

# Revista de

---

# DERECHO

---

## **MENSAJE DEL DECANO**

Derecho, justicia y mercado

## **DOCTRINA**

### **BARRAZA, Javier Indalecio**

Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina

### **GUERTEIN BABIC, Igal**

El estándar del Duty of Care y la Business Judgment Rule en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

### **HIRSCHLAFF, Alan**

El proyecto de reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones

### **PICARDO GONZÁLEZ, Sebastián**

El interrogatorio de parte en el proceso civil

### **VÁZQUEZ, Cristina**

Democracias parlamentarias y Derecho Administrativo Global

## **CONFERENCIAS Y**

## **CLASES MAGISTRALES**

### **CAVIEDES THOMAS, Gabriela**

### **GALLARDO MACIP, Cecilia**

Ofrecer el vientre.

Consideraciones sociales y filosóficas de la maternidad subrogada

## **JURISPRUDENCIA COMENTADA**

### **CANDIA LAINÉS, Facundo**

### **FAGIOLI CARÁMBULA, Mariana**

### **FERREIRA BARBOZA, Francisco**

### **NESSAR REGUERO, María Silvana**

### **PACHECO DA SILVA RIVERO, Agustina**

### **SANGUINETTI FERRARO, Luciana**

### **VIVO MORELLI, Guillermo**

Los funcionarios públicos y la contratación administrativa. Comentarios a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018.

## **INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y posgrados

## **TESINAS DE MASTERS**

### **NAN, Fernanda**

Tendencias en legislación ambiental internacional y posicionamiento del Uruguay

## **MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES**

### **SAINT-UPÉRY, Santiago**

Breve análisis de la rescisión unilateral en los contratos de distribución

## **NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**

### **PÉREZ DEL CASTILLO, Matías**

Estudios sobre el derecho de la huelga. Homenaje a Santiago Pérez del Castillo. Coordinadores Álvaro Rodríguez Azcúe y Matías Pérez del Castillo





*Revista de*  
DERECHO

Año XXII (Julio 2023), N° 43  
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO  
FACULTAD DE DERECHO

### Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

- 1) Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL del artículo).
- 2) Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
- 3) No se usen para fines comerciales.

### Indexada en:

Biblioteca Nacional de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco. Miembro de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas.

### Redacción y suscripciones

Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.  
Dr. Prudencio de Pena 2544 (11600)  
Montevideo, URUGUAY  
Tel.: (598) 2707-4461

### Contacto de la revista

E-mail: [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy)  
Canje: [biblioteca@um.edu.uy](mailto:biblioteca@um.edu.uy)

### Página web de la revista

<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho>

*La revista no asume necesariamente las opiniones expresadas en los trabajos publicados.*

### Plazo de recepción de originales

Para el número de julio, hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

### Aviso de derechos de autor

Esta revista es publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

### Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Diseño: editáonline

Impresión: editáonline

Depósito legal: 382.468

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

N° 43 – Julio 2023

*Revista de*  
**DERECHO**

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO  
Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

**CONSEJO EDITORIAL**

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA  
Marcelo SHEPPARD  
María BRUGNINI

**SECRETARÍA TÉCNICA**

Natalia VELOSO GIRIBALDI  
Sofía MARURI ARMAND-UGON

**EDITORA TÉCNICA**

Valentina MORANDI

**CONSEJO ASESOR**

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay  
Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay  
Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay  
Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

## COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay  
María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España  
Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay  
David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos  
Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos  
Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España  
Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina  
Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina  
Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España  
Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay  
Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay  
Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra  
Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador, El Salvador  
Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México  
Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú  
Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana  
Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile  
Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile  
Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España  
Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia  
Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

**SUMARIO****MENSAJE DEL DECANO**

Derecho, justicia y mercado ..... 9

**DOCTRINA****JAVIER INDALECIO BARRAZA**

Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina ..... 15

**IGAL GUERTEIN BABIC**El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo ..... 41**ALAN HIRSCHLAFF**

El proyecto de reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones ..... 55

**SEBASTIÁN PICARDO GONZÁLEZ**

El interrogatorio de parte en el proceso civil..... 83

**CRISTINA VÁZQUEZ**

Democracias parlamentarias y Derecho Administrativo Global ..... 99

**CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES****GABRIELA CAVIEDES THOMAS y****CECILIA GALLARDO MACIP**

Ofrecer el vientre. Consideraciones sociales y filosóficas de la maternidad subrogada..... 121

**JUSISPRUDENCIA COMENTADA****FACUNDO CANDIA LAINÉS,**  
**MARIANA FAGIOLI CARÁMBULA,**  
**FRANCISCO FERREIRA BARBOZA,**  
**MARÍA SILVANA NESSAR REGUERO,**  
**AGUSTINA PACHECO DA SILVA RIVERO,**  
**LUCIANA SANGUINETTI FERRARO y**  
**GUILLERMO VIVO MORELLI**  
Los funcionarios públicos y la contratación administrativa. Comentarios a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018. .... 141**INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y posgrados ..... 165

**TESINAS DE MASTERS****FERNANDA NAN**  
Tendencias en legislación ambiental internacional y posicionamiento del Uruguay ..... 187**MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES****SANTIAGO SAINT-UPÉRY**  
Breve análisis de la rescisión unilateral en los contratos de distribución..... 219**NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS****MATÍAS PÉREZ DEL CASTILLO**  
Estudios sobre el derecho de la huelga. Homenaje a Santiago Pérez del Castillo. Coordinadores Álvaro Rodríguez Azcúe y Matías Pérez del Castillo.. ..... 239





## MENSAJE DEL DECANO

### MENSAJE DEL DECANO

Derecho, justicia y mercado



## Mensaje del decano

### Derecho, justicia y mercado

Hace unos días asistimos a una jornada sobre Legislación Antidiscriminatoria, a 20 años de la Ley n° 17.677, en honor al Dr. Nahum Bergstein. Una de las ponencias estuvo a cargo del filósofo argentino Santiago Kovadloff y versó sobre la discriminación como problema social. Varios y muy interesantes conceptos pudimos llevarnos quienes tuvimos la suerte de asistir a esa conferencia. Entre ellos -porque resulta particularmente importante para la actividad académica-, destacamos la idea de que la discriminación, muchas veces, deriva del pensamiento único, de creer que las convicciones propias son las únicas válidas, de la inseguridad (o incluso, “angustia” comentaba Kovadloff) que provoca quien es o piensa distinto y puede socavar las más sólidas convicciones. O, sencillamente, de que quien piensa distinto es un enemigo a derrotar.

La discriminación, en este sentido, derivaría de lo que Friedrich von Hayek denominaría “fatal arrogancia” de considerar que uno es el dueño de la verdad y que, por tanto, no resulta necesario ni conveniente abrirse a nuevas perspectivas, a miradas distintas, a avances en el conocimiento. Todo lo contrario a lo que significa una Universidad, que implica que el conocimiento humano, por el sólo hecho de ser humano, es necesariamente incompleto, imperfecto y que nuestra misión, como académicos, como juristas, es un continuo “conducirnos hacia” la verdad, conscientes de que nunca la asiremos por completo. Ello determina una actitud drásticamente distinta a la anterior. Actitud que necesariamente se encuentra en las antípodas de cualquier forma discriminatoria.

El investigador universitario y, en particular, el jurista debe huir de cualquier visión “totalizadora” de la realidad. Reconocer que en el estudio de la persona, de la sociedad y del Derecho -a diferencia de, por ejemplo, lo que ocurre en otras áreas como la física o la matemática-, no hay “constantes”, sino “variables constantemente”, derivadas de la libertad -rasgo esencial del hombre-. Y que, en ese sentido, solo podemos ir dando pasos cortos en esa carrera hacia la verdad, que en nuestra área, es la Justicia.

Recordaba Kovadloff que la angustia -sentimiento que suele atribuirse a quien discrimina- viene de *angustus*, estrecho. Quien transita por un desfiladero angosto -explicaba- es incapaz, ni siquiera, de mover la cabeza para reconocer la riqueza de una realidad más amplia que la necesariamente parcial visión que tiene delante. La misión del Derecho que, sobre todo, consiste en buscar incesantemente la verdad -la Justicia- dentro de una realidad concreta cada vez más compleja, no puede caer en la trampa del pensamiento único. Debe tener una constante actitud de apertura al diálogo, de humildad, de no discriminación frente al que es o piensa distinto.

Desde esta perspectiva, la “costumbre”, fuente material del Derecho, derivada de una colaboración social espontánea -en el libre mercado- de un conjunto indefinido de personas, con visiones, opiniones y perspectivas muy diversas pero que confluyen en la articulación de normas con un contenido concreto y que, sin ser impuestas por ninguna de ellas, son percibidas como justas por la comunidad, parecería una herramienta útil para avanzar en ese camino hacia soluciones jurídicas más humanas, más justas, sustentadas en la especial dignidad e igualdad de cada persona humana.

Miguel Casanova,  
julio 2023







## DOCTRINA

**JAVIER INDALECIO BARRAZA**

Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina

**IGAL GUERTEIN BABIC**

El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

**ALAN HIRSCHLAFF**

El proyecto de reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones

**SEBASTIÁN PICARDO GONZÁLEZ**

El interrogatorio de parte en el proceso civil

**CRISTINA VÁZQUEZ**

Democracias parlamentarias y Derecho Administrativo Global



Javier Indalecio BARRAZA\*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

drjavierbarraza@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0005-5471-2868>

Recibido: 30/05/2023 - Aceptado: 05/06/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Barraza, Javier Indalecio (2023). Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina.

*Revista de Derecho*, 22(43), 15-40. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.2>

## Estudio doctrinal y jurisprudencial del empleo público en la Argentina

15

**Resumen:** El empleo público en la República Argentina ha seguido una evolución accidentada, signada por la ausencia de una norma que regule adecuadamente la cuestión, la corrupción y factores económicos y políticos, lo cual impide que la pretendida carrera administrativa sea una realidad.

Este artículo hace un estudio de la evolución jurisprudencial de la temática, en el que se abordan temas como la estabilidad y las condiciones para el ingreso (nacionalidad, edad, etc.). Se trata de un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la materia.

**Palabras clave:** Empleo Público, Derecho Administrativo, Argentina.

\* Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Director del Master en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Regular Adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. .

## Doctrinal and jurisprudential study of public employment in Argentina

**Abstract:** Public employment in the Argentine Republic has followed an uneven evolution, marked by the absence of a rule that adequately regulates the issue, corruption and economic and political factors, which prevents the intended administrative career from becoming a reality.

This article makes a study of the jurisprudential evolution of the subject, addressing issues such as stability, conditions for entry (nationality, age, etc.). It is a doctrinal and jurisprudential study on the subject.

**Key words:** Public Employment, Administrative Law, Argentina.

## Estudo doutrinário e jurisprudencial do emprego público na Argentina

**Resumo:** O emprego público na República Argentina tem tido uma evolução irregular, marcada pela ausência de norma que regule adequadamente o tema, pela corrupção e por fatores econômicos e políticos, o que impede que a carreira administrativa pretendida se torne realidade.

Este artigo é um estudo da evolução jurisprudencial do tema, abordando questões como estabilidade, condições para ingresso (nacionalidade, idade, etc.). Trata-se de um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

**Palavras-chave:** Emprego Público, Direito Administrativo, Argentina.

# 1. Obstáculos

## 1.1 Múltiples aspectos

Para llevar adelante un estudio sobre empleo público surgen una serie de obstáculos, tales como la falta de disposición de los fallos, información insuficiente que surgen de pronunciamientos judiciales o la imprecisión de los sitios de internet.

## 1.2 Indisponibilidad

La totalidad de los fallos sobre esta temática no están disponibles en los sitios oficiales. En algunos casos, la CSJN solamente ha publicado un resumen del fallo (v.gr. fallos “Fasola” o “Lugo”).

## 1.3 Información insuficiente

Los fallos no contienen una serie de datos que serían de sumo valor para un adecuado estudio cuantitativo (v.gr. calidad de la parte actora, tomo y folio), nos encontramos en la tarea de constatar mediante sistemas informales, donde a su vez no siempre es posible conseguir la información necesaria. Esta tarea nos insume una gran pérdida de tiempo.

## 1.4 Dificultades

Resulta dificultosa la búsqueda de fallos, pues la CSJN –en muchos casos– se remite a dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación, organismo cuyo sitio de búsquedas se encuentra desactualizado, revela cierta precariedad y poca efectividad.

A su vez, varios de los fallos no surgen en los buscadores de jurisprudencia bajo la voz “empleo público”, sino de menciones y referencias aleatorias dentro de las sentencias que debemos verificar individualmente para constatar que sea información relevante a la investigación que estamos realizando. Así, el fallo “Rivademar” se estudia para autonomía de los municipios, pero también es un caso donde se debatió un tema de empleo público.

- a) Imprecisión. Los sitios de consulta de causas no son precisos, lo cual torna lento y tedioso el proceso de recopilación de información. Esa imprecisión, sumada a la lentitud, entorpece el proceso, pues debemos buscar, comparar y chequear información en diferentes fuentes para confirmar que sea correcta (v.gr. bases de datos privadas, como La Ley, El Dial, El Derecho, Jurisprudencia Argentina). En suma, los sitios oficiales son imprecisos, carecen de fluidez y se pierde mucho tiempo no solo recopilando información artesanalmente, sino también para la realización del cálculo estadístico.
- b) Precariedad y desactualización de los motores de búsqueda. Por ejemplo en algunos casos el buscador no da resultados correctos aun cuando se proporcionan datos básicos como el nombre y apellido del actor. Es común tener que probar diferentes combinaciones de datos para encontrar un fallo. Ej. “Peluffo, Horacio”.
- c) Publicidad. A veces se observa, la falta de publicación de algunos fallos en el sitio web de la CSJN. Es común que en sentencias muy antiguas se publique el tomo completo.

Esta circunstancia nos obliga a desglosar manualmente página por página la sentencia. Esta tediosa tarea demanda mucho tiempo para algo que debiera ser tan simple como descargar un documento.

- d) Insuficiencia de datos. Son pocas las sentencias que cuentan con todos los datos básicos (v.gr. calidad del actor u organismo específico que se demanda, etc.). En algunos casos, solo se publicó un resumen de la sentencia. Esto complica la obtención de información y datos básicos para el desarrollo de una investigación exhaustiva.

