no encarta en ninguna de las cinco fuentes de obligaciones<sup>109</sup> que consagra el art. 1246 del Código Civil"; b) "(t)ampoco existe una Ley que dote al acto de adjudicación de tal calidad creadora de obligaciones y derechos."; c) "si todo el proceso es precontractual y la adjudicación no implica nada más que una constatación comparativa de las distintas ofertas y la determinación de la oferta más conveniente, entonces tampoco cabe alegar que dicho acto unilateral de la Administración crea derechos subjetivos sin que mismo acto ni siquiera lo exprese"; d) "para entrar en la discusión acerca de si la voluntad unilateral de la Administración puede crear un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, sería un prerrequisito que la misma estuviera dirigida a tal fin y e) si por el contrario es un acto interno y preparatorio, entonces no sería coherente sostener que (contrariamente a su objeto: selección) crea obligaciones y derechos a terceros"<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> Carbajal Victorica, ob. cit., pág. 287

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> En ob. cit., pág. 193.

<sup>107</sup> Flores Dapkevicius también atribuye este efecto a la adjudicación: "El acto de adjudicación produce los siguientes efectos:

a) Genera, de principio, el derecho subjetivo del adjudicatario, para contratar con el organismo licitante, de acuerdo a lo dispuesto por los pliegos de condiciones.

b) La Administración debe celebrar, necesariamente, el contrato con el adjudicatario. Por lo expuesto se excluyen a los demás oferentes..." (ob. cit., pág. 125)

<sup>108</sup> Ob. cit. pág. 116.

<sup>109</sup> 1. el contrato, 2. el cuasicontrato, 3. el delito, 4. el cuasidelito y 5. la ley.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

No obstante la aguda crítica de Echevarría, creemos que puede salvarse la posición del surgimiento de un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario, a partir de la adjudicación, consistente en la posibilidad de exigir a la Administración que celebre el contrato proyectado en la licitación. La salvación de dicha tesis sólo podrá lograrse si se identifican normas legales que atribuyan al acto de adjudicación la virtualidad para generar el derecho que se alega.

A esa tarea nos abocaremos a continuación.

## 1 Con la resolución de adjudicación surge un derecho subjetivo a la contratación

Significación de la palabra "adjudicación".

Según nuestro criterio, cualquier planteo que se realice respecto de la determinación de los efectos del acto de adjudicación, tiene que partir necesariamente de un análisis de los textos legales. Es decir, previo a efectuar cualquier pronunciamiento relativo al problema, debe indagarse si las normas no resuelven la cuestión en alguna forma.

En este sentido, se observa que no existe norma alguna que atribuya directamente a la adjudicación efectos determinados. Es por esto que la doctrina nacional no prestó mayor atención a los datos ofrecidos por el ordenamiento.

Sin embargo, estimamos que, en la constatación de la ausencia de disposición expresa que resuelva el punto, no puede quedarse el análisis de los textos legales; debiendo proseguirse la investigación para determinar si no existe en la normativa vigente alguna otra pauta que pueda ayudar a disipar el problema de una manera satisfactoria.

En esta línea, pensamos que el ordenamiento nos brinda la posibilidad de extraer del mismo una respuesta legítima al tema planteado, dicha respuesta legal resultará obligatoria para el intérprete impidiéndole exponer conclusiones que se aparten de ella.

Entendemos que la solución legal viene dada por la consideración del significado de la palabra "adjudicación", término utilizado repetidamente por el Texto Ordenado<sup>111</sup>. Dicha consideración nos mostrará de qué manera el TOCAF legitima la tesis que postula que la adjudicación tiene el efecto de generar el derecho a celebrar el contrato en cabeza del adjudicatario. En tal sentido, si lo que tratamos de determinar es si las normas atribuyen determinados efectos a la "adjudicación", no es caprichoso indagar acerca del significado que posee el término para lograr ese objetivo.

Esta última tarea no es discrecional sino que para realizarla debemos ceñirnos a las reglas interpretativas establecidas en nuestro Derecho. Particularmente, deben estudiarse los artículos 18 y 19 del Código Civil que establecen criterios de atribución de significado diferentes dependiendo de la situación en que se encuentre el vocablo a interpretarse dentro del contexto normativo.

Se transcribirán estos artículos:

Art. 18, *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."*

Art. 19: *"Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso."*

Previo al análisis que se efectuará nos anticipamos a decir que la aplicación de cualquiera de las reglas referidas conducirá a asignar a la locución "adjudicación" un significado que abona la posición que sostiene que con el dictado de aquel acto administrativo la Administración asume la obligación de contratar con el adjudicatario, naciendo en cabeza de éste el derecho subjetivo correlativo.

De acuerdo al primero de los artículos citados, para otorgar significado a una expresión legal, se debe atender en primer lugar al "uso general" de la palabra cuya significación se averigua. Como señalan CAFFERA y MARIÑO, cuando las normas ordenan lo anterior, esto es, envían al uso general de las palabras, es que se debe recurrir a lo que se conoce como "definición informativa"; entendiéndose ésta como "el significado atribuido normalmente a un cierto signo (palabra, por ejemplo) en una comunidad lingüística dada"<sup>112</sup>.

Estas definiciones se encuentran en general insertas en los Diccionarios<sup>113</sup>. Por ello es que nos dice Eduardo J. COUTURE que el Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española es un diccionario normativo que "fija obligatoriamente, con sentido de autoridad, la acepción de un vocablo. Si en un litigio

<sup>111</sup> Arts.: 52 inc. 2º, 55 inc. 1º, 57 incs. 1º y 3º, 58 incs. 1º y 4º y 59.

<sup>112</sup> Gerardo Caffera y Andrés Mariño, "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, pág. 119.

<sup>113</sup> Ibidem.

se planteara la duda acerca de la significación de una palabra, debería preferirse la que asignan las autoridades del idioma...<sup>114</sup>.

La regla anterior cede cuando el legislador atribuye a la palabra o frase interpretada un significado determinado, con independencia de otros significados que la misma palabra puede tener en el uso general. En este último caso nos encontramos ante las denominadas "definiciones estipulativas". Ellas vinculan al intérprete, quien deberá necesariamente atribuir a la palabra o frase interpretada el significado que determinó el legislador y no otro<sup>115</sup>.

Junto al sistema de significación anterior (esto es, el del "uso general", art. 18 C.C.), existe otro sistema igualmente vinculante que se denomina de "uso no general" y que ordena atribuir a las palabras utilizadas en lenguaje técnico el significado que les otorga la comunidad de individuos que usan dicho lenguaje especial y no el que le concede el uso general. Esta regla hermenéutica es la contenida en el art. 19 del C.C. anteriormente transcrito. Quiere decir, que se presupone que la ley se redacta utilizando el lenguaje común, general, o vulgar. No obstante, de constatarse que la ley maneja el vocablo con un lenguaje técnico correspondiente a una cierta comunidad de individuos (que profesan una "ciencia o arte" conexos con la palabra a interpretarse) deberá preferirse el significado otorgado por esta última<sup>116</sup>.

Expuestas las reglas interpretativas anteriores, es nuestra intención aplicarlas todas, sin excepción -pese a que el supuesto que haría aplicable una excluiría la otra-, para llegar a una conclusión que no ofrezca el mínimo margen de duda acerca del significado legal del vocablo "adjudicación". Como se verá, una vez efectuada la actividad antedicha, concluiremos que el ordenamiento jurídico da una solución respecto de la determinación de los efectos del acto de adjudicación; y que esta solución importa conferir a dicho acto la virtualidad de crear la obligación de la Administración de contratar con el adjudicatario.

Comencemos con el art. 18 del C.C.

Para ello, diremos en primer lugar, que respecto de la palabra "adjudicación" las normas no establecen ninguna "definición estipulativa". Por lo que corresponde asignar al término la significación que le concede el "uso general". Para esto debe recurrirse, según se dijo, a la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia Española. Éste establece que, adjudicación significa, «Acción de adjudicar o adjudicarse» y adjudicar es «Declarar que alguna cosa pertenece a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho [...] Apropiarse alguien de alguna cosa». Por su parte, adjudicatario es la "Persona a quien se adjudica alguna cosa"<sup>117</sup>.

Fluye de lo anterior, que conforme a una atribución de significado efectuada acorde al sistema de significación del "uso general" (excluyendo la existencia de una "definición estipulativa"), el término adjudicación se vincula a la idea de otorgar, de conceder alguna cosa a un sujeto.

Veamos qué sucede si utilizamos el sistema de significación de "uso no general" previsto en el art. 19 del C.C. Este implicaba, como se recuerda, atribuir a una expresión legal el sentido que le otorgaban los técnicos que profesaban una ciencia o arte vinculados con aquella. En el caso que nos ocupa está involucrada la ciencia del derecho por lo que cabe recurrir a técnicos en derecho.

En tal sentido, Juan D. Ramírez GRONDA nos dice en su Diccionario Jurídico que, Adjudicación es el "Acto de la autoridad competente a favor de un licitador, por el que se le confiere la cosa objeto de la subasta, o el derecho a la posesión o propiedad, o las proposiciones del licitador"<sup>118 119</sup>.

La anterior definición también relaciona a la adjudicación con la asignación de derechos a algún sujeto. Incluso, como se podrá apreciar, está referida a la adjudicación en los procedimientos licitatorios; y concretamente expresa que por la misma se confiere el objeto licitado.

<sup>114</sup> Eduardo J. Couture, "Vocabulario Jurídico (con especial referencia al Derecho Procesal positivo vigente Uruguayo)", Bibl. de Publ. Of. de la Fac. de Der., Montevideo, 1960, págs. 18-19. Luego afirma el maestro que ello deja de ser así cuando la expresión "al tiempo y lugar de la decisión hubiera adquirido obviamente otro diferente, o que fuera distinto el sentido que le asignan, los que profesan una ciencia o arte conexos con aquél". (No consideraremos por ahora este segundo postulado puesto que forma parte de una pauta interpretativa divergente a la actualmente analizada que será estudiada más adelante).

<sup>115</sup> Ver: Andrés Mariño, "Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la interpretación de integración de las normas en el Orden Jurídico Uruguayo", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, 2001, pág. 296; y Caffera y Mariño, ob. cit., págs. 119-120.

<sup>116</sup> Cfr. Mariño, "Estudio..." cit. pág. 297.

<sup>117</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

<sup>118</sup> Juan D. Ramírez Gronda, "Diccionario Jurídico", novena edición (Actualizado. Corregido. Aumentado.), Heliasta, Buenos Aires, 1986.

<sup>119</sup> Por su parte en el Vocabulario Jurídico de COUTURE (ob. cit., pág. 20) la palabra adjudicación aparece definida como "Acción y efecto de asignar o atribuir a alguien, como el heredero o acreedor, normalmente mediante decisión judicial, un bien de su pertenencia o sobre el que tiene algún derecho". Esta definición, por estar inserta en un vocabulario enfocado predominantemente al Derecho Procesal, no comprende en su ámbito el sentido concreto que la palabra podría tener en el Derecho Administrativo. Sin embargo, no deja de ser una definición "jurídica" (realizada por un técnico en lo jurídico) por lo que presta utilidad para desentrañar la significación de "uso no general" del vocablo; específicamente su alcance jurídico. Y en este sentido, merece destacarse, que la definición manejada asocia la palabra "adjudicación" a la idea concesión o atribución de derechos.

Conforme a lo precedente, cabe decir que la utilización de un sistema de significación de "uso no general", específicamente, el sistema de significación jurídica, en la interpretación de la locución adjudicación, arroja idénticos resultados que los obtenidos al aplicar el sistema de "uso general". Esto es, la asociación de la palabra adjudicación a la idea de otorgamiento de derechos.

De acuerdo con la acepción legal de la palabra adjudicación, veamos cómo se inserta dicha significación en el contexto normativo de la licitación.