En suma, resulta dificultoso hacer un estudio total, pues los sistemas de internet y plataformas de búsqueda son anacrónicas.

## 2. Aspectos generales

### 2.1 Una evolución accidentada

El empleo en nuestro país ha seguido una evolución accidentada. Originariamente la problemática surgió para el tema de cobro de haberes. De hecho, el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es sobre un tema salarial (v.gr. Ricchieri).

Luego de ello, apareció la discusión acerca de la estabilidad. Para solucionarlo se incorporó esto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Posteriormente, se empezó a discutir acerca de los trabajadores contratados. Más tarde, el empleo público plantea temas acerca de la edad y nacionalidad para ingresar en el ámbito de la función pública.

En la actualidad se discute acerca de los rubros que integran el salario de un agente estatal (v.gr. caso “Cello”)

Paradójicamente temas como el concurso para el ingreso a la función pública o el derecho a la carrera administrativa no ha sido objeto de tratamiento por parte de la CSJN.

### 2.2 Una realidad devastadora

La Administración Pública –tanto en el orden federal, provincial o municipal– no es un ente virtuoso. Los agentes viven en ese ámbito una guerra silenciosa, secreta, no hablada; no con armas de fuego, pero con instrumentos tan o más letales como son el chisme, la delación y el engaño. Miles de vidas quedan devastadas luego de su paso por un órgano o ente estatal.

Yo mismo –que trabajé casi veinte años en ese ámbito– he podido ver jefes sin dirigidos. Sí, parece inverosímil, pero ví jefes que no tenían personal para conducir. También, pude observar agentes sin *expertise*, pero con altos cargos; obsecuentes y holgazanes. Todos deseosos de succionar de las ubres estatales, pero ninguno interesado en gestionar el bien común.

Deberíamos reflexionar que tenemos una Administración ineficiente, con gente que ni siquiera sabe leer ni escribir. Los dictámenes jurídicos están redactados con errores básicos de ortografía y un lenguaje artificioso. Ni qué decir de las citas doctrinales, algunas se remontan a la década de 1960. En otros casos los dictámenes ostentan una

miseria moral donde se cree que lo extenso determina su valor. En tanto el mundo sigue girando vertiginosamente, muchos jerarcas de la Administración padecen la tragedia de no comprender lo que está pasando.

### 2.3 Múltiples debates

La discusión sobre el empleo público va desde lo político a lo jurídico, pasando por la perspectiva que tiene el proverbial hombre de la calle sobre el tema.

Las obras doctrinales abordan la temática con el orden jurídico positivo, lo cual es necesario, aunque insuficiente para lograr una comprensión cabal. Además, esta cuestión presenta zonas muy delicadas y de alta sensibilidad, por lo que se guarda un notable silencio. Así, carecemos de datos acerca del número de empleados de la Administración Pública Nacional; no existen mediciones de eficiencia; el derecho a la información que está reconocido en la Constitución Nacional, tratados internacionales y en una ley especial, brilla por su ausencia. En suma, múltiples cuestiones que es necesario abordar y que el orden jurídico positivo resulta impotente y desbordado.

- a) Una visión negativa. Para el ciudadano común, el agente o funcionario público (del ámbito legislativo, ejecutivo o judicial) es un holgazán con un doble objetivo: salario y vacaciones. Es una inmoralidad, pero muchos agentes públicos ingresan al Estado para servirse, no para servir.
- b) Ausencia de datos. Desconocemos cuántos empleados tiene la Administración, el sueldo que perciben, la situación jurídica que ostentan, si prestan funciones en la planta permanente, en la planta transitoria o si son contratados. ¿Cuánto se gasta en sueldos estatales anualmente? ¿Qué órganos o entes son deficitarios?
- c) Mediciones de eficiencia. Tampoco existen indicadores que midan diariamente los niveles de eficiencia con los que se despliega el empleo público. Ni mucho menos podemos medir si un órgano o ente es útil para la consecución del interés general.
- d) Derecho a la información. El empleo público está signado por la desinformación. Hoy no es posible saber ¿Quién es el titular de las distintas áreas? ¿El correo electrónico institucional y el teléfono? ¿Los horarios en que despliegan funciones? Eso no es posible saber ingresando en la página web.

Resulta paradójico, se habla de modernización, de expediente electrónico, de inteligencia artificial, pero esto que resultaría fácil ingresando en la página web respectiva, no es posible.

### 2.4 La política

Para los políticos vencedores en una elección el empleo público constituye un tema central. Basta simplemente observar –luego de la asunción del cargo de un nuevo presidente– cómo los puestos se van repartiendo y llenando con personeros del poder, quienes sin pericia técnica ocupan los más altos cargos de la carrera administrativa. Esta circunstancia afecta la moral y desmotiva, pero nadie parece preocupado por esto. Que una persona ingrese a un cargo por pertenecer a una facción político-partidaria y que –simultáneamente– viole el orden jurídico positivo debe ser objetado.

- a) La devaluación de un cargo. Dentro de la carrera administrativa, el más alto cargo es el de Director General o Director Nacional, el cual debería quedar reservado para quien ha demostrado una alta pericia técnica y su dedicación. Acceder a ese cargo debería ser mediante concurso de antecedentes y oposición. Debería ser la culminación de una carrera administrativa signada por el esfuerzo y el *expertise*. Por lo contrario, dicho cargo se ha constituido en el primer peldaño de una carrera política, o para que representantes de los distintos partidos políticos –luego de una elección, en la que no pudieron vencer– sean premiados con aquel cargo. La pericia y la experiencia brillan por su ausencia.
- b) La distorsión de un concepto. Otro aspecto que contribuye a generar confusión es la distorsión de un término: “política”. Así, cuando se pregunta por qué ingresó una persona sin pericia técnica, la respuesta que surge es la siguiente: “por política”.

Esto es la coartada para impedir un análisis concreto sobre la cuestión. Si una persona ingresa en la función sin concurso de antecedentes y oposición, esto significa que ha violado la ley y que ha cometido un acto de “corrupción” y no por “política”. La política es la actividad suprema de organización de la sociedad. De ninguna manera, podemos admitir que un término sublime como es política, sea distorsionado.

En suma, no percibimos la prodigiosa diversidad de juegos que genera el lenguaje porque su revestimiento externo, hace que todo parezca igual (Wittgenstein). Si seguimos utilizando el término política para justificar las groseras violaciones al régimen general de concursos, lo que estamos haciendo es colocar una valla para que no se discuta la cuestión. Por eso, es necesario denominar a las cosas correctamente, que una persona ingrese a la función pública sin concurso es corrupción, de ninguna manera “política”.

20

## 2.5 Lo jurídico

Desde esta perspectiva se debate en torno a múltiples cuestiones, que van desde la protección del empleo público como derecho fundamental, la competencia, pasando por el sistema de ingreso y lo relativo a la estabilidad del personal contratado.

- a) El empleo público como derecho fundamental. El trabajo en sus diversas formas está protegido por la Constitución Nacional y por los tratados con jerarquía constitucional.

En el caso del empleo público, esto ha merecido un tratamiento especial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la Opinión Consultiva OC-18/03 “Condición jurídica de los migrantes indocumentados” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha señalado que el Estado empleador “debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente”

- b) Competencia. ¿Qué fuero debe dirimir la cuestión litigiosa? ¿El fuero laboral o el contencioso administrativo federal?

Para los laboristas la cuestión es muy simple, dado que estamos discutiendo una cuestión en la que está involucrado un trabajo, por lo tanto la competencia es del fuero laboral. Por su parte, los administrativistas consideran que la presencia estatal determina la competencia del fuero contencioso administrativo federal.

- 1) El desborde de lo jurídico. La determinación del fuero competente para dirimir conflictos de empleo público, hunde sus raíces en aspectos que exceden lo jurídico. En el imaginario colectivo existe la siguiente presunción:

Juez contencioso pro Estado; juez laboral pro trabajador

Desde esa perspectiva, se cree que los jueces del fuero contencioso administrativo federal son permeables a las directivas presidenciales, por ende cuando se interpone una acción sobre empleo público las probabilidades de ganar son escasas. Entonces, el empleado estatal considera que los jueces laborales son más proclives a concederles lo peticionado. Por esa razón, aquel quiere dirimir sus cuestiones en el fuero laboral.

En otras palabras: fuero contencioso administrativo federal adverso al empleado público; fuero laboral favorable al empleado estatal.

- 2) Perfil del juez. Un tema del que no se habla es que los jueces del fuero laboral provienen –en muchos casos– de las filas sindicales o dichas entidades inciden en la designación de estos magistrados. ¿Alguien puede negar que los sindicalistas inciden en la designación de estos jueces? Si se hiciera una medición de los amigos y parientes de los dirigentes sindicales que ocupan cargos de magistrados en el fuero laboral esto nos daría una clara pauta, pero esta cuestión permanece en la penumbra. Esto nos permitiría advertir cómo influyen los representantes gremiales en la integración del fuero laboral. Se requiere un profundo estudio al respecto.

Por otra parte, esos jueces que condenan a una empresa o a una persona física o a un órgano o ente estatal, parece que son pro-empleados. ¿Qué ocurrirá cuando esos jueces deban dirimir una cuestión en la que está involucrada una entidad sindical? ¿Serán objetivos? ¿serán independientes? Este es un tema que requiere una medición en términos cuantitativos, pero eso no es posible, porque se tiende a ocultar el perfil y el origen del magistrado<sup>1</sup>.

Ahora bien, supongamos que finalmente, triunfa la tesis por la cual el fuero competente en empleo público es el laboral. A partir de ahí, el órgano ejecutivo incidirá fuertemente en la designación de tales jueces. Entonces, cuando las demandas por empleo público resulten adversas ¿Qué diríamos? ¿Qué el competente es el fuero contencioso administrativo federal? ¿Qué es necesario crear un fuero específico de empleo público? Esto demuestra que analizar la cuestión a lo meramente jurídico es insuficiente. Aquí asoman intereses económicos y compromisos político-partidarios, de los que nadie quiere hablar.

- 3) Diferencias. Entre el empleo público y el empleo existen diferencias sustanciales, aunque la Constitución Nacional proteja al trabajo en sus diversas formas. En efecto, el agente público goza de la garantía de la estabilidad, el empleado privado tiene una garantía patrimonial.

<sup>1</sup> De un estudio realizado en el período 2000-2018 sobre violencia en el ámbito de trabajo, se puede observar una amplia aceptación de la cuestión en el fuero nacional del trabajo. Sin embargo, cuando en la cuestión está involucrada una entidad sindical la recepción no es tan amplia. En efecto, sobre la totalidad de los fallos en los que está involucrada una entidad sindical, solo prosperaron un cincuenta por ciento. (v. BARRAZA, JAVIER INDALECIO, *Las torturas psicológicas en el ámbito de trabajo en Prevención de la violencia laboral*, Buenos Aires, Jusbaire, 2017, p. 61 y sigtes.)

Por otra parte, en el empleo público existe una persona que dirige, pero subordinada al orden jurídico positivo; en el empleo privado existe un patrón que manda y decide por su propia voluntad.

En el empleo público si se decide en el ámbito judicial que el despido fue arbitrario corresponde la restitución del agente al puesto de trabajo; en el empleo privado el trabajador –como se dijo– solo tiene una protección patrimonial, lo cual significa que debe ser indemnizado.

En suma, estas diferencias permiten afirmar que es inadecuado trasladar principios de derecho laboral al empleo público, pues en esa rama de la ciencia jurídica existen garantías que le son desconocidas como la estabilidad. Asimismo, el régimen sancionatorio y los requisitos y elementos del acto administrativo para la cesantía o exoneración son ajenos al derecho laboral.

## 2.6 El ingreso

El modo en el que se ingresa a la Administración Pública ha generados dos posiciones enfrentadas. Para algunos se debería acceder por estricto concurso de antecedentes y oposición. Para otros, esto no es conveniente, pues se debe ingresar mediante una designación directa ya que el funcionario de turno, necesita de personas de confianza para llevar adelante su gestión.

Si se admite la segunda postura, surge otro problema, pues lo que ingresan sin concurso, al cabo de un tiempo –y como la memoria es muy frágil– pretenden tener los mismos derechos de los que ingresaron por concurso. ¿Es lo mismo el que ingresa por concurso que aquel que violentó el régimen legal? ¿Pueden tener los mismos derechos? ¿Deben estar amparados por la estabilidad? ¿El paso del tiempo cubre estas falencias? ¿Cómo se interpreta la mala fe de quien ingresó mediante la violación al régimen jurídico? ¿Cómo sancionamos al funcionario que procedió a firmar esta designación?

¿Por qué nos cuesta tanto organizar un concurso de antecedente y oposición? ¿Por qué no establecemos penas severas para los que violan este régimen? Un caso puede servir de muestra, para esta penosa realidad, el cargo de Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación, el último concurso se organizó en 1991. Es decir, hace más de treinta años que no existe concurso de antecedentes y oposición para cubrir este cargo.

a) *Designación directa.* Se aduce que el concurso es un procedimiento engorroso y que el funcionario de turno necesita contar con personas de su confianza para formar su equipo de trabajo. En consecuencia, el principio general debe ser la designación directa, y solo frente a una previsión expresa legal se debe organizar un concurso.

Esta postura es objetable, su sentido republicano también lo es. Esto solo sirve para que el funcionario o político de turno pueda tomar y disponer a voluntad.

b) *Concurso.* El ingreso por concurso debe ser un requisito ineludible. Es el mecanismo apto para que los más idóneos ocupen sus cargos. Asimismo, siempre será un obstáculo para los arrestos arbitrarios de los políticos de turno, quienes quieren tomar y disponer a voluntad.

La necesidad de organizar un concurso se funda en:

- arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional
- art. 21 inc. 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos
- art. 25 inc. c) del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos

El art. 16 de la Carta Magna garantiza el principio de igualdad y el acceso a los cargos públicos con idoneidad. Sobre dicho artículo la CSJN afirmó además de la idoneidad se pueden imponer requisitos éticos (v.gr. la integridad de la conducta). En el fallo “Peluffo”<sup>2</sup> se dijo: “la declaración constitucional no excluye la facultad de la ley para establecer condiciones de admisibilidad en los empleos, distintas de la competencia de las personas, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio (Estrada, *Derecho Constitucional*, tomo I (considerando penúltimo)

A su vez, esto se complementa con la obligación del Congreso de legislar y disponer medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23). Esa igualdad de oportunidad y trato solo se puede garantizar mediante un concurso.