En la relación jurídica creada en la licitación (por la adjudicación) existen dos sujetos: la Administración y el adjudicatario. Dentro de estos dos sujetos, quien hace la adjudicación es la entidad administrativa y el destinatario de la misma es el particular seleccionado. Con la aplicación del contenido encontrado en la relación surgida, tenemos que por el significado de la adjudicación, la Administración le debería "conferir" algún derecho al adjudicatario.

Lo que está en juego en dicha relación es el derecho a ser parte en un contrato, por lo que se impone concluir que el acto de adjudicación le atribuye este derecho; vale decir, se confiere al adjudicatario el derecho a contratar, a exigir ser parte contractual.

Según la interpretación efectuada, la adjudicación otorga el derecho a reclamar a la Administración que contrate, pero no hace surgir el contrato, en tanto todavía no hay consentimiento por la ausencia de notificación.

Ese derecho es idéntico al que surge de un contrato preliminar, pero aquí tal derecho (a exigir un "hacer" de la Administración: el otorgamiento del contrato) surge luego de la adjudicación y por virtud de la ley.

La interpretación anterior da fundamento normativo a la posición que sostiene que luego de la adjudicación se genera el derecho a exigir la celebración del contrato y el deber correlativo de la Administración de otorgarlo. Sería la ley la que determinaría el surgimiento de ese derecho por erigir a la adjudicación en fuente del mismo.

La existencia de esta obligación<sup>120</sup> de la Administración tiene una trascendencia singular —creo que no apreciada en toda su magnitud—, en lo que refiere a la responsabilidad estatal por su incumplimiento.

## V. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL NO OTORGAMIENTO DEL CONTRATO LUEGO DE LA ADJUDICACIÓN

### A) En la posición del surgimiento del derecho subjetivo a contratar

Analizamos en el punto 2.3.1 que surgía responsabilidad contractual al producirse el incumplimiento de una obligación, cualquiera fuera su fuente.

En el caso tratado nos encontramos ante la presencia de un vínculo obligacional previo que grava a la Administración con el deber de contratar con el adjudicatario. Dicho vínculo tiene su fuente en la ley, tratándose en consecuencia de una obligación legal. Por lo tanto, la responsabilidad que recaerá sobre la Administración en caso de incumplimiento será de naturaleza contractual.

Aquí se trata de un vínculo unilateral, pues si bien la Administración está obligada a contratar con el adjudicatario, la misma obligación no existe en la esfera de este último, sin perjuicio de la responsabilidad precontractual en que incurrirá en caso de que elija no contratar luego de la adjudicación (ver nota 120).

Como señala GAMARRA<sup>121</sup>, cuando se incumple una obligación no ligada con otra por una relación sinalagmática, al acreedor se le abre la opción para reclamar judicialmente a) el cumplimiento (ejecución forzada específica; art. 1441 del C.C.) o b) la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento (ejecución forzada por equivalente; art. 1342 del C.C.)<sup>122</sup>

<sup>120</sup> Sería justo y lógico pensar que idéntica obligación debería pesar sobre el particular luego de la adjudicación. Sin embargo, la argumentación efectuada en el texto para justificar el surgimiento de este vínculo en cabeza de la Administración no puede utilizarse para afirmar la existencia del mismo en la esfera del particular. Porque en la relación Administración-administrado, la que hace la adjudicación (con su consiguiente atribución de significado, que habilitó la interpretación realizada) es la primera. Por lo tanto, no hay fundamento normativo para postular que el adjudicatario se encuentre gravado por aquella obligación de contratar. Pero afirmar lo anterior, no implica negar la existencia de responsabilidad en caso de que el adjudicatario decida retirar su oferta luego de la adjudicación (no notificada). Éste será responsable, pero su responsabilidad será precontractual (ver, supra nº 2.3.2) y se concretará en la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta (art. 55 del TOCAF).

<sup>121</sup> Gamarra, "Responsabilidad..." cit, pág. 42.

<sup>122</sup> Se podría solicitar también la resolución del vínculo más los daños y perjuicios. Pero no se aprecia cuál sería el interés del adjudicatario en transitar este camino, en tanto éste no está gravado por ninguna obligación correlativa que quisiera extinguir (Ver al respecto: Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XVII, pág. 51-52).

Por lo tanto, si la Administración no cumpliera con su obligación de otorgar el contrato definitivo, una opción para el adjudicatario podría ser reclamar los daños y perjuicios. Pero también, y aquí está lo más interesante, podría reclamar la ejecución forzada específica de dicha obligación compeliendo judicialmente a la Administración a que otorgue el contrato. Así, podría llegar el juez, en caso de que no se acate la sentencia condenatoria, a otorgar el consentimiento para perfeccionar el contrato en sustitución de la Administración incumplidora.

Respecto de la ejecución forzada específica de esta particular obligación, se discutió antiguamente (predominantemente en las promesas de compraventa de inmuebles) si era posible. El problema tenía su origen en la disputa acerca de si dicha prestación era o no fungible: quienes consideraban que la prestación era infungible negaban la posibilidad de la ejecución forzada *in natura*; por el contrario, quienes sostenían la fungibilidad no tenían inconvenientes en admitirla. Hoy en día, el art. 398 del C.C.P. vino a resolver la antigua discusión uniformizando las posiciones de doctrina y jurisprudencia en el sentido de admitir la ejecución forzada específica de esta obligación de hacer<sup>123</sup>.

Una vez admitido que la obligación de otorgar un contrato admite su ejecución forzada específica, no existe razón para excluir de esta regla a la Administración<sup>124</sup>, cuando es sujeto pasivo de esta particular obligación.

Respecto de la posibilidad de ejecutar *in natura* obligaciones de hacer contra la Administración, Orlando LEAL DÁVILA<sup>125</sup> (refiriéndose específicamente a obligaciones derivadas de promesas) da cuenta de que algunos jueces sostienen que las obligaciones de la Administración son infungibles y que un magistrado no podría, sin violar el principio de separación de poderes, ejecutar una obligación de hacer del funcionario administrativo.

Compartimos con el autor citado que esa opinión es equivocada puesto que la actuación judicial en estos casos "no implica una intervención ilícita de una rama en los asuntos de la otra; cuando el funcionario jurisdiccional hace aquello que la Administración no hizo, no está efectuando un acto administrativo sino sancionándola por su incumplimiento"<sup>126</sup>.

En definitiva, para el caso de que la Administración incumpla la obligación de emitir su consentimiento (generada, como vimos, luego de la adjudicación y por virtud de la ley) para perfeccionar el contrato, no existe obstáculo alguno que impida al adjudicatario obtener, a través de la ejecución forzada específica de la obligación incumplida, el perfeccionamiento resistido, con el consiguiente surgimiento de derechos y obligaciones inherentes al mismo. Si se licitaba una obra pública tendrá el derecho a cobrar el precio estipulado en la propuesta, y de la misma forma, surgirá en su cabeza la obligación de ejecutar la obra en los mismos términos.

Por último, cuando en el ámbito judicial se perfecciona el contrato (ya sea porque la Administración cumple voluntariamente con la sentencia condenatoria y presta su consentimiento, ya sea porque se resiste y el consentimiento lo otorga el juez), la Administración está obligada a pagar el precio emergente de aquél. Y si no lo hace, el contratante le podrá reclamar judicialmente la ganancia que le hubiera reportado el contrato: la utilidad neta naturalmente. Nótese lo trascendente de la cuestión. Ya no se tratará de reclamar los perjuicios por la no celebración del contrato (interés negativo), sino directamente la utilidad que éste hubiera generado, cifra indudablemente mayor que la primera.

Después de lo expuesto, es fácil concluir que afirmar la existencia de un derecho subjetivo al contrato, tiene una importancia superlativa en el tema desarrollado. Porque, existiendo ese derecho, poco importa si la adjudicación es o no aceptación del contrato, o si éste se perfecciona con la aceptación de la adjudicación, o si hay que emitir nuevas declaraciones de voluntad para lograr ese efecto. Desde la adjudicación, el adjudicatario, ya contará con las armas jurídicas suficientes para lograr la situación final, esto es, ser parte contractual, con independencia de la voluntad de la Administración<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Ver, entre otros, Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., t. IV, cuarta edición actualizada, FCU, 2001, págs. 219-221. También podrá consultarse la evolución doctrinaria y jurisprudencial del tema en la actualización del tomo IX del mismo Tratado. De igual modo, podrán observarse en el lugar citado comentarios sobre los alcances del art. 398 del C.G.P.

<sup>124</sup> Como destaca acertadamente Alicia Castro ("Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales" en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pág. 64) "También puede haber sentencias que condenen a entes estatales a hacer una cosa determinada, siendo aplicable lo dispuesto por el C.G.P. artículo 398, cuyo inciso 398.4 fue modificado por la Ley N° 16.699 de 25/4/95. Estas condenas pueden obtenerse no sólo en acciones de amparo, sino también en acciones ejercidas para hacer efectivo algún derecho que requiere un hacer del deudor...". Refiere la autora que, de acuerdo al art. citado del C.G.P., si se condena al Estado a otorgar un negocio jurídico que debe ser documentado en escritura pública, vencido el plazo de la intimación previa, "el tribunal otorgará de oficio la escritura pública y su fuere del caso efectuará tradición".

<sup>125</sup> Orlando Leal Dávila, "Promesa de contrato, opción y preferencia" - Monografías jurídicas -, Temis, Bogotá, 1991, pág. 43.

<sup>126</sup> Ídem, págs. 43-44.

<sup>127</sup> Incluso se podría llegar a sostener que el surgimiento del derecho de marras hace desaparecer la distinta connotación jurídica que atribuimos, por un lado a aquellos contratos que no requerían (por la ley o por la convención) una forma solemne para su formación, y por otro lado, a aquellos otros que no lo exigían. En el primer caso, también el adjudicatario podría llegar al perfeccionamiento por la vía de la ejecución judicial, y sin que se cumpliera voluntariamente con la solemnidad exigida. Aunque se podría replicar que en estos casos no sería admisible la ejecución forzada específica, ya que lo contrario implicaría sostener, por la vía de la intervención judicial, la forma exigida.

## **B) Si no se acepta el nacimiento del derecho subjetivo al contrato por vía legal:**

### **¿existirá obligación resarcitoria para el caso de que la Administración luego de la adjudicación (no notificada) decida no contratar?**

#### **De existir: ¿cuál sería su alcance?**

En respuesta a la pregunta formulada debemos decir que si no se acepta la tesis del vínculo preliminar<sup>128</sup>, la obligación resarcitoria en caso de que la Administración decidiera no contratar luego de la adjudicación, sólo podría fundarse en la responsabilidad precontractual. El ilícito generador de responsabilidad sería el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en la etapa de las tratativas (véase, *supra*, 2.3.2). Ello, porque la Administración, habría dejado de lado, de mala fe, el relacionamiento precontractual; perjudicando de esta manera al adjudicatario, que pudo haber hecho una inversión importante en la presentación de la propuesta y su mantenimiento.

En este sentido, como ya fuera expresado, entendemos que aun antes de la adjudicación existe un derecho subjetivo de ambos sujetos futuros contratantes de exigir un comportamiento de su contraparte acorde con el principio de la buena fe en dicha etapa (y las obligaciones correlativas); principio que impone no cortar abruptamente las tratativas, cuando se dan las condiciones explicitadas *supra*, 2.3.2. Pero si ello es así ¿qué cambio se produce luego de la adjudicación?. Lo que cambia con la adjudicación es que a partir de ésta, se haría, de alguna manera, más intensa la obligación de la Administración, generándose inmediatamente responsabilidad (obligación resarcitoria) en caso de resistencia a contratar.

Esto último, por la circunstancia de que si la Administración determinó que la oferta del adjudicatario era la más conveniente, no tendrá luego justificación legítima que enerve su responsabilidad por el no perfeccionamiento del contrato. Es decir, desde el inicio del procedimiento existe la obligación de comportarse de buena fe, pero luego de la adjudicación esa obligación se especifica más, produciéndose su incumplimiento automático en caso de negativa a contratar.

En cuanto a los daños que se podrían reclamar con fundamento en este tipo de responsabilidad, es importante señalar que éstos son los típicos precontractuales: gastos incurridos en la preparación de la oferta, honorarios profesionales, etc., y no aquella ganancia referida en el apartado anterior, vinculada a la formación del contrato.

## **VI. COMPLEMENTO DE LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN – ACEPTACIÓN CON LOS DESARROLLOS REALIZADOS EN LOS APARTADOS 4.2, 4.2.1 Y 5.**

### **A) Una tercera solución**

Cuando encaramos el estudio de esta tesis, a la que adherimos sin vacilaciones, veíamos que sus seguidores sostenían que la adjudicación era la aceptación de la oferta seleccionada como más conveniente. Pero el vínculo contractual recién surgía cuando dicha aceptación le era notificada al adjudicatario, por lo que se requería a su vez, para lograr la conclusión del contrato, poner en acción una segunda voluntad de la Administración tendiente a la notificación de esa aceptación. Ello, porque se trataba de un contrato entre ausentes que requería para su perfeccionamiento, de acuerdo al sistema adoptado por el Código Civil (art. 1265), que aquella declaración de voluntad fuera recepcionada por el destinatario de la misma.

Puede ocurrir que el ordenador de gastos correspondiente dicte el acto de adjudicación y luego, a los efectos de frustrar el perfeccionamiento contractual, decida no notificar la aceptación. Allí existirá una declaración de voluntad manifestada en orden a aceptar la propuesta del adjudicatario, ya que en dicho caso la resolución de adjudicación constará en el expediente. Pero esto no basta para que se forme el contrato. Alcanzaría si nuestro ordenamiento adhiriera al sistema de la *declaración* que sólo exige para el perfeccionamiento la

<sup>128</sup> Lo que a su vez sólo sería procedente si se acepta lo expresado por el suscripto en cuanto a que el TOCAF atribuye a la adjudicación el efecto de crear el derecho subjetivo al contrato. Puesto que si no fuera así quedaría en pie la crítica de Echevarría (ver, *supra*, 4.2).

exteriorización de la voluntad, pero como en nuestro derecho, ya dijimos, rige el sistema de la *recepción* (que supone una segunda voluntad encaminada a emitir, notificar, el acto y una efectiva recepción del mismo), la formación del vínculo por la sola adjudicación no puede sostenerse.

No obstante el peligro de la frustración del vínculo contractual por la vía de la no notificación de la aceptación, no se encuentra en la tesis analizada ningún paliativo o remedio que corrija tal situación, puesto que no se afirma la existencia de un derecho al contrato como lo hace la tesis de adjudicación – selección de la oferta más conveniente<sup>129</sup>, con las consecuencias que vimos en el apartado 5.1. Para superar esta falencia que aquejaría a la tesis de la adjudicación – aceptación se podría dar un paso adelante y conjugarla con lo que consideramos atendible de la otra tesis, esto es, con lo afirmado acerca del surgimiento de un derecho subjetivo a la celebración del contrato, que según nosotros, surgiría con la adjudicación y por virtud de la ley. De esta manera, llegaríamos a una tercera teoría que vinculando los elementos positivos de las dos anteriores represente un producto jurídico con un mayor grado de perfección, entendiendo como más perfecta a aquella teoría que conceda a los administrados superiores garantías.

Esta conjugación es plenamente viable desde que la inclusión del derecho subjetivo al contrato, antes de su perfeccionamiento (antes de la notificación del acto de adjudicación), no es incompatible con la tesis de la adjudicación – aceptación por no contradecir ninguno de sus postulados.

Entonces, la tercera teoría diría lo siguiente: La adjudicación supone la aceptación de la propuesta seleccionada por lo que, con su notificación, se perfecciona el contrato; pero luego de la adjudicación y antes de su notificación (antes de la conclusión del contrato) surge un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario cuyo contenido radica en poder exigir el perfeccionamiento del contrato, estando obligada la Administración a prestar su consentimiento al efecto<sup>130</sup>. Obligación que podrá ser ejecutada forzosamente y en forma específica, lo que significa que el adjudicatario podría solicitarle al juez que, en sustitución de la Administración que se resiste a ello, emita el consentimiento necesario para el perfeccionamiento del contrato.

Por último, de no aceptarse el surgimiento del derecho subjetivo al perfeccionamiento del contrato luego de la adjudicación, siempre quedaría el recurso a la responsabilidad precontractual en los términos estudiados (véase, *supra*, 2.3.2 y 5.2).

## B) Posible objeción a la interpretación anterior vinculada a que la ausencia de notificación de la adjudicación importaría la ineficacia del acto administrativo

La doctrina sostiene en general, que la eficacia de un acto administrativo está supeditada a la notificación del mismo<sup>131</sup>. Este postulado podría hacer tambalear la tercera solución propuesta ya que supone precisamente que un acto administrativo, como lo es la adjudicación, produce efectos antes de su notificación. Como vimos, este efecto era generar el derecho subjetivo del adjudicatario a contratar con la Administración, asumiendo ésta la obligación correlativa (formándose así un vínculo unilateral legal -no contractual- preliminar). Luego, la notificación de la adjudicación perfeccionaría el contrato surgiendo a partir de allí las obligaciones convencionales del caso.

Sin embargo, el planteo de la doctrina privaría de sentido y coherencia a todo el desarrollo efectuado, porque el vínculo preliminar (que daría derecho a exigir la contratación) emergería a la vida jurídica en el mismo momento en que se perfecciona el contrato. La validez de nuestro razonamiento reposa en que exista un momento, cronológicamente anterior al contrato, en el cual nazca la obligación de formar este último. Si el contrato ya se perfeccionó sería un absurdo evidente sostener que a la misma vez surge una obligación de perfeccionarlo.

<sup>129</sup> No es un dato menor consignar que Carbajal Victorica, sostenedor de esta tesis, entiende que para que un acto administrativo pueda surtir efectos se requiere que éste sea notificado (ob. cit., págs. 290-295). Se infiere entonces de lo anterior que si bien el autor piensa que la adjudicación hace surgir un derecho a contratar, este será ético luego que se notifique aquel acto. Y, siendo las cosas de esta manera, su posición en nada mejora la tesis de la adjudicación – aceptación desde que para ésta, con la notificación, ya se perfecciona el contrato (Ver, *infra* 6.1.2).

<sup>130</sup> Se podría señalar que en la tesis de la adjudicación – aceptación el consentimiento ya está expresado (por la exteriorización de la aceptación a través de la resolución de adjudicación que constará en el expediente), y que consecuentemente el derecho subjetivo no podría tener como contenido exigir un consentimiento que por hipótesis ya existiría. En tal sentido, podría decirse que en esta tesis el derecho subjetivo sería a exigir la notificación del consentimiento ya expresado, y no la exteriorización de éste. Sin embargo, en ambos casos, se trataría de exigir una prestación de hacer, por lo que la precisión conceptual sería correcta pero insignificante desde el punto de vista práctico.

<sup>131</sup> Así, entre otros: Sayagués Laso, "Tratado..." cit., tomo I, págs. 488-489; García de Entrerría – Fernández, ob. cit., pág. 490; Dromi, "Manual..." cit., pág. 134.

En los párrafos que siguen trataremos de levantar esta objeción.

Empecemos por decir que no existe norma que disponga que la notificación del acto administrativo sea condición de su eficacia. En realidad, la doctrina ha extraído esa conclusión a partir de lo dispuesto en el art. 317 de la Constitución que exige la notificación o publicación de los actos administrativos como punto de partida para los plazos dentro de los cuales dichos actos pueden ser impugnados<sup>132</sup>. Así, Sayagués Laso afirma que dicho artículo "*da base para sostener la necesidad de la notificación o publicación [del acto] como requisito para su eficacia*"<sup>133</sup>.

Entendemos que el espíritu que inspira a la Constitución, y a las normas legales y reglamentarias citadas en nota 132, es que los efectos de un acto no pueden perjudicar actualmente a un administrado o causarle un perjuicio futuro sin que el mismo tome conocimiento de aquél, ya sea para recurrirlo u adoptar otras defensas. En tal sentido, es bastante elocuente el art. 91 del dec. 500/91 cuando luego de establecer la necesidad de notificar algunas resoluciones puntuales sienta, como principio general, la obligatoriedad de notificar todas aquellas resoluciones que "*causen gravamen irreparable*".

Lo que queremos significar es que la necesidad de notificar, establecida por las normas, es un deber impuesto a la Administración para garantizar los derechos de los administrados; finalidad que resultaría frustrada si se la utiliza, precisamente, para realizar todo lo contrario, esto es, para perjudicar los derechos de quienes son sujetos activos de aquel deber.

Por eso consideramos que la ausencia de notificación impediría, en todo caso, la eficacia de aquellos actos que perjudiquen o puedan perjudicar a un administrado; pero no tornaría ineficaces a aquellos otros que lo hacen es conferir derechos u otras ventajas.

En este sentido, sostener que la falta de notificación del acto de adjudicación puede impedir que el mismo produzca sus efectos legales, los cuales son favorables para el adjudicatario, constituye la aplicación torcida de las normas a que aludimos precedentemente.

Es por ello que afirmamos que la ausencia de notificación del acto de adjudicación no quita eficacia al mismo, porque éste entra dentro de la clase de actos administrativos que otorgan ventajas o derechos a los administrados.

Esta eficacia se reflejará en el nacimiento, en cabeza del oferente seleccionado, del derecho subjetivo a exigir que la Administración contrate en los términos de la propuesta.

Con esta interpretación mantiene coherencia nuestra posición, porque el derecho a exigir la formación del contrato se ubica en una etapa anterior al perfeccionamiento del mismo (que se logra con la notificación de la adjudicación).

Efectuemos una última precisión para evitar equívocos.

No debe confundirse la trascendencia que tiene la notificación de la adjudicación en el perfeccionamiento del contrato, con la importancia de notificar para que surja el vínculo preliminar de que hablamos extensamente a lo largo de este trabajo.

En el primer caso, y esto no admite discusiones, *es imprescindible la notificación de la adjudicación (aceptación); sin ella no se perfecciona el contrato (art. 1265 C.C.)*. En cambio, en el segundo caso, está en juego la formación de un vínculo preliminar cuya fuente es la ley y no la voluntad de las partes. En esta situación no son aplicables las normas que regulan la formación de los contratos que exigen la notificación para su perfeccionamiento. Aquí el tema se regula por las normas que rigen los actos administrativos; y según concluimos precedentemente, dichas normas no requieren la notificación de la adjudicación para que ésta produzca efectos.

Para completar el análisis debe tenerse en cuenta que el Decreto 500/91 en sus artículos 101, 102 y 142 permite perfeccionar la notificación con una actividad exclusivamente del interesado, sin necesidad de esperar que la Administración se decida a hacerlo. La acción de los interesados consiste en declarar que han tomado conocimiento del acto, sin que esa declaración tenga que revestir una formalidad especial. Así, el art. 102 establece que el interesado puede darse por notificado del acto con la presentación de un simple escrito en el que autoriza a su letrado a examinar el expediente. O por la interposición de un recurso contra el acto (art. 101); o por el ejercicio de alguna otra defensa (art. 142)<sup>134</sup>.

De modo tal que, como afirma DROMI, "*El acto administrativo no notificado por impulso de la Administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del interesado*"<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Dicha solución también se recoge en la ley 15.869 (art. 4) y en el Decreto 500/91 (art. 142).