También, el artículo 21 inc. 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Por último, el artículo 25, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que dispone el acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del país.

1) Crítica. Los concursos han sido objetados pues presentan una profunda crisis debido a:

- la lentitud,
- la falta de probidad de quienes los sustancian,
- un mecanismo de selección en el que prevalece la pertenencia a un partido político antes que los antecedentes académicos y profesionales.

Los concursos son procedimientos que pueden prestarse a múltiples irregularidades. A veces, simplemente son la búsqueda de un candidato predeterminado, la cual se advierte en la etapa de convocatoria. Es decir, se arma el perfil del candidato buscado, se establecen determinados requisitos, se ponderan ciertos antecedentes en desmedro de otros, lo que en definitiva enmascara un carácter subjetivo. También, en esta etapa, se pueden apreciar anormalidades en la integración del Jurado que juzgará los antecedentes y examinará a los concursantes en las pruebas de oposición. Por tales razones, se ha acuñado el célebre adagio español:

“Para hacer oposiciones  
lo primero y principal  
es tener un tribunal  
dispuesto a hacer favores”

2 CSJN, 1/7/1957, “Peluffo, Angel A.I”, Fallos 238:183

Otras veces el llamado a concurso sirve para suprimir el puesto de trabajo o separar a una persona de su cargo. Así, se convoca para cubrir un cargo, con otro nombre y alguna pequeña variante, a una persona que responde fielmente a las directivas superiores. Tal persona desplegará su accionar transitoriamente. Posteriormente se convoca al concurso, valorando de manera particular la prestación de tales servicios.

Sin perjuicio de los inconvenientes e irregularidades que surgirían de un concurso, siempre será un obstáculo ante los arrestos arbitrarios del funcionario que quiere imponer caprichosa o nepóticamente a una persona.

Por lo demás, si bien los perfiles pueden ser manipulados y se pueden orientar en un determinado sentido, siempre será dificultoso, pues se requieren múltiples voluntades antes que la voluntad unipersonal de un funcionario. Tal vez ésta sea la razón por la que en la Administración Pública Nacional no se convoca a concurso. Así, la mayoría de las personas que han ingresado lo han hecho mediante la violación al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos<sup>3</sup>. Basta simplemente recorrer las páginas del Boletín Oficial para constatarlo; y más grave aún, esos ingresantes —en muchos casos— hasta incumplen con los requisitos de titulación para el cargo que ocupan. Si existiera una estadística (que nunca va a existir), se advertiría que los funcionarios que detentan un cargo gerencial, lo han obtenido por ser amigo o pariente de algún funcionario o autoridad política y no por su pericia técnica. Los gabinetes ministeriales y los cargos directivos están formados por amigos, compañeros de colegio, parientes o amantes.

24

- 2) Noción conceptual. El concurso es un procedimiento que, mediante pautas de publicidad, imparcialidad e igualdad, selecciona a quien ostenta mayor idoneidad para la designación en un cargo o determina la persona que recibirá un bien o servicio.

Cierta doctrina limita el concurso a la designación de un cargo. Si bien, en la mayoría de los casos, se organizan para buscar a alguien más idóneo para ocupar un cargo, esta noción es insuficiente. En efecto, la Administración puede organizar un concurso para otorgar un premio (una medalla, un diploma, un monto en dinero para la compra de material bibliográfico, etc.). En este caso, el concurso no está organizado para designar una persona en un cargo, sino para el otorgamiento de un bien.

- 3) Naturaleza jurídica. La doctrina debate en cuanto a la naturaleza jurídica de los concursos, si es un acto complejo o una serie de actos que pueden ser separados.

Es indudable que el concurso comprende estas etapas:

- Convocatoria. Signada por la publicidad. En efecto, cuando se convoca a un concurso, lo primero que debe observarse, como una derivación del principio republicano es que todos puedan acceder y tengan información adecuada sobre las bases concursales, lo cual sólo será posible, si se da a publicidad adecuadamente. Llama la atención que los concursos docentes de la Universidad de Buenos Aires o de las Universidades Públicas no se publiquen en el Boletín Oficial. ¿Cuál es la razón para no publicar un acto administrativo de un ente autárquico?

3 v. Barraza, Javier Indalecio, "La Administración Pública y un principio olvidado", artículo publicado en Revista Jurídica LA LEY-Suplemento Actualidad del 2 de octubre de 2008.

- Admisión. caracterizada por la igualdad. En esta fase todos deben concurrir en un pie de igualdad, se deben otorgar los mismos plazos, se deben valorar adecuadamente e igualitariamente las condiciones personales de cada uno de los que se han anotado al concurso.
- Evaluación. Cuyo rasgo distintivo es la idoneidad. Esta etapa es también conocida como de “antecedentes y oposición”. Se evalúan por parte del Jurado los antecedentes de los concursantes y se examina la prueba oral. En esta fase del concurso lo esencial es que prevalezcan los que ostentan mayor idoneidad. A veces, los Jurados hacen prevalecer la oposición por sobre los antecedentes. En este caso, resulta claro que se están violentando las bases concursales, pues se daría el caso que el que empezó ayer podría acceder a un cargo, alegando para ello que su prueba oral fue satisfactoria. Lo que debe evaluar el Jurado son los antecedentes y la prueba de oposición.

Por lo demás ¿Puede una persona en 20 minutos –tal el tiempo promedio de las oposiciones– exponer adecuadamente acerca de un tema que ofrece dificultades técnicas y científicas como son los temarios de los concursos?

- Designación. Basada en la idea de satisfacer el interés público, lo que en el caso se traduce en el alto *expertise* y la excelencia de la función pública. Al momento de designar un empleado público, lo que debe guiar a los cuerpos colegiados que deben dirimir quien es el más apto, deben evitar que prevalezcan factores políticos por encima de la idoneidad. En definitiva el acto administrativo de designación debe tener en mira la excelencia, la cual sólo será posible si se nombra a la persona que mejores antecedentes y mayor pericia técnica ostenta. Si prevalece la pertenencia a un grupo político partidario, pues entonces, se estaría desviando seriamente las bases del concurso.

- 4) ¿Acto complejo o separable? Como se puede advertir, el concurso comprende varias etapas. Cabe preguntarse ¿Se trata de un acto complejo o es simplemente una sucesión de actos, cada uno separables entre sí?

Al respecto, hay dos tendencias en el derecho continental europeo. Por un lado, encontramos la tesis de la indivisibilidad, de origen francés, considera que el concurso es un todo homogéneo, y si una de las fases del mismo ostenta una irregularidad, pues entonces cae el concurso. La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha seguido esta línea doctrinaria y denominó a esta cuestión “la indivisibilidad de las operaciones del concurso” (Jéze, 1936, pp. 464 y ss.).

Por otro lado, la tesis de la separabilidad. De cuño italiano, estima que si en un concurso una de las fases que lo componen ostenta alguna irregularidad, ello no puede viciar los actos anteriores y sucesivos, los que quedan inmunes, salvo en el caso de que éstos se encuentren con aquél en una relación de causa a efecto.

La CSJN resolvió un conflicto entre la Universidad Nacional de La Pampa y la Prof. Mónica Boeris, en el que se entendió que los actos del concurso pueden ser impugnados individualmente, adhiriendo a la tesis de la separabilidad.

## 2.7 Lo económico

Tampoco es posible abordar la cuestión, bajo pautas económicas, pues no tenemos cifras que nos informen exactamente cuánto se gasta en empleados estatales. Ni mucho menos, podemos saber los sueldos que percibe un agente o funcionario.

En fin, necesitamos contar con cifras para responder a estas preguntas: ¿Cuántos empleados tiene el Estado? Me refiero a los tres órganos de gobierno, legislativo, ejecutivo y judicial. Esa cifra no es posible conocerla. Resulta paradójico, pero se habla de derecho a la información, de inteligencia artificial, pero este dato –que solo requiere contar– no es posible saberlo. Diría más, es una cifra secreta, que nunca se supo, no se sabe, ni se sabrá, pues aquí asoma la corrupción en los distintos niveles de gobierno.

Por último, desconocemos ¿Cuánto se gasta en sueldos estatales? ¿Las tareas que cumplen los funcionarios o agentes son eficientes? En fin, múltiples cuestiones, que deberían ser medidas y cuantificadas, pero no hay voluntad política para tal fin. Se oculta lo que no conviene.

## 2.8 Nepotismo

El otro aspecto que no se ha estudiado en el empleo público es la cantidad de parientes, amigos y amantes que acceden a la función pública. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los cursos que dicto, los alumnos admiten en un 97% que para acceder a aquella se requiere un contacto, antes que pericia técnica.

En el ámbito de la Secretaría Legal y Técnica se constataron más de cien designaciones sin concurso de parientes y amigos del titular de ese organismo<sup>4</sup>. Eso sin tener en cuenta que no podemos saber el número real. Desde mi experiencia, he podido ver cómo se designó al titular del área de jurídicos por ser vecino del country del Subsecretario Técnico.

## 2.9 Enriquecimiento ilícito

Otro aspecto del que no se habla es el grado de enriquecimiento con el que salen los empleados estatales. Esto debe ser motivo de una regulación especial. ¿Cómo es posible que desde 1983 hasta 2022 solo se hayan pronunciado diez condenas?<sup>5</sup>

En este punto, deberíamos rever el mecanismo judicial, los obstáculos administrativos, y un sistema probatorio que no nos permite condenar. En efecto, si un funcionario gana mil pesos mensualmente al año solo puede tener doce mil. De ninguna manera puede tener un millón de dólares de patrimonio. Con una simple operación matemática podríamos demostrar esta circunstancia, pero nadie quiere abordar la cuestión. Bajo

4 Cít. “Zannini nombró cien parientes y amigos como funcionarios”, Diario La Nación del 11 de diciembre de 2016, [https://www.clarin.com/politica/zannini-nombro-parientes-amigos-funcionarios\\_0\\_Bkakd-9me.html](https://www.clarin.com/politica/zannini-nombro-parientes-amigos-funcionarios_0_Bkakd-9me.html); y “El nepotismo, una plaga sin freno en la política argentina”, Diario Infobae del 9 de mayo de 2014, <https://www.infobae.com/2014/05/09/1563127-el-nepotismo-una-plaga-freno-la-politica-argentina>

5 Los condenados por casos de corrupción, desde 1983 hasta el 31 de enero de 2022, son los siguientes: Carlos Menem, Ricardo Jaime, Juan Pablo Schiavi, Domingo Cavallo, Felisa Miceli, María Julia Alsogaray; José Manuel Pico, Amado Boudou, Julio De Vido y Ricardo Jaime. Se podría decir, para distorsionar las cifras, que en la Administración la corrupción es mínima, pues son muy pocos los casos en los que fue necesario condenar. Por lo demás, la justicia funciona bien, pues hasta llegó a condenar a un expresidente y un vicepresidente (casos Menem y Boudou, respectivamente). Desde otra perspectiva, sabemos que esto no es así, pues tenemos una visión negativa de la Administración Pública y del órgano judicial.

la argucia de la plena prueba, vemos absortos cómo crecen desmesuradamente los patrimonios de los agentes.

## 2.10 Mediciones de eficiencia

Por último, un aspecto que debería incorporarse en el ámbito de la función pública son mediciones de eficiencia. Existen organismos que no pueden justificar su accionar<sup>6</sup>, ni la razón de su creación. Por otra parte, los organismos que son esenciales para la vigencia del Estado de Derecho como es un servicio jurídico, carecen de personal idóneo. Basta simplemente mirar el Boletín Oficial para advertir cómo ingresan abogados sin el menor conocimiento de Derecho Administrativo.

En los servicios jurídicos, se puede observar letrados sin pericia técnica, que no saben redactar un dictamen, ni siquiera saben el concepto. Yo he escuchado decir a varios letrados algunas de estas frases:

- “un dictamen es acompañar una gestión”
- “un dictamen debe ser autosuficiente”
- “hacé un dictamen lavado”
- “que el dictamen diga ni”

En consecuencia, se escriben muchas hojas, creyendo que de esa forma se hace un buen dictamen.

En otros casos, he visto frases vacías de contenido con las que concluye un dictamen jurídico, a saber:

“de compartir la superioridad el criterio expuesto, la medida se encontrará en condiciones de proseguir su trámite”.

Esa frase demuestra la insignificancia de un servicio jurídico.

Hoy lo que se hace en la Administración Pública es controlar el horario, mediante sistemas electrónicos.

Los nuevos jefes para justificar su nueva posición jerárquica y dada su impericia, ciñen su accionar al control del horario, la corrección de errores ortográficos, o peor a constatar el cumplimiento de meras formalidades en los escritos administrativos. He conocido una persona con un cargo jerárquico, que se dedicaba a controlar que se escribiera el vocablo “ley” con mayúscula. Esa era su gran tarea. Por lo demás, esa persona como tenía miedo de emitir instrucciones, se comunicaba vía correo electrónico, aunque el personal estuviera enfrente suyo. Esto no mejora la eficiencia de la función pública, sino que hace más angustiada la situación de los agentes.

Cuantas veces, quienes hemos transitado los oscuros pasillos de la Administración Pública, hemos visto jefes sin dirigidos, o superiores (que por una estructura bondadosa o creada por algún amigo) realizan las mismas faenas que sus regidos, limitan su tarea al

6 El caso del Astillero Río Santiago es un ejemplo de la ineficiencia –entre otras cuestiones– se cree que desde 2008 no ha construido ningún barco (v. [https://tn.com.ar/politica/astillero-rio-santiago-la-caja-negra-de-la-politica-y-el-sindicalismo\\_886162](https://tn.com.ar/politica/astillero-rio-santiago-la-caja-negra-de-la-politica-y-el-sindicalismo_886162)).

control del horario, la corrección de errores ortográficos, a repartir expedientes, organizar el mobiliario del área, o donde se puede poner una maceta, funciones intrascendentes para lo que debe ser un líder de la Administración. Si a esos mismos jefes se les preguntara sobre los nuevos aspectos del derecho administrativo y las nuevas tendencias del procedimiento administrativo, seguro que no sabrían responder.

Por lo demás, el control del horario es un derroche de tiempo, dinero y energía. Se trata de un procedimiento anacrónico, pues el mundo ya avanzó hacia el teletrabajo, hacia modalidades laborales fluidas, dinámicas y cambiantes. No obstante, muchos consideran que la eficiencia se logra mediante un control severo del horario, con un reloj electrónico. El horario resultaba crucial durante la Revolución Industrial, en el siglo XIX, pues el proceso de producción no podía detenerse, esto se lograba mediante una conexión vital: el hombre y la máquina; pero en el siglo XXI, seguir sustentando esta idea es perverso e indigno de la condición humana.

De ninguna manera propicio la falta de control, por lo contrario, deberían existir severos controles. ¿Qué debería controlarse? En el caso de los abogados del Estado debería controlarse esto:

- grado de actualización en la ciencia jurídica,
- tiempo que tardan en realizar un dictamen y su complejidad técnica,
- aportes a la ciencia jurídica,
- grado de actualización del material utilizado.

■ Pero para eso, no hay un reloj, sino que se requiere jefes con pericia técnica, y altamente especializados, para fijar las variables del control y algún método para matematizar y cuantificar el desempeño de los agentes.

### 3. El orden jurídico positivo

#### 3.1 Decreto-ley 6666-1957

La primera regulación legal del empleo público fue mediante el decreto-ley 6666 del 17 de junio de 1957 (ratificado por la ley 14.467). Hasta ese momento el tema fue una construcción pretoriana escasa y limitada a un aspecto: el cobro de haberes. El mérito de este decreto-ley fue el reconocimiento de la estabilidad del empleado público. Asimismo, constituyó un verdadero Estatuto con derechos y obligaciones.

También, surge algo fundamental, la diferencia entre empleo público y empleo privado. El primero está amparado por la estabilidad; el segundo, contra la arbitrariedad del empleador. El empleo público tiende a la conservación y continuidad del empleo; el empleo privado solo goza de una protección patrimonial.

### 3.2 Ley 14.250

Con esta ley surgen los primeros esbozos por trasladar principios del derecho laboral al ámbito público. Así, se celebró un Convenio Colectivo de Trabajo para el personal de la Dirección General Impositiva y la Dirección Nacional de Aduana.

### 3.3 Ley 22.140

Con la sanción de esta ley se deroga el decreto-ley 6666/1957 y se establece el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública

### 3.4 Convenio 154

Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Posteriormente, fue ratificado por la ley 23.544 (promulgada el 11 de enero de 1988). El referido acuerdo fomenta de la negociación colectiva.

El artículo 2º del citado Convenio dispone que “en el ámbito de la Administración Pública, se hará efectivo en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública en la cual se fijarán las modalidades particulares para la aplicación del aludido convenio”.

### 3.5 Ley 24.185

Estableció las pautas para la negociación colectiva de los trabajadores del Estado. En virtud de esta ley, se puede afirmar que existen dos tipos de convenciones:

- convenciones que celebran los trabajadores y empleadores en el ámbito privado.
- convenciones colectivas de los agentes de la Administración.

a) Aspectos excluidos. La ley, en su artículo 2º, excluyó de sus disposiciones a los siguientes funcionarios:

- Presidente, Vicepresidente de la Nación, y Procurador General de la Nación;
- Fiscal General de Investigaciones Administrativas y los Fiscales Adjuntos
- Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo de la Nación, el Procurador del Tesoro de la Nación, funcionarios superiores y asesores de gabinete;
- Las personas que, por disposición legal o reglamentaria emanadas de los poderes del gobierno, ejerzan funciones asimilables o de jerarquía equivalente a los cargos mencionados;
- El personal militar y de seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía Federal, Servicio Penitenciario Federal u Organismos asimilables;
- El personal diplomático comprendido en la Ley de Servicio Exterior, que reviste en jerarquías superiores que requieran acuerdo del Senado;
- El Clero Oficial;

- Las autoridades y funcionarios directivos o superiores de entes estatales u organismos descentralizados nacionales;
  - El personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades cuando así lo resolviere el Poder Ejecutivo Nacional mediante resolución fundada;
  - Los sectores de la Administración Pública Nacional que a la fecha de la sanción de esta ley se encuentren incorporados al régimen de las convenciones colectivas de trabajo, a no ser que por acuerdo de las partes se optara por el sistema que aquí se establece.
- b) Organización interna. En otro orden, también está excluido de las previsiones de la ley todo lo relativo a cuestiones de organización interna de la Administración, tal el caso del ingreso o lo concerniente a la estructura interna.

### 3.6 Ley 25.164

Denominada “ley marco de regulación de empleo público nacional”, consta de 10 capítulos, a saber:

- Marco normativo y Autoridad de aplicación
  - Requisitos para el ingreso
  - Naturaleza de la relación de empleo público
  - Derechos
  - Deberes
  - Sistema Nacional de la Profesión Administrativa
  - Régimen disciplinario
  - Recurso judicial
  - Causales de egreso
  - Fondo Permanente de Capacitación y Recalificación Laboral
- a) Cláusula de garantía. El artículo 1° del Anexo de la referida ley dispone que el empleo público queda sujeto a los principios generales que establece la ley. Asimismo, dichos principios deben ser respetados en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la ley 24.185.

Finalmente, el citado artículo dispone que los derechos y garantías acordados a los trabajadores que integran el servicio civil de la nación constituyen “mínimos” que no pueden ser desplazados en perjuicio de estos en las negociaciones colectivas

- b) La objeción de Luqui. Señala que hubiera sido lógico que al sancionarse una Ley marco del empleo público nacional, cuyas disposiciones deben ser respetadas en las “negociaciones” colectivas que se celebren en el marco de la ley 24.185, abarquen a todas las convenciones colectivas de los agentes públicos” (Bielsa, 2017, p. 1311).

## 4. Evolución jurisprudencial

### 4.1 De un acto de imperio a lo contractual

Cuando el Estado designaba a un empleado esto era entendido como un acto de imperio estatal. Es decir, la persona ingresaba y quedaba sometida a una relación especial de sujeción.

Así, se dijo que el ingreso al empleo público implicaba el tácito acatamiento por parte del ingresante (CSJN, 23/10/1942, Fallos 194:111). Posteriormente, se afirmó que: “Las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual inviste al empleado nombrado, que acepte su designación, de la función pública, reglamentada por leyes, decretos y resoluciones del Superior, que establecen sus deberes, atribuciones y derechos y que, en su conjunto, constituyen el derecho administrativo que le es aplicable” (CSJN, 27/6/1951, Fallos 220:383).

Luego de ello, la idea del imperio del Estado fue desplazada y prevaleció la noción de la naturaleza contractual del empleo público. Desde esta perspectiva, la voluntad del agente resultaba esencial para la existencia de esa relación jurídica. Esto se puede apreciar en los fallos “Chedid” (CSJN, 14/2/1997, Fallos 320:74) y “Guida” (CSJN, 2/6/2000, 323:1566).

### 4.2 El derecho a la carrera administrativa

Una vez superada la idea del acto de imperio, se empieza a elaborar lo relativo al derecho a la carrera administrativa. En el caso “Madorrán” (CSJN, 3/5/2007, Fallos 330:1989) se dijo que los empleados públicos gozan del derecho a la estabilidad y a la carrera administrativa, lo cual encuentra sustento en el art. 14 bis de la CN, la que posee carácter operativo.

### 4.3 La estabilidad del empleado público

Este derecho está previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Implica el derecho a no ser privado del cargo, salvo fundadas razones y mediante un sumario administrativo.

La estabilidad surgió como consecuencia de una práctica, por medio de la cual cuando cambiaba un gobierno se procedía a prescindir de los servicios de los agentes. A partir del decreto 6666/1957 y luego con la incorporación de la estabilidad en el artículo 14 bis de nuestro Texto Fundamental, se intentó evitar aquella situación.

El objetivo era proteger al empleado público frente a los arrestos arbitrarios de las autoridades políticas y mantenerlo al margen de los avatares y vicisitudes de la vida política. También, se intenta crear un grupo de empleados y funcionarios que –ajenos a la actividad política– puedan brindar su *expertise* técnico en la buena marcha de la Administración.

Nuestro Máximo Tribunal reconoce este derecho en los casos “Madorran” (CSJN, 3/5/2007, Fallos 330:1989); “Ruiz, Emilio” (CSJN, 15/5/2007); “Delfino, Laura” (CSJN, 9/3/2011, Fallos 334: 229) y “Granillo Fernández” (CSJN, 14/8/2012, Fallos 335:1523).

#### 4.4 Personal contratado

En la Administración desde 2003 se ha incrementado el número de personal bajo formas precarias (planta transitoria o contratados). Esta circunstancia obedece a que se designan diariamente personas violentando un principio republicano: el acceso a la función pública mediante concurso de antecedentes y oposición. Asimismo, porque las personas que ingresan carecen del *expertise* y el grado de titulación para ocupar el cargo.

En una primera etapa la CSJN tuvo una posición negatoria a reconocer algún tipo de indemnización al personal contratado que concluía su vínculo contractual. Posteriormente, se modificó este criterio a partir del caso “Ramos” (CSJN, 6/4/2010, Fallos 333:311)

- a) Postura negatoria. El Alto Tribunal consideró que cuando una persona que había desplegado funciones como contratado y concluía el pacto, no tenía derecho a indemnización alguna.

Esta postura se fundaba en el hecho de que la persona se había sometido voluntariamente a un régimen jurídico, de lo cual se derivan algunas consecuencias:

- inequívoco acatamiento a un régimen inestable
- imposibilidad de reclamar los derechos emergentes de la estabilidad
- si se admite el reclamo del particular se violentaría el principio *venire contra factum proprio*

Este criterio se puede apreciar en “Filgueira de Álvarez” (Fallos 310:2117); “Galeano” (Fallos 312:1371) y “Gil” (Fallos 312:245)

A tal fin, se aplicó la doctrina de los actos propios. Estas circunstancias impedían formular reclamo alguno.

- b) El reconocimiento de una indemnización. Con el correr del tiempo nuestro Máximo Tribunal modifica el criterio, y sienta las bases para que le reconozca algún tipo de indemnización al personal que ha prestado funciones bajo un régimen contractual.

- 1) Caso “Ramos”. El actor trabajó como contratado de la Armada Nacional durante veinte años. Luego, por razones presupuestarias no se le renovó el contrato. Ante tales circunstancias se demandó al Gobierno Federal y se solicitó una indemnización.

La CSJN sentó que si corresponde indemnización, se debe determinar el tipo y monto.

Los argumentos del Máximo Tribunal se pueden resumir así:

El actor contratado realizaba las mismas tareas que el personal estable. Por lo demás, aquel era calificado anualmente; se le reconocía antigüedad y gozaba de los servicios sociales del empleador (considerando 4º).

Por otra parte, el Máximo Tribunal señaló que se había violado el régimen vigente, el que permitía la renovación contractual hasta los cinco años. En consecuencia, se consideró que la Administración había utilizado la figura del contratado “con una evidente desviación de poder que tuvo por objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo indeterminado” (considerando 5°).

En otro orden, el Alto Tribunal señaló que las renovaciones contractuales durante un largo tiempo generaron en el demandante la legítima expectativa a permanecer en el cargo (considerando 6°).

Por otro lado, la CSJN desecha la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico (fallo “Gil”) en tanto el actor no había cuestionado el régimen aplicable, sino el incumplimiento de los límites temporales establecidos por el orden jurídico y la consiguiente obligación del transgresor, en el caso, el Estado Nacional (considerando 7°).

Luego de ello, se señaló que no le correspondía al demandante el derecho a la reincorporación, pues eso vulneraría el régimen de la función pública. Aquí la CSJN diferencia el personal permanente y el contratado. Los primeros están amparados por la estabilidad; los segundos no. En efecto, los trabajadores de planta permanente tienen estabilidad, pues han sido incorporados cumpliendo los requisitos de idoneidad y de selección y su salario está previsto en el Presupuesto. Los segundos no cumplen con estas exigencias (considerando 8°).

Finalmente, la CSJN dado que no existía previsión legal para determinar la indemnización se aplica por analogía el artículo 11 de la ley 25.164 (considerando 9°)

- 2) La línea de “Ramos”. Posteriormente, la CSJN reitera el criterio sentado en “Ramos”, en los siguientes casos “Cerigliano, Carlos F c/GCBA” (CSJN, 19/4/2011, Fallos 334:398); “González, Lorenzo c/Bco de la Pcia. de Buenos Aires” (CSJN, 8/10/2013, Fallos 336:1681) y “Martínez, Adrián c/Univ. Nacional de Quilmes” (CSJN, 6/11/2012, Fallos 335:2219).

#### 4.5 La nacionalidad

El tema de la nacionalidad para el ingreso a la función pública es un tema delicado, del que muchas personas no quieren hablar por temor a ser consideradas xenóforas o discriminadoras. Es más, existen temas que son altamente delicados del que la mayoría no quiere opinar libremente, tales como la raza, la religión, el sexo, la nacionalidad, la edad, el aborto, el derecho a portar armas, etc.

Nuestros fallos judiciales para responder a esta cuestión han elaborado el concepto de “categorías sospechosas”, por el cual ciertas regulaciones que afectan derechos fundamentales se presumen inconstitucionales.

- a) Repetto. En este caso (CSJN, 8/11/1988, Fallos 311:2272), se declaró inconstitucional un reglamento de la provincia de Buenos Aires que estableció el requisito de nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia. Por aplicación de aquel, se le impidió a una persona de nacionalidad estadounidense –aunque con residencia desde los tres

años en el país – que se desempeñara como Profesora de Educación inicial (lo que usualmente se denomina “maestra jardinera”)

El Máximo Tribunal destacó que cuando surge una distinción puede afectar los derechos fundamentales (v. gr. nacional o extranjero) surge una presunción de inconstitucionalidad. Para desvirtuar esa presunción existen dos requisitos se debe probar que existe un interés estatal urgencia y que la medida adoptada es razonable.

- b) Calvo y Pesini. La Lic. en Psicología, Rocío Calvo y Pesini (CSJN, 24/2/1998, Fallos 321:194) de nacionalidad española cuestionó la constitucionalidad del artículo 15 de la ley 7625 de Córdoba, lo que le impedía ingresar como personal permanente al régimen del “equipo de salud humana” de la referida provincia.

En primer lugar, la Corte reseña los argumentos que fijó en Repetto (considerando 5°)

Luego, de ello señala que el principio general que consagra el art. 16 en favor de los habitantes y el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión, es un rasgo predominante de la vocación igualitaria de la Constitución. En este sentido, se requiere para establecer una diferencia una justificación suficiente del artículo cuestionado, lo cual no fue satisfecho por la demandada, limitada a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal.