<sup>133</sup> "Tratado..." cit., tomo I, pág. 488.

<sup>134</sup> Ver por todo: Juan P. Cajarville Peluffo, "Procedimiento Administrativo" en el Decreto 500/991, Idea, Montevideo, 1997, pág. 119.

<sup>135</sup> Dromi, "Manual..." cit., pág. 135.

Esto determina que<sup>136</sup>, aun sosteniéndose que el acto de adjudicación no produce efectos hasta su notificación, estará en la potestad del adjudicatario lograr esa eficacia, por lo que la cuestión no quedará en manos de la Administración.

## VII. CONCLUSIONES

1) La adjudicación es el acto administrativo que culmina el procedimiento licitatorio y que posee el doble contenido de seleccionar la propuesta más conveniente y declararla aceptada. Esta posición, que es la que recoge la doctrina mayoritaria, es respaldada por el art. 59 del TOCAF, evidenciándose ello a través del giro de dicho artículo: *"La adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente..."*. Por un lado se selecciona la oferta más conveniente ("a la oferta que se considere más conveniente") y por otro lado se la acepta ("La adjudicación se hará").

2) Desde que el contrato proyectado en la licitación es un contrato entre ausentes, su perfeccionamiento se logra, no existiendo alguna norma que disponga otra cosa, con la notificación de la adjudicación (aceptación) al oferente adjudicatario (art. 1265 C.C.). No es válido sostener la inaplicabilidad de la normativa civil al respecto.

3) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos (decreto 53/993 de 28 de enero de 1993) consagra la solución anterior en tanto establece en su artículo 17 que: *"El contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo que se trate de contratos solemnes o existan otras condiciones suspensivas que obsten a dicho perfeccionamiento. En todos los casos deberá haberse cumplido con lo establecido en el Art. 211, literal B, de la Constitución de la República"*.

4) En lo que refiere a la intervención del Tribunal de Cuentas en el control preventivo de los gastos y pagos del Estado, cabe señalar que, en el caso de que se desoiga su dictamen por la vía de la insistencia, existirá una responsabilidad del ordenador de pagos que realizó dicha conducta, si correspondiere, pero ello no invalidará el acto de adjudicación ni, por ende, el contrato que se celebre en tales circunstancias. A iguales conclusiones debemos arribar para aquellos casos en que el dictamen no sea solicitado, en tanto el mismo no integra el acto de adjudicación.

5) Luego de la adjudicación y antes de su notificación, es decir, antes del perfeccionamiento del contrato, surge un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario que consiste en poder exigir a la Administración el perfeccionamiento del contrato. Sería un derecho subjetivo surgido de la ley por convertir ésta a la adjudicación, en fuente del mismo. Esta interpretación parte de analizar, de acuerdo con las reglas hermenéuticas establecidas por el Código Civil (arts. 18 y 19), el significado de la palabra adjudicación que maneja el TOCAF. Este significado es el de atribuir o conferir algo a alguien, y en la licitación, nosotros entendemos que esa atribución o conferimiento no puede ser sino del derecho de marras.

6) La obligación de perfeccionar el contrato -correlativa al derecho subjetivo del adjudicatario de obtener el perfeccionamiento- es una obligación de hacer que se puede ejecutar forzosamente a través del art. 398 del C.G.P. Lo técnicamente correcto es sostener que la obligación que pesa sobre la Administración (cuyo objeto es perfeccionar el contrato) es la de notificar la aceptación y no la de emitir ésta, desde que el consentimiento ya se habría manifestado con el acto de adjudicación.

7) La ausencia de notificación del acto administrativo que otorga derechos no priva a éste de eficacia. Por lo que, entrando el acto de adjudicación en esta categoría, su falta de notificación no impide el nacimiento del derecho subjetivo referido anteriormente.

<sup>136</sup> Dentro del ámbito de aplicación del dec. 500/991, art. 1.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, A., AMEAL, O., LÓPEZ CABANA, R. M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- BARBOT, W., "La Adjudicación del Contrato Administrativo", en La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas, FCU, 1976, p. 198.
- BREBBIA, R., "Responsabilidad precontractual", Rosario, 1957.
- BURZSTYN MAS, S., "Principios Generales de la Licitación Pública", en La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas, FCU, 1976, 108.
- CAFFERA, G. y MARINO, A., "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 117.
- CAJARVILLE PELUFFO, J., "Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991", Idea, Montevideo, 1997.
- CARBAJAL VICTORICA, J., Consulta evacuada al Directorio del SOYP, en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, p. 282.
- CASSAGNE, J. C., "El contrato Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CASTRO, A., "Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales", en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, p. 64.
- CAUMONT, A., "Enfoque privatista de la contratación administrativa", en Contratación administrativa. Curso de graduados, FCU, Montevideo, 1988, p. 195.
- COUTURE, E. J., "Vocabulario Jurídico (con especial referencia al derecho Procesal positivo vigente Uruguayo)", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1960.
- DELPIAZZO, C. E., "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999.
- DIEZ, M., "Derecho Administrativo II", Omeba, Buenos Aires, 1965.
- DROMI, J. R., "La Licitación Pública", Astrea, Buenos Aires, 1975. "Manual de derecho administrativo", tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- ECHEVARRÍA, J., "Acerca de la Adjudicación en la Licitación Pública (Comentario a la Sentencia 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995)", en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año I, (2002), Nº 1, p.107.
- ESCOLA, H., "Tratado integral de los contratos administrativos" vol. I – Parte General –, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- FATA, R., "Responsabilidad precontractual de la Administración", en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, p. 33.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G., "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 53.
- FERNÁNDEZ, T. R. y GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., "Curso de derecho administrativo I", Civitas, Madrid, 1981.
- FLORES DAPKEVICIUS, R., "Algunas consideraciones sobre los contratos administrativos y la licitación pública", en La Justicia Uruguaya, tomo 125, año 2002, sección doctrina, p. 79.
- GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo": tomo XI, FCU, Montevideo, 1993; tomo XVII, segunda edición, FCU, 1992; tomo IV, cuarta edición actualizada, FCU, 2001; actualización del tomo IX (próxima aparición). "Responsabilidad Contractual I – El incumplimiento –", FCU, Montevideo, 1996.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., "Curso de derecho administrativo I", Civitas, Madrid, 1981.
- GIORGI, H., "Las licitaciones y el contralor del Tribunal de Cuentas", en La Justicia Uruguaya, tomo 51, sección Doctrina, p. 131.
- GORDILLO, A., "Tratado de derecho administrativo – La defensa del usuario y del administrado –", tomo 2, cuarta edición Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2000.
- KELSEN, H., "La teoría pura del derecho", Losada, Buenos Aires, 1946.
- LEAL DÁVILA, O., "Promesa de contrato, opción y preferencia" – Monografías jurídicas –, Temis, Bogotá, 1991.
- MARAFUSCHI, M., "Perfeccionamiento del contrato administrativo", en Contratos Administrativos, cap. 16. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración.
- MARIENHOFF, M., "Tratado de derecho administrativo – Contratos Administrativos –", tomo III A, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- MARINO, A., "Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la interpretación de integración de las normas en el Orden Jurídico Uruguayo", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, 2001, p. 269.
- y CAFFERA G., "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 117. "Pliego Único de Bases y Condiciones

- Generales para los Contratos de Suministros y Servicios no Personales en los Organismos Públicos (Art. 44 el T.O.C.A.F.) Decreto 53/993*, Colección manuales burocráticos, tomo 14, Pronade, 1993.
- PRAT, J., "Derecho Administrativo – Los contratos y actos administrativos –", tomo 3, Acali, Montevideo, 1978.
- RAMÍREZ GRONDA, J., "Diccionario Jurídico", novena edición (Actualizado. Corregido. Aumentado.), Heliasta, Buenos Aires, 1986.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la Lengua Española", vigésima primera edición, Madrid, 1992.
- REAL, A. R., "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato-Vicios", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 76, sección Doctrina, p. 75.
- ROTONDO TORNARÍA, F., "Manual de Derecho Administrativo", tomo 2, Universidad, Montevideo, (sin fecha).
- SÁNCHEZ CARNELLI, L., "Adjudicación, vicios, impugnación", en *Contratación Administrativa*. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, p. 41.
- SAPOLINSKI, J., "Vicios en la contratación administrativa", en *Actualidad de la contratación administrativa*. Curso de graduados 1999, FCTI, Montevideo, 2000, p. 81.
- SAYAGUÉS LASO, E., "La licitación pública", Acali, Montevideo, 1978. "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, sexta edición (puesta al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991 y tomo II, quinta edición, (puesta al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991. "Tribunales de Cuentas", en *Revista de Derecho Público y Privado*, Año III, tomo V, págs. 305-327 y 386-407.
- WALINE, M., Consulta publicada en la *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo 41, 1958, p. 296.



## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Payseé, Marcos - «Sucesión de las acciones por responsabilidad extracontractual»*

# SUCESIÓN DE LAS ACCIONES POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

(ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORTAL)

MARCOS PAYSSÉ MUXÍ

## SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CONTROVERSIA.  
III. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL. IV. NUESTRA OPINIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l presente trabajo pretende analizar, al menos brevemente, uno de los aspectos discutidos en la doctrina y jurisprudencia nacional, tanto en sede del Derecho de las Sucesiones como en el Derecho de la Responsabilidad Civil: el denominado daño mortal.

Se tratará la sucesión de las acciones de responsabilidad en el caso de accidente mortal, evitando las consideraciones sobre la acción por derecho propio que es otorgada a los herederos del causante en dicho caso (y a otros sujetos no herederos), en el llamado "daño por rebote" de la doctrina francesa<sup>1</sup>.

Solo será posible, en un trabajo de esta extensión, describir las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales nacionales, sin perjuicio de hacer mención al tratamiento del tema realizado en la jurisprudencia extranjera y en el derecho comparado.

## II. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CONTROVERSIA

La sucesión hereditaria es uno de los modos de adquirir el dominio establecidos en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 705 del Código Civil.

Sin embargo, es posible puntualizar que es mucho más que un modo de adquirir pues constituye un instrumento jurídico idóneo para constituir derechos reales menores, transferir derechos reales menores (derecho de superficie, por ejemplo) y transferir obligaciones y derechos personales.

Por lo tanto, como principio general, se transmiten todos los derechos de contenido patrimonial aunque existen excepciones (los derechos de usufructo uso y habitación).

Dado que el derecho a la reparación por responsabilidad civil (vale decir, la pretensión indemnizatoria) existe en el patrimonio del de cujus al tiempo de su fallecimiento (ya que el crédito surgió en vida del difunto y fue adquirida por éste), se transmite a los herederos (artículo 776 del Código Civil), puesto que la muerte no lo extingue.<sup>2</sup> El heredero, que es continuador de la personalidad del difunto, pasa a ser titular de todos sus derechos patrimoniales, y por consiguiente también lo es de la acción por responsabilidad civil que corres-

<sup>1</sup> En la doctrina francesa se les ha dado distintas denominaciones, así por ejemplo, Savatier los llama "víctimas mediatas".

<sup>2</sup> En el derecho inglés la muerte extingüía la acción por responsabilidad (*actio personalis moritur cum persona*) hasta el año 1846.

pondría a la víctima, en su calidad de sucesor (*iure hereditatis*), esto es, por derecho transmitido. Y esto es así haya o no promovido la víctima la correspondiente demanda ante los estrados judiciales<sup>3</sup> (si la acción ya había sido incoada en vida del causante es de aplicación el artículo 35 del Código General del Proceso)<sup>4</sup>.