- c) Hooft. En este caso (CSJN, 16/11/2004, Fallos 327:5118), el actor había nacido en Utrech, Holanda. Luego se naturalizó como argentino. Posteriormente, consideró que la Constitución bonaerense establecía una limitación inconstitucional para el acceso al cargo de magistrado.

En primer lugar, la CSJN señala que el demandante es discriminado por la Ley Fundamental bonaerense, no por ser argentino, sino por ser argentino “naturalizado”. No por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad. En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal) (considerando 4°)

La CSJN consideró que el artículo 177 de la Constitución bonaerense se encuentra afectado por una presunción de inconstitucionalidad. En efecto, dicho artículo establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor). Dicha presunción sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique (considerando 2°, segundo párrafo)

Por otra parte, el Máximo Tribunal dijo que esa presunción o sospecha de ilegitimidad, desplaza la carga de la prueba (considerando 4°)

En otro orden, señaló que la mencionada presunción sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. Los primeros deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los

promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

- d) Gottschau. La actora se inscribió en un concurso organizado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para acceder al cargo de secretaria judicial. Sin embargo, dicha inscripción le fue rechazada debido a que no cumplía con el requisito de la nacionalidad. En efecto, la demandante era una ciudadana alemana. Ante tales circunstancias, interpuso un recurso administrativo, cuyo resultado fue adverso.

La CSJN para resolver esta cuestión se remite a lo resuelto en el caso “Hooft” y señala que el origen nacional es una categoría sospechosa (considerando 5º, segundo párrafo)

Posteriormente, el Máximo Tribunal aclara que el art. 20 de la Constitución Nacional y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros en lo que hace al goce de los derechos que la norma enumera no está en juego en autos: aquí, de lo que se trata, es del derecho a acceder a un empleo público (considerando 3º)

Luego de ello, se señala que lo que aquí está en juego es el artículo 16 de la Constitución Nacional que dispone todos son iguales ante la ley y admisibles en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas (considerando 4º)

Por otra parte, la CSJN destaca que la demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad argentina a un secretario de primera instancia era razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debió acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado como es, por ejemplo, la jurisdicción que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.

- e) Mantecón Valdés. El demandante de nacionalidad cubana le fue desestimada su participación en un concurso para bibliotecario de la CSJN. Aquí se declaró la invalidez del acto administrativo y la inconstitucionalidad del reglamento que dio base a esa decisión (CSJN, 12/8/2008, Fallos 331:1715).
- f) Pérez Ortega. La actora había sido designada en la planta permanente de la Cámara de Diputados de la Nación. Posteriormente, el Presidente de la referida Cámara revocó el nombramiento, porque no cumplía con el requisito de la nacionalidad para ingresar, tal como lo disponía el art. 7º, inc. d), de la ley 22.140 (CSJN, 21/2/2013, Fallos 336:131).

- 1) Sentencia de primera instancia. El juez de grado rechazó la acción interpuesta. En primer lugar, consideró que si la actora consideraba inconstitucional aquella disposición de la ley 22.140, tendría que haberla cuestionado al iniciarse el vínculo de empleo público porque “el voluntario sometimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su ulterior impugnación”.

En segundo término, el magistrado entendió que había existido conocimiento del vicio. En consecuencia, la designación podía revocarse en sede administrativa dado que el art. 9° de la ley 22.140, señala que “Las designaciones efectuadas en violación a lo dispuesto en los arts. 7° y 8°, o de cualquier otra norma vigente, podrán ser declaradas nulas, cualquiera sea el tiempo transcurrido”.

- 2) Sentencia de Cámara. Declaró desierto el recurso impetrado por la demandada contra la sentencia, al entender que no se había rebatido adecuadamente el argumento de la aplicación de la teoría de los actos propios.
- 3) Fallo de la Corte. En primer lugar, la CSJN se remite a los fundamentos de la Procuración General de la Nación y se basa en los precedentes “Calvo y Pesini” y “Gottschau”.

Luego de ello, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional y 11, punto 1.3, de la resolución 1331/2004, y se declaró la nulidad de la resolución por la cual se denegó al actor la inscripción en el concurso (art. 16, segunda parte, de la ley 48). En suma, se admitió la acción de amparo.

#### 4.6 Edad

Esto también constituye otra de las discusiones que corresponde solucionar. En el caso Argüello (CSJN, 16/11/2004, Fallos 327:5002), se trató de una persona que por su edad debía egresar del ámbito universitario como docente.

- a) Hechos del caso. Luis Rodolfo Argüello había sido designado profesor por concurso en 1987. Posteriormente, antes de que finalizara el plazo de su cargo, fue elegido vice decano y luego decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Dicho mandato concluyó en 1998.

Cabe señalar, que el concurso y su consecuente nombramiento se realizaron bajo el imperio de las normas vigentes en 1987. Más tarde su situación jurídica se modificó dos veces.

- b) Modificación de la situación jurídica. El demandante sufrió dos modificaciones a su situación jurídica. La primera vez en 1995, con la aprobación del nuevo Estatuto Universitario, dictado en virtud de la ley 24521. En esa oportunidad, el actor resultó favorecido, por cuanto se le concedía una prórroga equivalente al tiempo por el que cumplió sus funciones como vicedecano y decano (conf. artículo 55 de la citada ley).

La segunda vez, el cambio perjudicó los intereses del actor. En efecto, la Resolución N° 11/96 del Consejo Superior de la UNT estableció que en ningún caso el docente podrá continuar en actividad después de haber cumplido setenta años (art. 21 del Anexo).

En suma se trata de un docente que con un sistema jurídico debería permanecer en su cargo y con el otro resultaría jubilado.

- c) Argumentos de la CSJN. El Máximo Tribunal se remite a los fundamentos esgrimidos por la Procuración General de la Nación. En primer lugar, señala que la fijación de los límites temporales para el nacimiento o la extinción de los derechos, cuando se produce un cambio en el régimen jurídico, es un recurso legítimo, con el que no se

vulnera la igualdad constitucional (doctrina de Fallos: 278:108 y 300:893, entre otros) y que la modificación de las normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a su inalterabilidad (doctrina de Fallos: 283:360; 315:839 y muchos más).

En segundo lugar, se destaca que si se admite la pretensión del actor esto implicaría la aplicación parcial del ordenamiento jurídico, que sólo produciría efectos en aquellos aspectos que conllevan beneficios y no en aquellos que perjudican su situación.

En tercer término, se dijo que la Resolución N° 11/96, sólo prevé que las excepciones a la regla que sienta deben ser resueltas por el Consejo Superior (v. art. 101), sino que, además, expresa en forma categórica “En ningún caso”. Tampoco, cabe endilgarle una supuesta contradicción con las disposiciones del Estatuto Universitario, toda vez que ambos regulan distintas hipótesis. El Estatuto fija un derecho de los docentes que se desempeñen como decanos y vice decanos; la reglamentación fija un tope de edad, límite que no parece irrazonable.

En fin, una adecuada interpretación permite concluir que gozarán del beneficio previsto por el art. 55 del Estatuto quienes se encuentren en la situación allí descrita siempre que no hubieran cumplido la edad de setenta años. Los que cumplen esa edad deben cesar en sus funciones.

#### 4.7 Remuneración

Este es un aspecto que siempre ha preocupado a los agentes, sobre todo en aquellos supuestos en que se cobran sumas no remunerativas. En el caso “Cello” (CSJN, 25/4/2023), la actora interpuso una demanda a fin de que se declarara la nulidad de una serie de actos administrativos y se incorporaran en el rubro sueldo las sumas de dinero que cobraba desde 1991 bajo el rubro “Estímulo, contracción al trabajo, presentismo, incentivo”.

a) Hechos. La actora señaló que –de acuerdo con el régimen de cooperación técnica y financiera creado por las leyes 23283 y 23412– a los agentes de la Planta Permanente de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, y de otros órganos o entes del Ministerio de Justicia deben otorgárseles incentivos para la asistencia a cursos y jornadas que los capacite y perfeccione.

Por otra parte, manifestó que durante veintinueve años percibió esos montos, pero nunca se cumplieron con las actividades de capacitación.

En suma, el pago del incentivo no cumplió con los fines previstos en las leyes de creación, por lo que corresponde asignarle carácter remunerativo, conforme lo establecido por el artículo 6° de la ley 24.241

b) Argumentos de la CSJN. Señala su doctrina tradicional sobre el carácter remunerativo. Así recuerda que poseen carácter remunerativo aquellos adicionales cuyo pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal, en la medida en que se dispuso su pago habitual y general juntamente con los haberes mensuales. Así, la naturaleza jurídica de un suplemento salarial se

determina objetivamente, de acuerdo al modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, sin depender de las necesidades presupuestarias (Fallos 326:4076).

- 1) Pruebas. El Máximo Tribunal señala hechos que están probados
  - Percepción de la asignación con regularidad por más de veinte años
  - Disposición del Secretario de Justicia del pago de incentivos con carácter general desde el 1° de febrero de 1987.
  - Numerosos procesos similares, donde surge el carácter generalizado estos incentivos
  - Informe de la SIGEN sobre la generalización de estos incentivos
  - Falta de pruebas del Gobierno Federal que los incentivos son excepcionales, precarios y discrecionales
- 2) Significación económica. Los incentivos constituyen una parte sustancial del sueldo, no son sumas meramente accesorias o adicionales, circunstancia que la CSJN ha considerado relevante para determinar si un suplemento constituye parte del sueldo.
- 3) Naturaleza del empleo público. La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan.
- 4) Aumento encubierto del sueldo. Luego de ello, la CSJN destaca que: "...la demandada utilizó una figura jurídica autorizada legamente para propender a la capacitación y perfeccionamiento de los agentes para, en definitiva, acrecentar con habitualidad, generalidad y permanencia sus salarios...circunstancia que permite otorgar a tales asignaciones la condición de parte integrante del haber mensual de los agentes públicos.
- 5) Origen de los fondos. También, se discutió que dado que los fondos con los que se pagan son de origen privado, ello generaba dudas sobre el carácter remunerativo del sueldo. A este argumento el Máximo Tribunal señaló: "...esos fondos, si bien no se incorporan de un modo formal en el presupuesto nacional, poseen un origen y un destino vinculados con cometidos públicos. Para ser aplicados a la finalidad pública determinada por el legislador, ingresan al Ministerio de Justicia con afectación específica" (considerando 14). También, señala que esos fondos están sujetos al control del Estado.
- 6) Carácter salarial. Por último, se dijo: "negar el carácter salarial de sumas regularmente percibidas por el agente dependiente del Estado por la mera invocación de dificultades en el control del sistema mediante el que ellas son obtenidas, significaría consentir que se lesionen los derechos de aquel por circunstancias que le son ajenas, incumpliendo el deber enunciado en los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador de un retribución justa".

## 7. Algunas reflexiones

Como se ha podido observar el empleo público necesita una reformulación conceptual. Pensar que una persona pueda ingresar a la Administración Pública sin concurso afecta la moral y desmotiva. Debemos propiciar la obligatoriedad de los concursos y objetar a quienes ingresan por mecanismos irregulares. Si bien, el orden jurídico positivo es claro, debemos reiterar esta exigencia fundamental para la vigencia del Estado de derecho. En efecto, cuando alguien ingresa a la Administración Pública sin concurso, lo que hace es violentar un principio fundamental: la igualdad.

Por otra parte, el mecanismo de promociones, mediante el nepótico índice, los privilegios injustos y las arbitrarias discriminaciones, todo contribuye a devastar esa pretendida carrera administrativa.

En otro orden, aplicar principios de derecho laboral al empleo público no es conveniente. El empleo privado está guiado por el afán de lucro con un patrón que toma decisiones personales, el empleo público está orientado a la consecución del interés general y el jerarca de la Administración no puede –de ninguna manera– tomar decisiones personales, sus decisiones deben cumplir con las exigencias del orden jurídico positivo, con los elementos del acto administrativo. Si bien, ambos empleos constituyen trabajo, en el caso del empleo público este requiere modulaciones y debe ser objeto de un tratamiento especial. El ámbito en el que se despliegan uno u otro; los fines que se persiguen, la relación especial de sujeción a la que se somete el empleado público, la forma en que se lo puede exonerar o cesantear, todo hace que uno u otro empleo sean diferentes, aunque el ojo del jurista desatento pretenda que son iguales.

Sé de lo utópico que es propiciar una Administración Pública eficiente y con funcionarios que accedan por concurso de antecedentes y oposición. Soy consciente de la distancia que existe entre lo intelectual y lo real, donde reina la corrupción y los desvaríos constitucionales. Sin embargo, confío en el tamaño de nuestros juristas, que será mucho más grande y extenso, que este artículo que intenta lograr nuestros anhelos.

## Referencias bibliográficas

Bielsa, R. (2017). *Derecho Administrativo*, 7ª edición, actualizada por Roberto Luqui, Buenos Aires, La Ley, t. III.

CSJN, 23/10/1942, “Labella de Corso, Gilda c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” Fallos 194:111.

CSJN, 27/6/1951, “Gerlero, Joaquín c La Nación” Fallos 220:383.

CSJN, 8/11/1988 “Repetto, Inés María c/Pcia. de Buenos Aires”, Fallos 311:2272.

CSJN, 14/2/1997, “Chedid, Gabriela” Fallos 320:74.

CSJN, 24/2/1998, “Calvo y Pessini, Rocío c/Pcia de Córdoba” Fallos 321:194.

CSJN, 2/6/2000, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 323:1566.

---

CSJN, 16/11/2004, “Argüello, Luis Rodolfo c/Univ. Nacional de Tucumán” Fallos 327:5002.

CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Fallos 327:5118.

CSJN, 3/5/2007, “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación” Fallos 330:1989.

CSJN, 15/5/2007, “Ruiz, Emilio”.

CSJN, 12/8/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)” Fallos 331:1715.

CSJN, 6/4/2010, “Ramos, José Luis c/Est. Nac.-Min. de Defensa- ARA s/indemnización por despido” Fallos 333:311.

CSJN, 9/3/2011, “Delfino, Laura Virginia c/Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos” Fallos 334: 229.

CSJN, 19/4/2011, “Cerigliano, Carlos Fabián c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, Fallos 334:398.

CSJN, 14/8/2012, “Granillo Fernández, Alejandro c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, Fallos 335:1523.

CSJN, 21/2/2013, “Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación” Fallos 336:131.

CSJN, 8/10/2013, “González, Lorenzo Ramón c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa. Fallos 336:1681.

CSJN, 25/4/2023, “Cello, María Mónica c/ EN – M° Seguridad – disp. 268/09 212/10 s/ proceso de conocimiento”.

Jéze, G. (1936). *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, París, Marcel Giard, t. II.

Igal GUERTEIN BABIC

Universidad de Montevideo (Uruguay)

guerteinigal@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0004-5593-0886>

Recibido: 30/04/2023 - Aceptado: 09/05/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Guertein Babic, Igal (2023). El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo. *Revista de Derecho*, 22(43), 41-54. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.3>

## El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

41

**Resumen:** El presente artículo propone analizar la regulación y aplicación del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano con la finalidad de compararlo con el estándar del Buen Hombre de Negocios en Uruguay. También de discutir la aplicabilidad de los criterios del Derecho Americano en el Derecho Uruguayo a la luz del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, y proponer una suerte de “test de dos pasos” a nivel judicial para la revisión de la responsabilidad de los administradores societarios. Asimismo, será objeto del artículo el estudio de las divergencias entre el régimen de revisión judicial y de comportamiento de los administradores societarios.

**Palabras clave:** *Duty of Care*, *Business Judgment Rule*, Buen Hombre de Negocios, responsabilidad de administradores societarios.

## The Duty of Care and the Business Judgment Rule standard in American law and the *Buen Hombre de Negocios* standard in Uruguayan law

**Abstract:** This article proposes to analyze the regulation and application of the Duty of Care and the Business Judgment Rule in American Law in order to compare it with the *Buen Hombre de Negocios* standard in Uruguay. Also to discuss the applicability of American law criteria in Uruguayan law in the light of the draft reform of the Commercial Companies Act, and finally to propose a sort of “two-step test” at the court level for the review of the liability of company directors. The article will also study the divergences between the regime of judicial review and the conduct of company directors.

**Keywords:** Duty of Care, Business Judgment Rule, standard good businessman, liability of company directors.

42

## O standard do *Duty of Care e Business Judgemente Rule* no Direito Americano e o standard do *Buen Hombre de Negocios* no Direito Uruguaio

**Resumo:** Este artigo propõe analisar a regulamentação e a aplicação do *Duty of Care* e da *Business Judgment Rule* no Direito Americano a fim de o comparar com a norma do *Buen Hombre de Negocios* e discutir a aplicabilidade dos critérios do Direito Americano no Direito uruguaio à luz do projecto de reforma da Lei das Empresas Comerciais, e finalmente propor uma espécie de “teste em duas fases” a nível judicial para a revisão da responsabilidade dos directores de empresas. O artigo estudará também as divergências entre o regime de revisão judicial e a conduta dos directores de empresa

**Palabras-chave:** Duty of Care, Business Judgment Rule, padrão do bom empresário, responsabilidade dos directores de empresas.

## 1. Introducción

A nivel de Derecho Comparado se le ha dado a lo largo de la historia mayor preponderancia al *Duty of Loyalty* (deber de lealtad) que al *Duty of Care* (deber de diligencia) de los administradores societarios. Esta situación de menor relevancia del *Duty of Care* no solamente se evidencia en Uruguay, sino también, en menor medida en los sistemas del *Common Law*, como es el caso del Derecho Americano<sup>1</sup> (Velasco, 2015).

A pesar de ello, a nivel de la jurisprudencia Americana, el *Duty of Care* tuvo un desarrollo considerable y fue incorporado tanto a los *Principles of Corporate Governance*<sup>2</sup> como en el *Model Business Corporation Act*<sup>3</sup> (MBCA). Por otra parte, en la evolución del *Common Law*, además de establecerse el estándar de diligencia del *Duty of Care*, se creó el estándar de revisión judicial denominado como *Business Judgment Rule* (BJR).

A diferencia de lo mencionado, a nivel del Derecho Societario Uruguayo la Ley N° 16.060 (LSC), reguló el deber de diligencia en forma expresa estableciendo en el artículo 83 que “Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. A pesar de ello, el deber de diligencia no tuvo un grado de desarrollo sustancial en comparación con el Derecho Americano, ni tampoco estableció en forma específica el contenido del estándar ni diferenció un estándar específico de revisión judicial. Sin embargo, esta situación podría cambiar en caso de aprobarse el proyecto de reforma de la LSC (Proyecto)<sup>4</sup>, en el que se pretende incorporar la BJR al Derecho Uruguayo.

A raíz de lo mencionado, el presente trabajo propone analizar la regulación y aplicación del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano con la finalidad de compararlo con el estándar del Buen Hombre de Negocios en Uruguay y de discutir la aplicabilidad de los criterios del Derecho Americano en el Derecho Uruguayo.

43

## 2. La necesidad de un régimen dual de responsabilidad para las violaciones al *Duty of Care* y al *Duty of Loyalty*

Previo a comenzar con el desarrollo del *Duty of Care* en el Derecho Americano, se presentarán los postulados de Paz-Ares (2003), en cuanto a la necesidad de que el Derecho regule en forma diversa la responsabilidad por violación del *Duty of Care* y del *Duty of Loyalty*.

El criterio propuesto por Paz-Ares (2003) es que “el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia” (p. 5).

1 El Derecho Americano y la jurisprudencia Americana para propósitos de este artículo significa el Derecho de Estados Unidos.

2 Son una sistematización de los Principios del Derecho Corporativo de Estados Unidos realizadas por juristas de sumo prestigio que reflejan los principios jurisprudenciales en esta materia.

3 Es el modelo de Ley societaria adoptada por 35 Estados en Estados Unidos.

4 Es el proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales presentado por los integrantes de la cátedra de Derecho Comercial y del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

En relación a la propuesta de ser indulgente con la negligencia, el citado autor sostiene que dicha política se justifica principalmente por tres razones. En primer lugar, existe una suerte de “alineación” de los intereses de los accionistas y de los administradores societarios para no incurrir en conductas negligentes. En segundo lugar, en el mercado se evidencia la presencia de distintos mecanismos disciplinarios que hacen innecesaria la regulación jurídica severa en esta materia. Por último, en caso de judicialización de situaciones de negligencia de los administradores societarios al no existir certeza sobre la resolución, se crean costos crecientes para la sociedad (Paz-Ares, 2003).

A raíz de lo mencionado, Paz-Ares propone (2003) la aplicación de la BJR para juzgar determinadas conductas negligentes de los administradores societarios. Mediante la aplicación de dicho estándar es posible crear un espacio seguro para la adopción de decisiones empresariales.

Por último, el autor sostiene que la BJR solamente se debería aplicar cuando se cumplan las condiciones clásicas establecidas por la jurisprudencia Americana<sup>5</sup> y para situaciones de negligencias limitados como por ejemplo los “casos de deficiencia de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas” (Paz-Ares, 2003, p 33.).

### 3. El *Duty of Care* en Estados Unidos en tanto estándar de conducta de los administradores societarios

El primer caso en el Derecho Americano en que surgiera una aproximación el *Duty of Care* fue en *Percy v. Millaudon*. Sin embargo, en la jurisprudencia no existió unanimidad en cuanto al estándar de conducta que debía adoptar el administrador societario para dar cumplimiento del *Duty of Care* (Casanova, 2013).

Entre las posibles variantes de estándares, se distinguen las siguientes: “i) negligencia grosera; ii) la diligencia del administrador ordinario prudente en circunstancias similares y (iii) la diligencia que una persona ordinaria prudente tendría al administrar su propio negocio” (Casanova, 2013, p. 23). Siendo el estándar de “la diligencia del administrador ordinario prudente en circunstancias similares” el de mayor recibo a nivel de los diferentes Estados de Estados Unidos (Casanova, 2013).

A pesar de ello, la tendencia actual en la jurisprudencia Americana es considerar al *Duty of Care* como “that directors and officers exercise the degree of care that an ordinarily prudent person in a like position under similar circumstances would exercise” (McMurray, 1987, p. 609).

Por otra parte, se puede destacar que el contenido específico del *Duty of Care* fue conceptualizado tanto a nivel de los *Principles of Corporate Governance* como en el MBCA.

En cuanto a los *Principles of Corporate Governance*, la sección 4.01 dispuso:

(...) que los administradores y ejecutivos tienen el deber de desempeñar su cargo de buena fe, de la manera que, razonablemente, entiendan en el mejor interés de la

5 Que será analizada con mayor detenimiento en este artículo.

sociedad (best interest of the corporation) y con la diligencia con que razonablemente se esperaría que actúe una persona prudente (ordinarily prudent person) en posición y circunstancias similares, de acuerdo a la regla del “buen juicio empresarial” (business judgment rule), cuando resulte aplicable. (Casanova, 2013, p. 29).

De acuerdo a Eisenberg (2004) es posible entender que el estándar engloba aspectos subjetivos y objetivos en la definición:

(...) This standard of conduct has both subjective and objective elements. Requiring the “care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances” is an objective standard. Requiring the director or officer to act “in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation” is both subjective and objective. First, the director or officer must subjectively believe that his conduct is in the best interests of the corporation. Second, that belief must be objectively reasonable (p.6).

A diferencia de la formulación comentada previamente en los *Principles of Corporate Governance*, en lo que respecta al artículo “8.30.a) MBCA, establece que cada miembro del órgano de administración debe actuar de buena fe y de la manera que razonablemente considere mejor para el interés de la sociedad (reasonably believes to be in the best interest)” (Casanova, 2013, p. 43).

En el apartado 8.30.b) se destaca:

(...) los administradores, una vez informados debidamente, deben actuar con la diligencia con la que razonablemente actuaría una persona en posición y circunstancias similares (with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances (Casanova, 2013, p. 43).

Tal como sostiene Eisenberg (2004), esta descripción se aparta de la descripción tradicional adoptada por los *Principles of Corporate Governance*. En este sentido es que Casanova (2013) considera que se “aparta del notablemente del estándar contractual tradicional que exige solamente la diligencia de la persona prudente común (ordinary prudent person) semejante a la del “buen padre de familia”” (p. 43).

Del *Duty of Care* se derivan distintos deberes. En primer lugar, los administradores societarios tienen el deber de control o de monitorear (*Duty to Monitor*) la gestión social y los negocios sociales con el objetivo de analizar si la sociedad se encuentra en la dirección correcta de acuerdo al manejo que realizan los superiores jerárquicos. Como menciona Eisenberg (2004), los administradores societarios deben controlar que la información fluya adecuadamente y los sistemas de información funcionen correctamente. Si bien en cierta medida el deber de control es reactivo, también los administradores deben ser proactivos en el cumplimiento de este deber. Resulta necesario también que los administradores seleccionen correctamente a los superiores jerárquico y evalúen el sistema de control en forma periódica para analizar que funcione de la manera prevista (Eisenberg, 2004).

Como argumenta Ferrer (2009) en un sentido similar, los administradores societarios no deben realizar personalmente las tareas administrativas de la sociedad, sino que

“deberá disponer la contratación de personal idóneo para llevar adelante la actividad social” (p. 106). Asimismo, el autor menciona que los administradores societarios:

(...) deben disponer de un sistema o método de trabajo que facilite contar con la información para el desempeño de su función, que establezca un sistema de controles y verificaciones razonables, y por cierto recabar toda la información y verificar si, el funcionamiento de ese sistema (p. 106).

Como sostiene Valer (2017), en esta área es donde en el pasado se promovieron juicios de responsabilidad contra los administradores societarios por no haber cumplido con su deber de control. El autor citado menciona que, hasta la década de 1960, en Delaware se creó la falsa premisa de que “directors should not be liable for failure to detect illegality or similar problems unless they had ignored a “red flag”” (p. 3). Siendo el *Duty to Monitor* una especie de deber pasivo.

Sin embargo, esta situación cambió en 1996, con una decisión de la Delaware Court of Chancery que dispuso “it clear that directors could not comply with their duty of care in overseeing corporate business and affairs by passively waiting for “red flags”” (Valer, 2017, p. 3).

A raíz de dicho pronunciamiento de acuerdo a Valer (2017) puede sostenerse que se requiere una actitud activa por parte de los administradores societarios para actuar dentro del estándar. A su vez, en el caso *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* se confirmó este enfoque, sin perjuicio de que en el año 2006 la Supreme Court of Delaware estableció “that liability for breach of this duty required “sustained or systematic failure” that was known by the directors” (p.3).

En segundo lugar, los administradores societarios tienen el deber de investigar o *Duty of Inquiry*, este deber se puede sintetizar de la siguiente manera:

(...) The duty of inquiry is a duty to follow up on information that is either deliberately produced by these information systems, or fortuitously comes to the attention of one or more directors or the board as a whole, which a reasonable person would follow up by further inquiry (Eisenberg, 2004, p. 29).

#### 4. La *Business Judgment Rule* en tanto estándar de revisión judicial de las decisiones de los administradores societarios

Cuando a nivel judicial en las cortes de Estados Unidos se entablan reclamaciones judiciales cuyo objeto versa sobre la calidad<sup>6</sup> de las decisiones de los administradores societarios, la jurisprudencia Americana, ha desarrollado un estándar de revisión denominado como la BJR. Dicho estándar, como sostiene Eisenberg (1993), resulta menos riguroso para el administrador que si la conducta debiera ser juzgada a la luz del

6 La BJR no se aplica para la revisión del deber de controlar o de informarse, de investigar o de emplear un proceso razonable de decisión, el cual se analiza bajo el estándar de negligencia grosera (Eisenberg, 1993)

estándar de conducta del *Duty of Care*, basado en analizar si las acciones del administrador societario fueron razonables o prudentes.

A raíz de lo mencionado, en el *Common Law* de Estados Unidos, se evidencia por un lado un “*standard of review*” (estándar de revisión) y por otro lado un “*standard of conduct*” (estándar de conducta o de comportamiento). Refiriéndose el primero al estándar de revisión judicial que deberían aplicar las cortes a la hora de juzgar las decisiones de los administradores societarios y el segundo a las “reglas de conducta” a las que los administradores societarios se deberían ceñir (Allen, Jacobs y Strine, 2022).