Va de suyo que, dado un accidente mortal, se derivarán un cúmulo de acciones por derecho transmitido y por derecho propio, que podrá tener o no los mismos actores, pero tendrán sí un diferente objeto. Véase como la concubina que, ordinariamente no es heredera, podrá sí accionar por derecho propio, probando los daños (lucro cesante, daño moral, etc.) que el evento mortal pudo haberle ocasionado.

Lo dicho anteriormente, no es controvertido ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia nacional. Vale decir, no se rechaza la acción *iure hereditatis* por lo que atañe a la pretensión indemnizatoria que ingresó al patrimonio del difunto en el momento del daño (momento que coincide con el nacimiento de la responsabilidad) y antes de su fallecimiento; pero sí hay disputas y diferencias en cuanto al daño causado por la pérdida de la vida.<sup>5</sup>

Éste es el ámbito de la controversia que, al decir de Gamarra, es una controversia de muy larga data.

Como afirma el citado Profesor, el daño mortal trata del daño causado a la víctima por el hecho de su muerte, considerado con independencia de la indemnización por el sufrimiento que experimenta el accidentado. No se busca tampoco indemnizar la pérdida económica que la extinción de la vida puede producir respecto de aquellas personas que eran asistidas por el fallecido, que constituye el ya mencionado daño por rebote.<sup>6</sup>

Por otra parte, coincidimos con la Dra. Venturini cuando señala que el daño mortal en tanto representa el perjuicio que se padece por la pérdida de la vida humana no puede postularse sino en estrecha vinculación con el tema de la transmisibilidad de la acción para obtener su reparación a los herederos de la víctima. Ello es así pues si el daño acaecido para el causante consiste en la privación del derecho a la existencia, aunque el derecho a obtener la reparación por dicha pérdida nazca en vida de la víctima y pueda por ende pasar a sus herederos como parte incorporal del activo hereditario; resulta claro que solo en la medida en que haya quienes puedan continuar idealmente la personalidad del muerto podrá hablarse del daño mortal, esto es, transmisibilidad de la acción a los sucesores y daño mortal son dos nociones indisolublemente ligadas.<sup>7</sup>

### III. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

En la doctrina nacional se han esgrimido fuertes argumentos en cuanto a su admisión o exclusión y, sin perjuicio de volcarnos a una de estas posiciones en nuestras conclusiones, pasaremos ahora a desarrollar brevemente ambas posturas doctrinarias.

#### A) La tesis positiva<sup>8</sup>

En Uruguay acompañan la tesis positiva básicamente Eduardo Vaz Ferreira y Gustavo Ordoqui Castilla.

Vaz Ferreira afirma que si existe un nexo de causalidad entre las lesiones y la muerte, ésta debe considerarse consecuencia directa e inmediata de aquéllas, y por consiguiente el causante adquirió derecho al resarcimiento y lo transmite con su patrimonio a los herederos.<sup>9</sup>

Para Ordoqui Castilla el daño mortal abarca el perjuicio inicial y sus consecuencias y por ello no es correcto distinguir un daño pre-muerte y un daño muerte, porque en realidad se trata de apreciaciones de una misma unidad estructural; la muerte no hace más que determinar la dimensión final del perjuicio.

<sup>3</sup> Gamarra Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIII, pág. 57, F.C.U., 1ª. Edición, 1991.

<sup>4</sup> Sobre el análisis del artículo 35 del Código General del Proceso ver: Vescovi Enrique, Código General del Proceso, comentado, concordado y anotado, tomo 2, pág. 48 y ss., Editorial Ábaco, 1993.

<sup>5</sup> También se discute la medida temporal del lucro cesante que se transmite a los herederos (al respecto ver Gamarra, Tomo XXIII, pág. 68 y ss.).

<sup>6</sup> Gamarra, Jorge, Tratado, Tomo XXIII, pág. 81.

<sup>7</sup> Venturini Beatriz, El Daño Moral, pág. 57, F.C.U., 2ª. edición, 1992.

<sup>8</sup> En la doctrina extranjera defienden la tesis positiva MacGregor y Baudouin que hablan de la pérdida de la vida como rubro de "consistencia objetiva" o de un "hecho objetivo", en cuanto debe indemnizarse con independencia de que la víctima tenga o no conciencia de este perjuicio. También manifiestan adhesión a esta tesis los Mazeaud, Montel, Pachioni y Carriota Ferrara, aduciendo básicamente que el daño que sufre la víctima no es posterior a la muerte, sino que nace cuando la víctima es agredida. Señala Montel, por ejemplo, que la entidad del daño solo será conocida luego, cuando el individuo muere, pero esto no quita que ya antes la lesión fuese letal y que el daño sea producto de ella.

<sup>9</sup> Vaz Ferreira Eduardo, Tratado de las Sucesiones, Tomo I, pág. 155, Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1967.

En consecuencia, continua el citado autor, cuando se emplea el término daño mortal con él se pretende individualizar a aquél fenómeno en el cual, mediando una relación causal ininterrumpida, aparecen vinculadas en todo las lesiones iniciales, producidas en la víctima producto de una conducta ilícito culpable, y la muerte del causahabiente.<sup>10</sup>

Ambos autores toman los argumentos utilizados por la doctrina extranjera en el sentido de establecer un adelantamiento o anticipación del momento del nacimiento del crédito indemnizatorio del causante, situándolo en una época anterior al fallecimiento buscando así neutralizar el argumento principal de la tesis negativa, que expondremos a continuación, de que un muerto no puede adquirir derechos y por lo tanto no puede transmitirlos a sus herederos.

También se afirma que entre la agresión y la muerte siempre existe al menos un instante y, en ese instante en que la víctima es agredida pero todavía no ha muerto, es que nace el crédito a la indemnización, y los herederos lo reciben en la sucesión.<sup>11</sup>

Por otra parte, Vaz Ferreira afirma que, es un mal no patrimonial y el daño moral puede consistir en una pura lesión de los derechos no patrimoniales de la víctima, aunque ella no sufra por la agresión ni tenga conciencia de ser sujeto pasivo de la misma.<sup>12</sup>

Blengio afirma que se utilizan otros argumentos de menor peso. Primero, que resulta chocante que un homicida debe pagar menos que el autor de una lesión; ya que traslada al Derecho Civil reglas que son propias y específicas del Derecho Penal.

En segundo lugar, que la muerte es equivalente (y en realidad aún más grave) a una invalidez de cien por ciento; o su variante: si se indemniza el daño biológico, la lesión a la salud de la víctima, con más razón debe indemnizarse su supresión.

Por último se maneja el argumento de que es injusto no indemnizar la pérdida de la vida.<sup>13</sup>

## B) La tesis negativa<sup>14</sup>

La tesis negativa del daño mortal parte del postulado básico enseñado por Peirano Facio, de que el daño no puede considerarse existente en vida de la víctima, puesto que supone precisamente su deceso.<sup>15</sup>

Gamarra, siguiendo la postura de Gentile y Pogliani entre otros, coincide con Peirano Facio y afirma que en cuanto a la pérdida de la vida, la pretensión resarcitoria del fallecido no puede comprender más derechos que aquellos derivados de la lesión, no los que provienen de la muerte.

Continua dicho autor afirmando que no es configurable un daño consecuencia de la muerte, por extinguirse la vida, porque cesa en ese momento la existencia del sujeto que debería ser titular de la correlativa acción de resarcimiento.

En contra de la opinión de Ordoqui Castilla, Gamarra afirma que la muerte no forma una unidad con la lesión ya que participan de una distinta naturaleza pues esta última presupone que la víctima sigue con vida, mientras que la muerte produce la extinción del sujeto de derecho, y por consiguiente no hay titular del crédito resarcitorio emergente del hecho mismo de la muerte.

Blengio también critica el argumento principal de la tesis positiva o amplia de que el daño es anterior a la muerte porque no individualiza adecuadamente a la muerte en el ámbito de los elementos que configuran la hipótesis normativa a la que se conecta el surgimiento de la acción resarcitoria, ya que, calificada la misma como un hecho dañoso, ella constituye el hecho ilícito, tanto cuando se produce instantáneamente, como cuando no. Por lo tanto, aun partiendo de la consideración de una situación inicial en la cual el ilícito fuera la lesión de la integridad física, con la supresión de la vida entra en juego un nuevo hecho ilícito que absorbe a aquél. Y cuando el nuevo hecho ilícito se produce, la víctima no puede por definición, adquirir derecho alguno.

Prosigue con su crítica desde el punto de vista lógico y de técnica jurídica al argumento base de la tesis positiva afirmando que aun considerada la muerte exclusivamente como daño, también constituiría uno de los elementos de la hipótesis normativa (fuente de la obligación indemnizatoria) razón por la cual ni siquiera

<sup>10</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, "Transmisión hereditaria del derecho a resarcimiento por daño mortal", A.D.C.U. tomo VII, pág. 190 y ss., F.C.U. 1977.

<sup>11</sup> Ordoqui Gustavo y Olivera Ricardo, Derecho Extracontractual, vol II, pág. 329, Amalio Fernández, Montevideo, 1974.

<sup>12</sup> Vaz Ferreira, Tratado, pág. 161 y 165.

<sup>13</sup> Blengio Juan, "Resarcibilidad del Daño Mortal", A.D.C.U. TXXII, pág. 359 y ss., F.C.U. 1992.

<sup>14</sup> En doctrina extranjera defienden la tesis negativa: Gentile y Pogliani, entre otros.

<sup>15</sup> Peirano Facio, Jorge, "Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual", en Estudios Jurídicos en memoria de J.J. de Amézaga, pág. 225, Montevideo, 1958.

en este caso se completaría aquella antes de la desaparición de la capacidad para adquirir el derecho al resarcimiento. En otras palabras, dado que la supresión de la vida, tanto se la considere desde el ángulo del hecho ilícito (o daño evento) como desde el del daño (daño consecuencia), no se puede identificar con la lesión de la integridad física (y el Código Penal no deja margen para cuestionarlo) no puede sino sostenerse que, trasladada la situación al ámbito de la hipótesis normativa a la que se conecta la obligación indemnizatoria, resulta invariable que el correlativo derecho surja en la esfera jurídica de la víctima.<sup>16</sup>

Gamarra concluye que, como Vaz Ferreira lo incluye dentro de los daños no patrimoniales y más precisamente dentro del dano moral, en el caso de la muerte instantánea, ese daño se reduciría a cero, por lo cual sería irrelevante su transmisión a sus herederos.

Respecto de la inclusión del daño mortal dentro del daño moral, la Dra. Venturini afirma que se trata de dos apreciaciones diversas, objetiva la primera y subjetiva la segunda, solo ejercitable por los sucesores la primera, inherente a la víctima la segunda.

Continúa la distinguida Profesora afirmando que, el sentido de la expresión reparar en el supuesto del daño mortal es más bien retórico, pues mal puede compensarse a un sujeto que ha dejado de existir, la pérdida de su propia vida.

Manifiesta también que no se advierte con claridad cuál es la naturaleza de la resarcibilidad del daño mortal, pues estamos ante una "reparación" que no repara ni compensa, ya que el sujeto lesionado ha dejado de existir, y el derecho a la indemnización al patrimonio del causante, que pasa a sus continuadores, en realidad convierte a la suma a que será condenado el responsable del daño en una verdadera sanción o pena, en calidad de castigo, que se aviene con la postura de la doctrina francesa de la venganza que el heredero está legitimado a ejercer por la muerte del causante que deberá ser desechada.<sup>17</sup>

También se establece que, de admitir la existencia del daño mortal, éste supone la lesión de un derecho personalísimo cuya resarcibilidad no se transmitiría a los herederos.

En conclusión, para esta postura, el daño que es consecuencia de la muerte (la pérdida de la vida y el lucro cesante posterior al deceso) no afecta a la víctima, la cual cesa de existir como consecuencia del evento letal, y por consiguiente no puede adquirir derechos. Mientras vive no hay daño por pérdida de la vida; luego de la muerte tampoco, porque no experimenta daño como consecuencia de su propia muerte. Este es su argumento esencial.