Si bien en diversas áreas del Derecho estos estándares coinciden, en otras áreas como por ejemplo el Derecho Societario, y específicamente en cuanto a la responsabilidad de los administradores societarios, estos se diferencian. (Allen, et al).

Esta divergencia en los estándares obedece a diversas razones, entre las que Eisenberg (2004) distingue las siguientes:

(...) The first reason is that able persons should not be discouraged from serving as directors by the prospect of liability that vastly exceeds the monetary gains from such service. The second reason is that an inappropriate standard of conduct might lead to the unfair imposition of liability. The third reason is that the law should not provide an incentive to directors to make less risky rather than more risky business decisions, because more risky business decisions often have a higher expected value than less risky decisions (pp. 8-9).

De manera complementaria, Eisenberg (2004) considera que si las decisiones de calidad de los administradores societarios fueran juzgadas a la luz de un estándar de razonabilidad (*reasonableness*), se derivaría en la imposición de sanciones injustas a estos, porque resultaría sumamente complejo distinguir “between bad decisions and proper decisions that turn out badly” (p. 444). Se puede destacar que es de interés de los accionistas que los administradores societarios tomen decisiones arriesgadas y asuman riesgos por las posibles ganancias que dichas decisiones les puedan ocasionar.

Luego de haber analizado las razones que justifican un estándar de revisión distinto al estándar de conducta exigido a los administradores societarios, resulta necesario analizar las condiciones para que la BJR resulte aplicable. En este sentido, en caso de que se cumplan con todas las condiciones que serán descritas a continuación, el estándar de revisión aplicable a las decisiones de calidad de los administradores no será bajo el estándar de conducta del *Duty of Care*, sino que será bajo el estándar de la BJR el cual consiste en un estándar de racionalidad. Para resultar aplicable el estándar de revisión de la BJR existe un cierto consenso a nivel jurisprudencial en que se deben cumplir las siguientes cuatro condiciones:

(...) First, a judgment must have been made. So, for example, a director’s failure to make due inquiry, or any other simple failure to take action as opposed to a decision not to act--does not qualify for protection of the rule. Second, the director or officer must have informed himself with respect to the business judgment to the extent he reasonably believes appropriate under the circumstances--that is, he must have employed a reasonable decision-making process. Third, the decision must have been made in subjective good faith--a condition that is not satisfied if, among other things,

the director or officer knows that the decision violates the law. Fourth, the director or officer may not have a financial interest in the subject matter of the decision. For example, the business-judgment rule is inapplicable to a director's decision to approve the corporation's purchase of his own property. (Eisenberg, 1993, p. 441).

Como sostiene, Eisenberg (1993), resulta menos exigente para el administrador societario cumplir con estándar de racionalidad que con el estándar de prudencia o razonabilidad "It is common to characterize a person's conduct as imprudent or unreasonable, but it is very uncommon to characterize a person's conduct as irrational" (p. 443).

Eisenberg (1993), pone de manifiesto el caso *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, como un ejemplo en el que no se cumplió con el estándar de la racionalidad ya que se tomó una decisión que no podía ser coherentemente explicada. En este caso los administradores societarios decidieron invertir en el desarrollo de una planta a pesar del conocimiento de que la misma no podía operar económicamente en forma adecuada por diferentes factores.

Por lo mencionado, en caso de resultar aplicable el estándar de la BJR y de haber sido racional la decisión de los administradores:

Under this standard, a director or officer will not be liable for a decision that resulted in a loss to the corporation, even if the decision is unreasonable, as long as the conditions of the business-judgment rule have been met and the decision is rational. (Eisenberg, 1993, p. 443).

Casanova (2013) también en un sentido similar:

(...) La BJR pasó a ser considerada un puerto seguro (safe harbour) por los administradores en la medida en que les garantizaba que, cumpliendo sus requisitos (no tener interés personal en el objeto de decisión, estar adecuadamente informado respecto del mismo, actuar en lo que se considera mejor interés de la sociedad), les protegería de eventuales acciones de responsabilidad (p. 23).

Se puede destacar que cuando se aplica el estándar de revisión de la BJR, el actor tendrá la carga de la prueba para la destrucción de la presunción establecida por ella. En caso de lograrlo, será abandonado el estándar de revisión de la BJR, pero esta situación por sí sola no implicará la responsabilidad del administrador societario como sostiene Lyman (1999), sino que el mismo tendrá que probar que la decisión fue "entire fairness" o totalmente justa.

El caso de mayor notoriedad en materia de la no aplicación de la BJR fue *Smith v. Van Gorkom*, cuando la *Supreme Court of Delaware* consideró que los administradores societarios de *Trans Union Corporation* no estaban protegidos por el estándar de la BJR:

(...) the Delaware Supreme Court rocked the corporate legal world by holding that disinterested directors of Trans Union Corporation were not protected by the business judgment rule in their decision to sell the corporation to an affiliate of the Pritzke

family at a price per share of \$55 when Trans Union stock was trading on the New York Stock Exchange at \$38 per share! The Van Gorkom court found that the Trans Union board had been grossly negligent in failing to inform itself before committing the corporation to the acquisition (p. 4).

En dicha oportunidad, como sostiene Valer (2017), la *Supreme Court of Delaware* consideró que los administradores:

(...) The court pointed to many inadequacies in the deliberative process, including approval of the acquisition agreement draft or other relevant materials to directors ahead of the meeting, and approval of the acquisition without a fairness opinion by investment bankers or other financial information or reports or studies aimed at establishing the “intrinsic value” of the corporation (pp. 4-5).

A raíz de lo mencionado, debido a que la BJR no resultó aplicable, los administradores tendrían la carga de la prueba de probar que la decisión había sido “justa”:

(...) The court held that the directors would now bear the burden of proving that \$55 was a fair price and that they would be personally liable to shareholders for the difference between \$55 and a fair price (if the fair price was higher).

Ante el riesgo que la situación implicaba para los administradores, el caso terminó con una transacción.

Luego de *Smith v. Van Gorkom*, la legislación de Delaware estableció la sección 102(b) (7), en la cual se dispuso:

(...) to include a provision in their certificate of incorporation that would limit or eliminate altogether director liability to the corporation or its shareholders for monetary damages. Such provisions could only apply to directors (not officers) and could only apply to money damages (not injunctive relief) (Valer, 2017, p.5)

## 5. La Diligencia del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

En cuanto al contenido del estándar del Buen Hombre de Negocios establecido por la LSC, la doctrina uruguaya ha precisado su alcance de acuerdo a los aspectos que serán analizados en la presente sección.

Olivera García (2015) sostiene que el estándar puede ser comprendido como:

(...) una regla de conducta impuesta a los administradores societarios. Se trata de un criterio objetivo y abstracto, que pretende establecer cuál hubiera debido ser razonablemente el comportamiento debido por un administrador diligente colocado en la misma situación que aquella que se pretende evaluar (p. 944).

Asimismo, el autor sostiene que el estándar es un patrón ideal de conducta al que el administrador debe ajustarse. El apartamiento o incumplimiento de este estándar objetivo e ideal implica para Olivera García (2015) un comportamiento antijurídico.

Tanto Olivera García (2015), como Ferrer y Mascardi (1991) toman en consideración los aspectos mencionados por Halperin a la hora de analizar el estándar del Buen Hombre de Negocios en la legislación argentina:

(...) La noción de “buen hombre de negocios” establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia; acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.), y cómo cumplió su deber de diligencia (2015, p. 944).

Se puede destacar que la LSC no precisó el alcance concreto y la extensión del deber del estándar. Una explicación posible para la falta de precisión de este deber, puede deberse al carácter aleatorio de las operaciones sociales, lo cual no permite la formulación de reglas concretas del deber de diligencia exigido (Olivera García, 2015). Por ello, se trata de un concepto jurídico indeterminado, como sostiene Rinsky (2016):

(...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante, la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (p. 368).

Asimismo, Olivera García (2015) menciona que el estándar tiene su antecedente en el estándar del buen padre de familia establecido por el Código Civil. A pesar de ello, el autor citado considera que el estándar del Buen Hombre de Negocios se aparta del estándar civil, principalmente por las diferencias de naturaleza entre la actividad civil y la comercial, en el sentido de que la actividad empresarial conlleva riesgos:

(...) una eficiente administración societaria implica necesariamente la adopción de decisión de riesgo, lo cual determina que el administrador se encuentre permanentemente expuesto a que los proyectos promovidos y las decisiones adoptadas fracasen y tengan efectos perjudiciales para el patrimonio social. No obstante, la adopción de decisiones de riesgo no puede considerarse un comportamiento negligente (p. 947).

El autor considera que la obligación que asume el director es una obligación de medios y no de resultado. Asimismo, sostiene que el estándar no es único ni uniforme, sino que varía en cada caso concreto dependiendo de la sociedad en cuestión, de la función y tarea concreta del administrador. (Olivera García, 2015)

Ferrer y Mascardi (1991) sostienen también la necesidad de que los administradores asuman riesgos:

(...) Los directores de una sociedad anónima, por ejemplo, están al frente de un patrimonio ajeno, pero su gestión será juzgada no solo por conservar, sino por hacer fructificar, no descartando todo riesgo, sino asumiéndolos en forma inteligente, como lo impone la vida económica moderna (p. 165).

También las autoras en una línea similar a la mencionada por Olivera García (2015) manifiestan la diferencia con el estándar del buen padre de familia:

(...) que la conducta exigida, no es tan solo la diligencia normal de un buen padre de familia sino una diligencia más severa que se rige por pautas peculiares primando una mayor rigurosidad en la apreciación de la conducta, diligencia y pericia del deudor (Ferrer y Mascardi, 1991, p. 164).

Producto de lo anterior, se le exige una mayor diligencia al Buen Hombre de Negocios que al buen padre de familia, siendo por ende más rigurosa su apreciación. De acuerdo a las autoras está latente la idea de la culpa “Pero la imputación de culpa basada en la fórmula contenida en el art. 83 parte de un modelo o tipo de comparación: es la figura del hombre medio capaz en esta especialidad.” (Ferrer y Mascardi, 1991, p. 164)

Ferrer (2009) está de acuerdo en considerar a la obligación como una de medios y analizando la normativa societaria argentina sostiene que es una responsabilidad profesional “que importa un conocimiento y una capacidad en la materia que no es la del hombre medio, es mayor que ésta” (p. 102), exigiendo de la conducta del administrador un nivel mayor de diligencia que la del hombre medio. También comparte que la actividad comercial implica la adopción de riesgos:

(...) permite al administrador adoptar riesgos más riesgos por cuenta de la sociedad que el hombre medio por sus derechos. Tal vez la conducta que para un hombre medio es irresponsable o de un riesgo excesivo, no lo sea para una sociedad. (para estandarizar el hombre medio) podría resultar demasiado arriesgado hipotecar su vivienda para un determinado emprendimiento, y sin embargo para un hombre de negocios hipotecar la sede social para el desarrollo de los negocios podría resultar total y absolutamente razonable (p. 103).

Ferrer y Mascardi (1991) sostienen que además de administrar un patrimonio ajeno, se requiere que sean activos y aptos desde el punto de vista mental. Asimismo, sintetizan lo siguiente:

(...) El director o administrador no debe acreditar una competencia superior a la que pueda razonablemente esperarse de una persona de su cultura y experiencia. Tampoco cabe exigirle una dedicación exclusiva (...) el director debe aportar al ejercicio de sus funciones el cuidado y la diligencia que se puede razonablemente esperar de una persona juiciosa, colocada en las mismas circunstancias y hacer prueba de la idoneidad y competencia que puede razonablemente requerirse de una persona que ocupa tal rol laboral (p. 165).

## 6. La incorporación de la BJR al Derecho Uruguayo

En la exposición de motivos del Proyecto se menciona expresamente la incorporación de la BJR al Derecho Uruguayo:

(...) Al respecto se adopta el principio del *business judgement rule*, traducido de diversa manera, pero como la regla de buen juicio empresarial, acuñado en el derecho anglosajón y hoy aceptado mayoritariamente por el derecho continental comparado, como forma de incentivar la eficiencia y evitar la aversión a la toma de decisiones en la administración societaria (Exposición de motivos, 2021, p. 23).

Si bien el Proyecto presenta diversas modificaciones en el régimen de responsabilidad de los administradores, será exclusivamente objeto de análisis el cambio relativo a la BJR.

El Proyecto en su artículo 83 mantiene con cambios menores en la redacción que los administradores societarios deben obrar con la Diligencia del Buen Hombre de Negocios. Asimismo, establece:

(...) Los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión (Proyecto, 2021, pp. 5-6).

52

De la propuesta del artículo mencionado, surgen los siguientes tres interrogantes: i) ¿Se está efectivamente incorporando el estándar de revisión judicial de la BJR al Derecho Uruguayo?; ii) ¿En cuáles situaciones debería ser aplicado?; iii) En caso de que se destruyera la presunción para la aplicación del estándar, ¿debería implicar necesariamente la responsabilidad del administrador societario por el resultado de los negocios?

Sobre primer interrogante, la solución propuesta por el Proyecto implica confusión con el estándar de conducta exigible a los administradores y la mezcla de aspectos de dicho estándar, dentro del estándar de revisión. Esto se debe a que el artículo del Proyecto menciona que los administradores “no son responsables del resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron con culpa grave o sin la diligencia profesional exigible”. Por lo anterior, puede concluirse que no resulta totalmente equivalente a la BJR del Derecho Americano, ya que existiría una superposición de ambos estándares.

En lo que respecta al segundo interrogante, el estándar debe ser aplicado exclusivamente para analizar casos de responsabilidad derivados de decisiones de calidad de los administradores societarios y no para otros casos, como por ejemplo las consecuencias dañosas ocasionadas por no haber monitoreado o investigado. En estos últimos supuestos es donde la conducta de los administradores societarios debería ser comparada y analizada a la luz del estándar del Buen Hombre de Negocios.