### C) La jurisprudencia

Existe numerosa jurisprudencia nacional al respecto que, como se basa en similares fundamentos que la doctrina citada, nos limitaremos a presentar dos casos: uno admitiendo la resarcibilidad del daño mortal en una acción iure hereditatis y otro que niega su procedencia.

Empezaremos por el caso Deleón con Michelena<sup>18</sup> que por primera vez en Uruguay consideró que el difunto tenía derecho a indemnización por la pérdida de su propia vida, entendiendo este perjuicio como un rubro autónomo, independiente (por ser distinto) del daño moral tradicional y pacíficamente indemnizado (por el sufrimiento) y el lucro cesante.

En la sentencia de primer instancia donde el Magistrado no se manifiesta por la naturaleza de este daño independiente, se hace una distribución de los rubros resarcibles separando el daño moral del fallecido (transmisible a los herederos), daño moral propio de los padres por la muerte de su hijo y el "daño que se califica al final de su iter en la muerte" (también transmisible a los herederos).<sup>19 20</sup>

Se puede mencionar como partidario a la posición negativa a la sentencia N° 115 del 5 de mayo de 1974 del Juzgado Letrado en lo Civil de 16 Turno dictada por el Dr. Alonso de Marco<sup>21</sup>. El sentenciante entiende "que si bien es cierto que, como dice Mazeaud, el daño es cronológicamente anterior a la muerte, no es menos cierto que como anota Peirano Facio la condición de la reparación, es decir la producción del daño no puede considerarse existente en la vida de la víctima puesto que el perjuicio supone, precisamente, su deceso.

<sup>16</sup> Blengio Juan, "Resarcibilidad del Daño Mortal", A.D.C.U. TXXII, pág. 359 y ss., F.C.U, 1992.

<sup>17</sup> Venturini, *El Dano Moral*, pág. 62 y 63.

<sup>18</sup> Publicado en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 96, Caso 10.962, comentado por Gamarra en el *Tratado*, Tomo XXIII, pág. 81.

<sup>19</sup> Ver también la tesis positiva en la jurisprudencia: L.J.U, Tomo 99, Caso 11.225.

<sup>20</sup> En la jurisprudencia italiana que admite el daño mortal, se vuelve a la posición de acercamiento entre la responsabilidad penal y civil, otorgándole a ésta última el carácter de sancionatorio e identificando el daño con la ilicitud. (Conf. Venturini y Blengio)

De todos modos aún cuando se admitiera que también en el caso de fallecimiento de la víctima opera la transmisibilidad de la acción de responsabilidad a los herederos, correspondería, en opinión del suscrito, el rechazo de los rubros por valor vida de W. F. Y por daño moral sufrido por este a causa del hecho.

Según dispone el artículo 776 del Código Civil la sucesión mortis causa alcanza únicamente a "los derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte" (del causante). Es decir, que son transmisibles hereditariamente los de naturaleza exclusiva o fundamentalmente de naturaleza patrimonial; aquellos en que la titularidad activa o pasiva pudo corresponder a cualquier otro individuo capaz de adquirir y obligarse, quedando así excluidos de la transmisión referida los derechos y obligaciones inherentes a la persona del difunto. Los herederos podrán, en consecuencia, invocar el perjuicio derivado de la pérdida de la vida del causante en tanto que la muerte de éste produjo el cese de una fuente de beneficios patrimoniales personales; pero no están legalmente habilitados para alegar por derecho de transmisión hereditaria el daño consistente en la extinción de un derecho inherente a la persona como es la propia vida del causante".<sup>22</sup>

#### IV. NUESTRA OPINIÓN

El respeto a la vida aparece como uno de los principios más importantes y evidentes en todas las ideologías y culturas. Su fundamentación no necesita ningún esfuerzo racional, pues todo el mundo comprende, como una exigencia básica del sentido común, que sin conservar y cumplir con ese valor no hay ninguna posibilidad de convivencia y armonía entre los hombres.<sup>23</sup>

Es posible coincidir con Aristóteles cuando decía que "la vida es el ser para los vivientes". Se es en cuanto se vive, por lo tanto la pérdida de la vida reporta el daño mayor admisible a la personalidad humana ya que supone su extinción.

La vida es uno de los derechos de la personalidad que cuenta con carta de ciudadanía constitucional (artículo 7º de la Constitución Nacional vigente), por lo que su eliminación por un acto ilícito de un tercero constituye sin dudas un daño incuestionable.

Ante el problema planteado caben dos posibilidades: admitir el daño mortal como rubro autónomo y concluir lógicamente que la acción tendiente a su reparación será ejercida por sus herederos o; entender que no es pertinente y admitir que podrán los herederos accionar por derecho propio y por derecho transmitido por daño moral y lucro cesante, sufrido por la víctima.

En este sentido, más me seduce la posición tendiente a la negación del daño mortal como un rubro autónomo o independiente de reparación, sin perjuicio de entender que en algún caso concreto no constituya un límite temporal al lucro cesante.<sup>24</sup>

Coincido con Gamarra cuando establece que es posible escindir las lesiones de la muerte no siendo posible efectuar el adelantamiento del nacimiento de la obligación reparatoria al momento del evento dañoso.

La muerte posterior a las lesiones exorbitan las mismas, y nacería la obligación reparatoria concomitantemente con la extinción de la personalidad o más precisamente, como señala Peirano Facio, la muerte sería un presupuesto del daño mortal, lo que nos lleva a concluir que nos encontramos ante un caso de inexistencia subjetiva.

Por último, es posible visualizar una posición jurisprudencial que, en pos de la Justicia, admite su resarcimiento, pero utilizando temperamentos caducos en la teoría del derecho de la responsabilidad civil, como ver a la responsabilidad como sanción.<sup>25</sup>

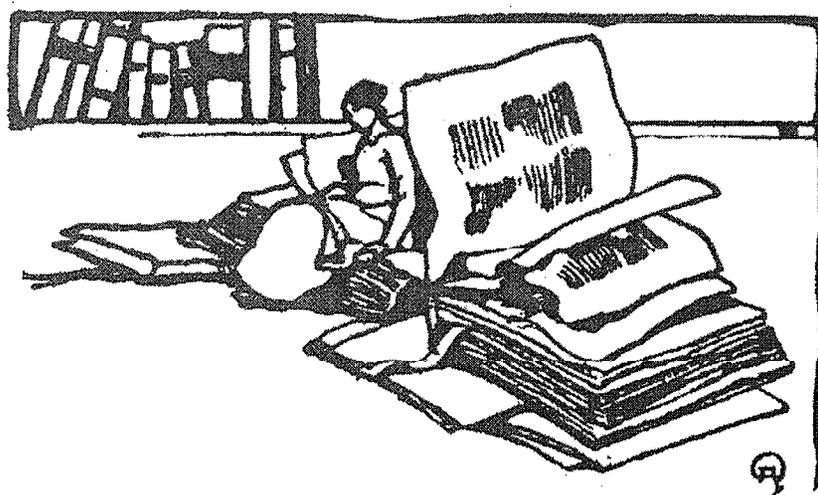
<sup>21</sup> Publicada en La Justicia Uruguaya Tomo 75, caso 8.623.

<sup>22</sup> Adhiere también a la tesis negativa la sentencia publicada en La Justicia Uruguaya, tomo 58, caso 7013.

<sup>23</sup> Delpiazzo Carlos E., Dignidad Humana y Derecho, pág. 15, Universidad de Montevideo, 2001.

<sup>24</sup> En el caso de incapacidad permanente desde el momento del accidente entiendo que la muerte no configuraría un límite temporal a la reparación del lucro cesante, ya sea por derecho propio o por derecho transmitido.

<sup>25</sup> Sobre la crítica a la posición que concibe a la responsabilidad como sanción por el hecho ilícito ver: Gamarra, Tratado, tomo XIX, pág. 11 y ss.



## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *Martínez Blanco, Camilo - «Manual Teórico Práctico de Derecho Concursal» (B. Bugallo)*
- *«Derecho de los Contratos. Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (2002)» (B. Bugallo)*
- *«Revista Iberoamericana de Administración Pública N° 9» (C. Delpiazzo)*
- *«Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 6» (B. Bugallo)*

## Manual teórico-práctico de Derecho Concursal

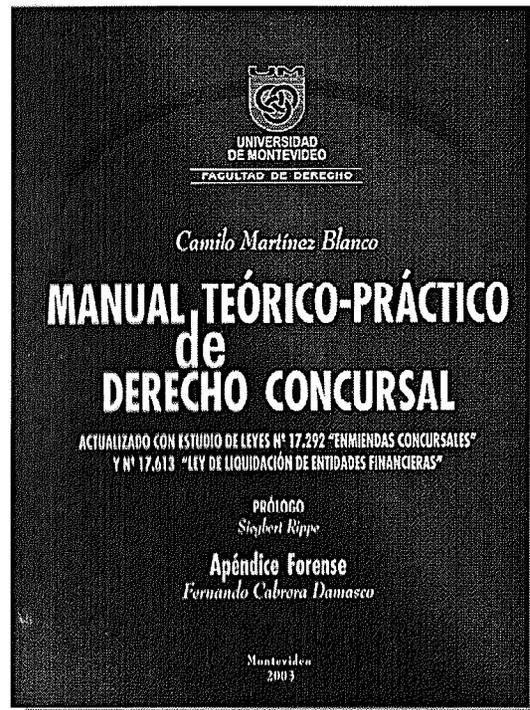
Camilo Martínez Blanco

Montevideo, Universidad de Montevideo, 2003, 599 pág.

El último libro de autoría del Prof. Dr. Camilo Martínez Blanco, editado por la Universidad de Montevideo, se refiere a un tema de gran interés, ofreciendo una visión actualizada, exhaustiva y práctica del derecho concursal uruguayo.

El interés de la temática es indudable, de permanente vigencia, aún cuando el legislador uruguayo resulta indiferente ante los requerimientos que la evolución de la economía y el mundo imponen al mercado. Mientras en el derecho comparado los ajustes y reformas a la normativa de las quiebras y concordatos se realizan periódicamente, en tanto la diversidad de las variables económicas y empresariales lo hacen merecedor, en el Uruguay la regulación sustantiva en materia de quiebras fue renovada por última vez en el año de 1900 y en materia de concordatos preventivos la más reciente reforma relacionada con aspectos sustanciales es de 1926. Se han presentado muy numerosos anteproyectos y propuestas de reforma de la materia durante todo el siglo XX y en los pocos años transcurridos del siglo XXI, pero no llega la hora para que el legislador uruguayo reconsidera el sistema concursal vigente. Entre tales proyectos es ineludible destacar el anteproyecto de Ley de Concursos elaborado por el Dr. Ricardo Olivera García como consecuencia de una contratación por el Programa de Reformas del Sector de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (Préstamo BID 704/OC-UR) presentado el 28 de mayo de 1998 al Poder Ejecutivo y elevado con ligeras modificaciones al Parlamento el 10 de junio siguiente. Este proyecto y sus antecedentes fue editado también por la Universidad de Montevideo en el año de 1999.

Esta lamentable situación es uno de los factores que determina que el ejercicio profesional en concordatos, quiebras y demás situaciones concursales sea complejo para el jurista no especializado. Otro factor relevante para su complejidad se identifica en la necesidad de acudir a conceptos económicos o financieros para el análisis y las soluciones que se pueden plantear en el marco de las empresas en crisis, ajenos a la formación tradicional de los profesionales del Derecho de nuestro país. El estudio de la materia concursal, de las crisis empresariales, constituye una disciplina multidisciplinaria para la cual es necesario desarrollar conceptos ajenos a los típicamente jurídicos. A tales mencionados factores corresponde agregar que el derecho procesal se ha actualizado en los últimos quince años. Por lo tanto, resulta que la prác-



tica jurídica uruguayana en materia concursal se sustenta en un conjunto de disposiciones de derecho concursal del siglo XIX y principios del siglo XX, cuyos contenidos metajurídicos – concretamente empresariales, económicos y financieros – han cambiado y cambian incesantemente, la que debe ser aplicada en el entorno de mecanismos procesales actualizados y desconocidos en la época de la sanción de las normas especiales de la materia. Es de destacar como un factor positivo entre tantos inconvenientes, que la creación de Juzgados especializados en materia concursal en el año 2001 constituyó un avance, aún cuando solamente se trate de aspectos formales o procesales, en cuanto al diligenciamiento de los procedimientos correspondientes.

En este contexto tan hostil para quienes deben estudiar o trabajar en las distintas facetas del derecho empresarial, el "Manual teórico-práctico de Derecho concursal" resulta el necesario libro que aclara dudas y explica con precisión esta materia. Esto es posible por la doble calidad de su autor, de abogado especializado en el ejercicio profesional en concordatos y quiebras a lo largo de muchos años y de profesor universitario de Derecho concursal. El Dr. Camilo Martínez Blanco, español de nacimiento y uruguayo desde su infancia, trabaja en el Departamento de Concordatos de La Liga de Defensa Comercial hace muchos años. Desde la visión práctica fue ingresando en la tarea académica, primero a través de actividades aisladas y luego con la dedicación propia de

los profesores e investigadores vocacionales, teniendo actualmente a su cargo la materia correspondiente a Derecho concursal tanto en la Carrera de Derecho como en los Programas de Máster de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Como dijimos, el libro ofrece una visión actualizada porque, además de examinar pormenorizadamente las disposiciones existentes en el derecho concursal uruguayo, estudia dos leyes muy recientes: la ley Nº 17.292, de 25 de enero del 2001, ley de urgencia que incluyó un elenco de enmiendas concursales y la ley Nº 17.613, de 27 de diciembre de 2002, que contiene disposiciones sobre la liquidación de entidades financieras. La inserción de las reformas contenidas en estas disposiciones en el sistema nacional se encuentra analizado por el autor en los diversos puntos de incidencia.

También destacamos que se trata de una obra exhaustiva pues, dividida en seis partes, estudia la materia concursal uruguaya en su totalidad.

En la primera parte, analiza las causas de las crisis empresariales, de sus orígenes y de sus consecuencias, además de los riesgos y las posibles soluciones a dichas crisis.

En la segunda parte, presenta consideraciones personales sobre cuestiones generales de la materia, refiriéndose a la eventual - a veces cuestionada - existencia de un derecho concursal autónomo, planteando diversas características de nuestro régimen concursal, los principios del derecho concursal, su contenido y presupuestos de la concursabilidad. En esta parte es particularmente ameno leer los detalles sobre la evolución histórica del derecho concursal a través del tiempo que comparte el autor con sus lectores.

En la tercera parte, de manera extensa y detallada, se propone el estudio de los procesos falimentares nacionales, de la quiebra y liquidación judicial. No solamente la experiencia personal del autor se aprecia en las diversas opiniones vertidas en estos temas, como a lo largo de todo el libro, sino también las opiniones de la diversa doctrina nacional recogidas en cada punto.

En la cuarta parte, expone los concursos preventivos comerciales y sus distintas figuras. Enfrente esta temática, regulada en normas dispersas y de gran diversidad de soluciones, con un destacable rigor sistémico.

En la quinta parte, explica las diversas soluciones correspondientes a los concursos civiles de acreedo-

res, tema fundamental, que en los últimos años ha vuelto a ser frecuente en la práctica concursal y que en tan pocas ocasiones ha sido objeto de estudio por la doctrina nacional.

Finalmente, en la sexta parte del libro el autor inicia a la doctrina nacional en el estudio del régimen vigente en materia de liquidaciones de entidades de intermediación financiera, tal como quedó configurado luego de la sanción de la ley 17.613.

En definitiva, un estudio que refleja, además del alto nivel de conocimientos - de todos conocido y por todos esperado - del autor, un gran esfuerzo intelectual, mucho trabajo.

Corresponde destacar también la generosidad del Dr. Camilo Martínez Blanco y la capacidad para compartir la labor académica fomentando el trabajo de los demás, propia de quienes disfrutan con la enseñanza e investigación del derecho. Esto resulta evidente en una de las facetas que determinan la calidad de libro práctico de la obra que estamos comentando. Concretamente, nos referimos a que el Anexo Forense de la publicación, aproximadamente ciento sesenta páginas, fue elaborado por el Dr. Fernando Cabrera Damasco, joven abogado que acompaña al autor en sus tareas profesionales en la Liga de Defensa Comercial y en sus tareas académicas en la Universidad de Montevideo. El citado Anexo constituye uno de los aportes que seguramente será muy valorado por los lectores y operadores jurídicos, en tanto ofrece una variedad relevante de ejemplos de escritos judiciales en procedimientos de quiebras, liquidación judicial, procesos concursales preventivos, concursos civiles y aún otros escritos vinculados a procesos concursales. A este material se agregan esquemas de los procedimientos elaborados por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, del grupo del Dr. Martínez Blanco, culminando así el objetivo pedagógico y exhaustivo de la obra.

Nuestras palabras finales van para la recomendación de lectura de la prosa amable e ilustrativa de este nuevo libro de Camilo Martínez Blanco, que constituye ya una referencia bibliografía uruguaya ineludible en una materia que cada día presenta nuevos desafíos.

Beatriz Bugallo

## Derecho de los contratos Cuadernos de Extensión Jurídica 6 (2002)

Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho  
Santiago de Chile, 2002, 245 págs.

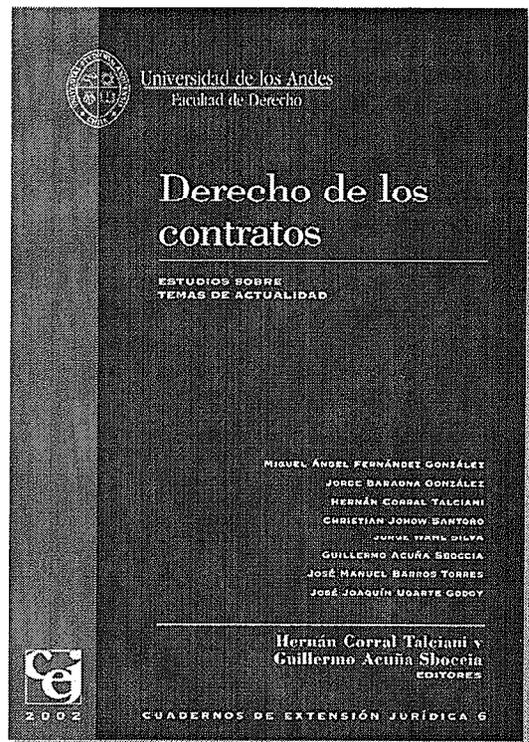
**D**erecho de los contratos, de la serie Cuadernos de Extensión Jurídica, se enmarca en un elenco de temas de interés jurídico que ha publicado la Universidad de Los Andes. Los números anteriores se han dedicado a: Responsabilidad Civil del empresario (1996), Los regímenes matrimoniales en Chile (1998), Derecho del consumo y protección al consumidor (1999), Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar (2000), Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada (2001).

El libro que analizamos fue coordinado por los Dres. Hernán Corral Talciani y Guillermo Acuña Sboccia, autores también de estudios monográficos que se incluyen en esta obra y que, presentando la publicación, fundamentan el estudio de la temática elegida en cuanto que el contrato "constituye una de las instituciones medulares en la cuales se apoya el sistema económico de libre empresa que rige hoy, con más o menos maticen en la mayor parte del mundo occidental". En atención a tal afirmación los temas que se presentan de la materia contractual constituyen reflexiones profundas sobre aspectos de general vigencia que, si bien en algunos casos hacen referencia directa al derecho chileno, de todos ellos se extraen útiles consideraciones en una perspectiva de derecho comparado.

Miguel Ángel Fernández González analiza los "Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe". Sistematiza los tres principios más salientes en materia contractual que tienen anclaje constitucional, definiéndolos y estudiando sus limitaciones.

Jorge Barahona González se refiere a la "Irretroactividad de la ley e intangibilidad contractual. A propósito del fallo del Tribunal Constitucional sobre la deuda subordinada del sistema bancario". El autor cuestiona la metodología adoptada en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre deuda subordinada, Rol Nº 207 de 10 de febrero de 1995, que – en su opinión – realiza una errónea aplicación de los principios de irretroactividad de la ley en materia contractual. Fundamentando su consideración plantea una metodología alternativa a la utilizada, articulada con las garantías constitucionales de la propiedad, llegando a la solución opuesta a la contenida en el citado fallo.

Hernán Corral Talciani estudia "La definición de



contrato en le Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés". Destaca la importancia del término "contrato", como noción medular en todos los sistemas de raíz romanista sin perjuicio de que entre juristas se utiliza la misma expresión con un sentido técnico-jurídico diverso aún cuando su origen o fuente pueda ser común. Analiza en particular las diferencias en la evolución del término en el derecho francés y el derecho chileno, concluyendo en claras diferencias entre ambos sistemas.

Christian Johow Santoro presenta su trabajo "Para una nueva lectura de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El método de la interpretación del contrato en el derecho alemán". El autor toma como punto de partida que la interpretación del contrato en el derecho alemán es, en principio, idéntica a la interpretación de las voluntades negociales que lo crean, no siendo relevante la clase o tipo de acto jurídico a ser interpretado, sino si la declaración de voluntad es o no recepticia (*empfangsbedürftige*). Los principios y métodos desarrollados por el derecho alemán son comparados por el profesor Johow con aquellos desarrollados por el derecho chileno procurando con ello una renovación a través de nuevas ideas.

Jorge Wahl Silva se ocupa de los "Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencias en el derecho comparado". Tema éste de actualidad que, si bien pre-

senta elementos comunes en las diversas manifestaciones del derecho comparado, todavía resultan evidentes particularidades propias del sistema tradicional contractual que rige en cada Estado. Luego de una pormenorizada explicación del sistema chileno, en el que el consentimiento se forma con la aceptación, aprecia el autor que en general las reglas especiales sobre comercio electrónico no se han enfrentado a una revisión general del Derecho de los contratos. Entiende que, de haberlo hecho, se habría arriesgado el legislador a una prematura adherencia a procedimientos o tecnologías no suficientemente consolidados, adoleciendo de falta de flexibilidad frente a posibles otros cambios tecnológicos.

Guillermo Acuña Sboccia analiza "El contrato internacional Problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento". Lo hace desde la perspectiva de problemas típicos de la formación del contrato que en materia de contratación internacional tienen gran relevancia. Presenta así diversas situaciones y problemas concretos, estudiando las soluciones que se han desarrollado al efecto en diversas legislaciones del derecho comparado y en el plano internacional. Trata de la obligación de negociar de buena fe en el ámbito internacional, de la importancia atribuida a la intención de contratar, posibilidad de revocar una oferta, aceptación condicional, la determinación del momento en que se perfecciona el contrato, entre otros temas.

José Manuel Barros torres estudia "El conocimiento del riesgo en el contrato de seguros: algunos alcances sobre la carga o deber de información.", tema siempre actual. El conocimiento de la extensión o alcance del riesgo es analizado desde una perspectiva moderna y su deber de comunicarlo al asegurador constituye un imperativo de la buena fe, tan fundamental en este contrato de tanto desarrollo en la sociedad moderna.

Finalmente, José Joaquín Ugarte Godoy examina "El contrato usado en Chile para la comercialización de fruta en el extranjero. Su verdadera naturaleza jurídica.". Nos traslada a una cuestión muy específica y muy interesante, propia de una famosa actividad nacional chilena. El autor encuentra naturaleza asociativa entre el productor y el exportador, destacando las consecuencias que derivan de tal afirmación.

Seguramente la obra colmará sus expectativas y objetivos pues constituye un enfoque renovador de la doctrina que motiva al estudio actualizado de la temática de los contratos.

*Beatriz Bugallo*

## Revista Iberoamericana de Administración Pública Nº 9

Instituto Nacional de Administración Pública  
Madrid, Julio - Diciembre 2002, 216 págs.

La Revista Iberoamericana de Administración Pública -conocida por su sigla RIAP- es una de las excelentes publicaciones a que nos tiene acostumbrados el INAP de España, que se suma a las prestigiosas colecciones de Documentación Administrativa (DA), la Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica (REALA), Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP), y los Cuadernos de Derecho Público (CDP).

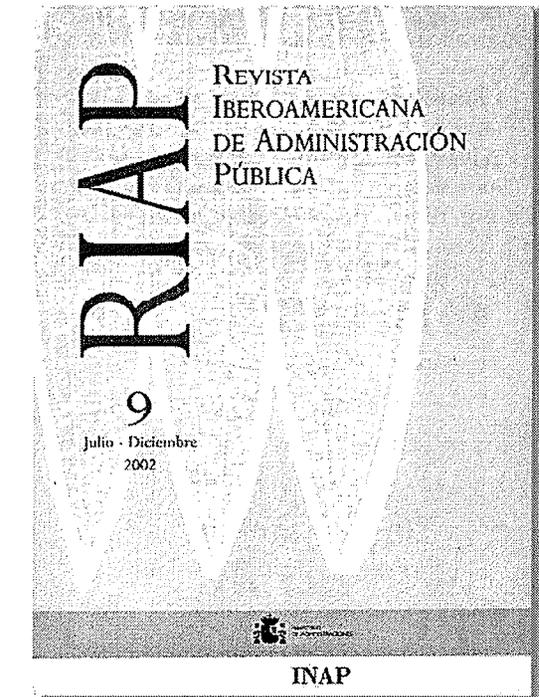
Su Nº 9, correspondiente al segundo semestre del año 2002, se inicia con una Presentación a cargo del entonces Director del INAP, el Profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, destacado administrativista y entrañable amigo que en tiempo reciente ha visitado en dos oportunidades nuestra Universidad de Montevideo.

La sección de Artículos se integra con tres trabajos importantes. El primero de ellos corresponde al Profesor José Luis Martínez López Muñoz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, quien examina "La garantía constitucional del Derecho Administrativo" con un interesante enfoque de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado, en el que destaca las exigencias esenciales del Derecho administrativo como límite a la huída de la Administración al Derecho privado.

Le sigue un trabajo del Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Plata, Ricardo Pablo Reca, sobre "La crisis municipal en la Provincia de Buenos Aires", en el cual se pasa revista a la problemática actual del régimen municipal bonaerense como consecuencia de una concepción centralizadora que impregna normas y proyectos actuales.

El tercer trabajo es de la autoría del querido amigo, distinguido Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Federal de Paraná y Presidente de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, Romeu Felipe Bacellar Filho, titulado "O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta actividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira". Se trata de un documentado estudio acerca de los principios rectores del servicio público moderno con énfasis en la participación de los ciudadanos en la actividad de los entes reguladores.

La sección de Experiencias consta de tres interesantes testimonios de la realidad de Guatemala, Pa-



namá y Venezuela respectivamente.

La primera ponencia versa sobre "El proceso de descentralización en Guatemala en el marco de los Acuerdos de Paz" y su autora es Isabel Martínez Madueño, quien centra su análisis en la importancia del fortalecimiento de los gobiernos locales.

Le sigue una extensa exposición de la Procuradora de la Administración de Panamá, la estimada Dra. Alma Montenegro de Fletcher, quien destaca y reseña el caso de la Procuraduría de la Administración de su país como un ejemplo de "Innovaciones institucionales exitosas".

En tercer lugar, figura el testimonio de la Dra. Maritza Avila Urdaneta acerca de la "Municipalización de la salud en el Estado Zulia - Venezuela", donde se da cuenta de los esfuerzos descentralizadores realizados en el sector salud en esa región venezolana, tanto desde el punto de vista normativo como fáctico.

En la sección de Noticias, se incluyen: la oferta de actividades formativas del INAP para funcionarios iberoamericanos y de otros países, una interesante crónica del VII Seminario de la Federación Internacional de Antiguos Alumnos Iberoamericanos del INAP de España (Foro de Alcalá) sobre profesionalización de la función pública, y una ilustrada crónica del IV Congreso Extraordinario de la

OICI centrado en el Patrimonio cultural, el turismo y el desarrollo urbano en las ciudades históricas iberoamericanas.

La Revista se cierra con la sección de Documentos que, en este N<sup>o</sup> 9, contiene los Estatutos de la Asociación Nacional de Municipios Portugueses.

Como siempre, la RIAP ofrece una puesta a punto sobre temas de interés para los países de

Iberoamérica, con una calidad de contenidos y presentación acorde al prestigio y la trayectoria del INAP de España.

*Dr. Carlos E. Delpiazzo*

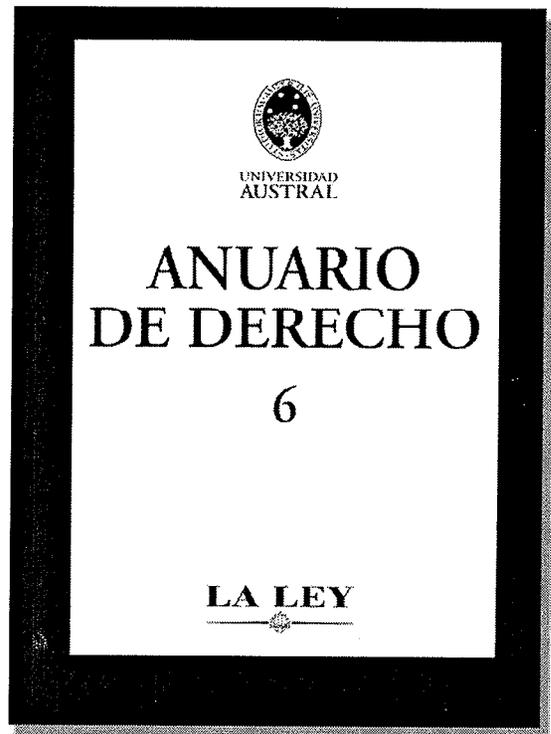
## Anuario de Derecho 6

Buenos Aires, Universidad Austral 2003. 250 págs.

El Anuario de Derecho que edita la Universidad Austral es una publicación recibida desde tiempo atrás en la Biblioteca de la Universidad de Montevideo. En esta ocasión comentamos el último número correspondiente al año 2003, el número 6, que incluye interesante material dividido en cuatro secciones: Doctrina, Jurisprudencia internacional y comunitaria, Práctica Argentina y Bibliografía y reseñas. A su vez, estas secciones se encuentran dedicadas – con variada extensión – a tres ramas del Derecho: Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario.

La sección de Doctrina comienza con la temática de Derecho Internacional Público, encontrando un artículo de Julio A. Barberis sobre “Los tratados internacionales celebrados por la Confederación Argentina y la Constitución Nacional”, interesante análisis histórico del relacionamiento internacional del siglo XIX proyectado en la normativa constitucional posterior. Gérard Peytrignet y Gabriel Pablo Valladares presentan un trabajo que se titula “Examen de la convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados en el año 2001. Expectativas del Comité Internacional de la Cruz Roja”, desde la particular perspectiva de quienes integran como funcionarios este último organismo internacional. Destacan que “el Derecho del desarme y el Derecho internacional humanitario forman parte del Derecho Internacional Público y se vinculan con la prohibición específica de ciertas armas pero cada una de ellas desde un enfoque diferente”. Explican el sustento de la identificación de tal diferencia, destacando también el rol del Comité Internacional de la Cruz Roja en dicha materia y las propuestas planteadas para la reforma de la Convención que es objeto del trabajo. Se agrega también el análisis del “Caso concerniente a las actividades armadas sobre el territorio del Congo: medidas provisionales”, realizado por Silvina s. González Napolitano.

La temática del Derecho Internacional Privado es considerada a través de tres trabajos doctrinarios. En primer lugar, Louis Pret estudia “El futuro del libre comercio en el continente americano: la política canadiense”. En este caso el autor, de nacionalidad canadiense, explica el marco jurídico de la posición canadiense en cuanto al Tratado de Libre Comercio Bilateral Canadá – Estados Unidos (1989-1993) y al Tra-



tado de Libre Comercio Canadá, Estados Unidos y México (1994), para proyectarla hacia el Área de Libre Comercio para toda América en el año 2005. En segundo lugar, Avelino León examina la evolución del derecho internacional privado en un artículo que titula “Del ius gentium al derecho electrónico”. Muestra la antítesis entre el derecho civil y el common law apelando a las palabras de Couture “el derecho civil era la vía recta de las legiones romanas, en tanto, el common law, la humilde senda del peregrino apoyada en los hechos, en la tradición y en la experiencia”, haciendo particular referencia a la *lex mercatoria*. En tercer lugar, Paulo Borba Casella se ocupa de un tema siempre vigente: “Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980). Aspectos principales”.

En cuanto al Derecho comunitario, se incluye el trabajo de Patricio Bueno Martínez sobre “El valor Jurídico del ordenamiento comunitario andino derivado”. Explica en qué consiste el ordenamiento andino y los principios básicos del derecho comunitario: aplicación directa, efecto directo y preeminencia, culminando con precisiones sobre las obligaciones de los Países Miembros y los casos colombiano, venezolano y ecuatoriano en particular. Asimismo, se incluye el artículo de Fernando D. Alvarez, sobre “Los servicios de interés general económico en

el Derecho comunitario europeo (del Derecho de la competencia al avance del "servicio público") que, tal como el propio autor explica, procura "dilucidar la evolución operada en el Derecho Comunitario europeo en torno a la relación existente entre el principio de competencia y su aplicación al ámbito de la prestación de los servicios públicos".

En la Sección Jurisprudencia Internacional y Comunitaria se incluye información sobre la aplicación del derecho comunitario 1999-2000 en cuatro ámbitos: MERCOSUR, Europeo, Andino y Centroamericano, trabajo a cargo de los Dres. Alejandro Daniel Perotti y Alejandro Freeland López Lecube.

En la Sección de Práctica Argentina, se vuelven a cubrir las tres ramas de derecho mencionadas, en la siguiente forma: 1) Derecho Comunitario, "Una rara avis en la jurisprudencia interna: La prevalencia de la costumbre internacional", Alejandro Consigli, "Tratados vigentes para la Argentina julio 1999 junio 2000", Frida M. Armas Pfirter; 2) Derecho internacional privado, con la transcripción de una serie de sentencias de la materia; 3) Derecho Comunitario, "Aplicación del Derecho comunitario Mercosur por los Tri-

bunales argentinos y brasileños (1999-2000)", Alejandro Daniel Perotti.

Finalmente, en la Sección referida a Recensiones y Revista de Revistas se pueden apreciar las más recientes novedades en cuanto a publicaciones de las tres ramas del derecho de las que se ocupa la presente Revista.

Sin duda un número de actualidad en la materia, que los especialistas podrán disfrutar gracias al esfuerzo del Consejo de Redacción dirigido por la Dra. Frida Armas Pfirter y los coordinadores: Dra. Paula Vernet, Área de Derecho Internacional Público, Dr. José Carlos Arcagni, Área de Derecho Internacional Privado y Dr. Alejandro Daniel Perotti, Área de Derecho de la Integración.

*Beatriz Bugallo*