Por último, en caso de que el actor probara y destruyera la presunción establecida para la aplicación de la BJR y que la decisión de los administradores societarios hubiera derivado en un resultado inoportuno de los negocios sociales, los administradores no necesariamente deberían ser responsabilizados, ya que les correspondería tener

la oportunidad de defender su actuación probando que su decisión fue “justa”. Esto implicaría establecer una suerte de “test de dos pasos” en materia de responsabilidad de los administradores societarios a nivel jurisprudencial, tal como sucede en relación a la finalización de los contratos de distribución (Cerisola y Hernández, 1997). El primer paso, debería de ser analizar si el actor logró destruir la presunción de la aplicabilidad del estándar de la BJR y en caso de que el actor no destruyera la presunción, el análisis judicial debería terminar allí y concluir que no hubo responsabilidad. En caso que sí, como segundo paso, el administrador societario debería poder probar que actúa en forma legítima o “justa”. Es por ello, que tal como sucede en el Derecho Americano, la BJR funciona como una presunción simple a favor del administrador societario, pero en caso de prueba en contrario, este último tendría la carga de la prueba de la legitimidad de su decisión, sin que el decaimiento de la misma implique necesariamente su responsabilidad.

## 7 A modo de conclusión: comparación del *Duty of Care* y de la Diligencia del Buen Hombre de Negocios

Como se pudo evidenciar en las secciones previas, la conceptualización del *Duty of Care* en *Principles of Corporate Governance* y en el MBCA es bastante similar a las consideraciones de la doctrina de Uruguay en cuanto al contenido de la diligencia del Buen Hombre de Negocios. A pesar de ello, la diferencia más notoria se observa en cuanto a que en Uruguay hasta el momento no existe una diferencia entre el estándar de conducta exigible y el estándar de revisión de las decisiones empresariales de calidad por parte de los administradores societarios. A raíz de ello, el estándar de revisión judicial que tienen que afrontar dichos administradores es de mayor exigencia que la situación que enfrentan en Estados Unidos. El que sea aplicado el mismo estándar de conducta que de revisión, provoca que los administradores societarios se vean alcanzados de forma más fácil por sanciones por responsabilidad ante decisiones societarias “malas”.

El Proyecto es interesante, ya que permite la introducción de la BJR en Uruguay, sin perjuicio de que mezcla aspectos del estándar de conducta en el estándar de revisión.

En caso de aprobarse el Proyecto y para juzgar decisiones de calidad a nivel jurisprudencial debería aplicarse una suerte de “test de dos pasos” para determinar la responsabilidad de los administradores societarios y en caso de no resultar aplicable la BJR no debería concluirse necesariamente que los administradores societarios son responsables del resultado de los negocios.

Por último, la introducción de un estándar de revisión de la BJR es sumamente relevante para que los administradores societarios tengan “un puerto seguro” para animarse a adoptar decisiones empresariales arriesgadas. Esta necesidad de contar con un estándar de revisión judicial especial y distinto se encuentra estrechamente ligado a los postulados de Paz-Ares de ser más indulgentes con las situaciones de negligencia.

## Referencias bibliográficas

2020. Proyecto de Reforma de Ley de Sociedades Comerciales.

Allen, W. T., Jacobs, J. B. y Strine, L. E. Jr. (2002). Realigning The Standard Of Review Of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique Of Van Gorkom And Its Progeny As A Standard Of Review Problem. *Northwestern University Law Review*, (96), (499- 466).

Casanova, M. (2013). *Deberes fiduciarios de los administradores societarios*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

Cerisola, A. y Hernández, A. (1997). El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, (28), 708-717.

Eisenberg, M. A. (1993). The divergence of Standars of conduct and standards of review in corporate law. *Fordham Law Review*, (62), (437-468).

Eisenberg, M. A. (2004). The Duty Of Care in American Corporate Law. *Law Institute For Law And Finance Johann Wolfgang Goethe-Universität* (22), (1-46).

Ferrer Montenegro, A. y Rodríguez Mascardi, T. (1991). La noción buen hombre de negocios en la ley No 16.060. *Anuario de Derecho Comercial*, (5), 161-168.

Ferrer, L. G. (2009). *Responsabilidad de los administradores societarios: con especial referencia al supuesto de insolvencia*. Montevideo, Uruguay: La Ley.

Lyman, P. Q. J. (1999). Re thinking Judicial Review of Director Care. *24 J. Corp. L.* (787), (788-833).

McMurray, M. M. (1987). An Historical Perspective on the Duty of Care, The Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule. *Vanderbilt Law Review*, (605), 605-627.

Olivera García, R. (2015). Responsabilidad del administrador societario, en Olivera García, R. (Ed.). *Ley de sociedades comerciales estudios a los 25 años de su vigencia*. Montevideo, Uruguay: La Ley.

Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret*, (162), (1-61).

Rimsky, S. (2016). Fideicomisos y seguros en Uruguay. La gestión fiduciaria, el buen hombre de negocios y la confianza. En Olivera Garcia, R. (Ed). *Algunas proyecciones al respecto Realidad del Derecho Comercial: tensiones y sinergias en su práctica*. (pp. 343-352). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

Valer, B. (2017). An Overview of Director Fiduciary Duties. *Dorsey*, (1-14).

Velasco, J. (2015). A Defense of the Corporate Law Duty of Care. *40 J. Corp. L.* (64), (647-703).

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

Alan HIRSCHLAFF  
Universidad de la República (Uruguay)  
hirschlaffalan@gmail.com  
ORCID iD:<https://orcid.org/0000-0002-4891-1511>

Recibido: 28/04/2023 - Aceptado: 29/05/2023

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Hirschlaff, Alan (2023). El Proyecto de reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones. *Revista de Derecho*, 22(43), 55-81. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.4>

## El proyecto de reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones

55

**Resumen:** El derecho societario uruguayo se encuentra atravesando la senda de la renovación. Bajo ese marco, en junio de 2022 ingresó al Parlamento uruguayo un proyecto de reforma modificativo de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales N° 16.060 que procura realizar cambios sustanciales al régimen vigente en materia de sociedades comerciales. En este trabajo se analizan los 22 cambios propuestos más importantes, a través de la presentación y desarrollo de las soluciones vigentes y su comparación con las soluciones proyectadas en cada uno de los temas.

**Palabras clave:** reforma, Derecho societario uruguayo, Proyecto de Reforma, Ley de Sociedades Comerciales.

## The draft reform of the Uruguayan Law of Commercial Companies: first comments on account of further reflections

**Abstract:** Uruguayan corporate law is currently undergoing a process of renewal. Within this framework, in June 2022, a draft amendment to the Uruguayan Law of Commercial Companies No. 16.060 was submitted to the Uruguayan Parliament, which seeks to make substantial changes to the current regime of commercial companies. This paper analyses the 22 most important proposed changes, through the presentation and development of the current solutions and their comparison with the projected solutions in each of the issues.

**Keywords:** Reform, Uruguayan corporate law, Reform Project, Law of Commercial Companies.

56

## O projecto de reforma da Lei Uruguaia sobre as Sociedades Comerciais: primeiros comentários na sequência de novas reflexões

**Resumo:** O direito societário uruguaio está actualmente a passar por um processo de renovação. Neste âmbito, em Junho de 2022, foi apresentado ao Parlamento uruguaio um projecto de alteração à Lei das Sociedades Comerciais uruguaia n.º 16.060, que visa introduzir alterações substanciais no actual regime das sociedades comerciais. Este documento analisa as 22 alterações propostas mais importantes, através da apresentação e desenvolvimento das soluções actuais e da sua comparação com as soluções projectadas em cada um dos temas.

**Palavras-chave:** Reforma, Direito societário uruguaio, Projecto de reforma, Lei das Sociedades Comerciais.

## 1. Introducción

El derecho societario uruguayo se encuentra atravesando la senda de la renovación. El 18 de setiembre de 2019 se promulgó la Ley N° 19.820 que dio nacimiento a la sociedad por acciones simplificada (“SAS”) y el 23 de julio de 2021 se promulgó la Ley N° 19.669 que dio creación a la sociedad de beneficio e interés colectivo (“BIC”).

Con pretensión de convertirse en ley, el 27 de junio de 2022 ingresó al Parlamento uruguayo un proyecto de reforma (“el Proyecto”) modificativo de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales N° 16.060 (“LSC”), que procura realizar cambios sustanciales al régimen vigente en materia de sociedades comerciales.

El proyecto fue presentado al Parlamento por las senadoras Lilian Kechichian y Carmen Sanguinetti, y los senadores Carlos Camy y Raúl Lozano, y es obra de la pluma de los profesores de derecho comercial Ricardo Olivera García, Alicia Ferrer Montenegro y Alejandro Miller Artola.

Más allá de ciertos aspectos puntuales, la LSC, promulgada el 4 de setiembre de 1989, no ha sido objeto de modificación sustancial en estos más de 30 años desde su entrada en vigor<sup>1</sup>.

La finalidad del presente artículo es acercar al lector a los 22 cambios propuestos en el Proyecto que considero más importantes.

## 2. La unipersonalidad genética de ciertas sociedades comerciales

En el régimen actual, las sociedades comerciales deben nacer a la vida jurídica integradas por un mínimo de dos personas físicas o jurídicas (LSC, art. 1 actual)<sup>2</sup>. Dicha exigencia no sólo es necesaria al momento de constituir la sociedad, sino también durante toda su existencia. En caso de que el número de socios se reduzca a uno, la sociedad ingresa en causal de disolución (LSC, arts. 159.8 y 156 actuales).

La excepción a lo recién expuesto se presenta en la sociedad anónima, pues si bien debe nacer al mundo jurídico integrada por al menos dos personas físicas o jurídicas, a partir del Decreto N° 335/990, se ha aceptado su unipersonalidad superviniente o *a posteriori*, lo que además constituye práctica corriente en el país<sup>3 4</sup>.

Como primer antecedente de unipersonalidad genética en Uruguay, se halla la SAS, en tanto ello fue permitido por el art. 11 de la Ley N° 19.820.

1 En estos más de 30 años algunas normas fueron derogadas y otras vieron sus textos sustituidos. Sin embargo, dicho proceder no implicó la modificación de las soluciones más importantes que consagra la ley.

2 Existe un caso de unipersonalidad genética en sede de escisión, ya que el art. 140, LSC, prevé que el acto constitutivo de las sociedades comerciales que se creen puede ser otorgado por los representantes de la sociedad que decide la escisión (Olivera García, 2020).

3 En la medida que la LSC establece la no aplicación de las normas sobre rescisión parcial (en especial, del art. 156, LSC) a las sociedades anónimas y en comandita por acciones (LSC, art. 158), acudiendo a un argumento de índole legal, Ferro Astray (1991) señaló que la interpretación más aceptable es la de admitir la sociedad unipersonal en caso de que estos tipos societarios devengan unipersonales por la concentración del capital accionario en una sola mano.

4 Dicho decreto no estuvo exento de objeciones. Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2006) sostuvieron que la norma era ilegal puesto que la sociedad de un solo socio contradice el sistema legal uruguayo.

Con el Proyecto, la unipersonalidad genética pasa a ser posible solamente para la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

### 3. Consolidación de la autonomía de la voluntad como principio general

El rol de la autonomía de la voluntad constituye uno de los aspectos de mayor trascendencia en materia societaria, cuando menos en el derecho privado en general. Una delimitación clara del alcance del poder normativo negocial otorgado a socios y accionistas es vital a la hora de diseñar un contrato o estatuto social que contemple las reglas de juego que los regirán.

El régimen actual ha suscitado diversas opiniones sobre la imperatividad o no de sus normas y sobre el rol del orden público<sup>5</sup>. En las anónimas, el órgano estatal de control ha sido restrictivo en la interpretación de la LSC, conllevando a que el convenio de accionistas sea la forma de hacer ingresar la autonomía de la voluntad a las relaciones jurídicas entre accionistas<sup>6</sup>.

El Proyecto consolida la autonomía de la voluntad al hacer de esta el principio general: “El contrato social, el instrumento de constitución, el estatuto, sus respectivas modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad” (LSC, art. 1, inc. 3 proyectado).

Acto seguido se estipula la regla y sus excepciones:

Todas las disposiciones de la presente ley se consideran de carácter dispositivo, con excepción de aquellas respecto de cuya violación la ley expresamente establezca la nulidad como consecuencia, que protejan un interés público o los derechos de terceros, o en las cuales la ley expresamente atribuya responsabilidad o se regulen acciones judiciales (LSC, art. 1, inc. 3 proyectado).

En la exposición de motivos se explica el fin último que inspira esta redacción:

Como solución de principio, son los otorgantes del negocio societario quienes están en mejores condiciones de decidir cuáles son las reglas que habrán de regular el funcionamiento de la sociedad, disponiendo del derecho patrimonial proveniente de su aporte (Exposición de motivos, Numeral 4, cuarto párrafo).

5 Para Jiménez de Aréchaga (1993): “(...) la ley 16.060 es un ordenamiento imperativo, en la mayoría de sus disposiciones, pero ello no implica que sea de orden público. Por lo tanto, en principio, las instituciones allí previstas son de libre disposición para los socios o accionistas, en la medida que no violen determinados principios que la misma ley establece como inderogables, y que se trate de la renuncia a derechos de carácter renunciante” (p. 144). Olivera García (1999) señala que “Para determinar si una norma es o no de orden público deberá indagarse, en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido por la norma. Cuando este interés esté, por su naturaleza pública, afectando el bien público en tanto que colectividad, o el bien del Estado, la norma deberá ser considerada de orden público y ninguna renuncia podrá hacerse por los particulares a la aplicación de la misma. En cambio, si el interés protegido es de naturaleza privada, tales como los intereses pecuniarios, el particular, dueño del interés protegido, es siempre libre de no prevalerse, en el caso, del beneficio de la norma o aun de renunciar a ella” (p. 111).

6 Existen ciertas temáticas sobre las cuales el órgano estatal de control entiende que no son materia estatutaria, sino que son de resorte del convenio de accionistas. Precisamente, en este sentido, el convenio de accionistas ha recibido la denominación muy gráfica de “para estatuto”.

## 4. El ascenso al poder de la tecnología

La tecnología ha ascendido al poder y el derecho societario no es ajeno a dicha circunstancia. Con la finalidad de que las sociedades comerciales no queden rezagadas a este fenómeno, una de las soluciones más destacadas del Proyecto, consiste en que las mismas podrán crear una página web societaria. Diversas normas que exigen la realización de publicaciones con posterioridad a una pluralidad de actos y negocios jurídicos societarios exigirían la publicación en el diario oficial y en la página web societaria, si la hubiera. Adicionalmente, entre otro de sus usos, constituiría un medio de comunicación entre la sociedad y los socios o accionistas<sup>7</sup>.

## 5. Actuación ajustada a la buena fe y al interés social

El interés social es un concepto jurídico indeterminado que ha sido históricamente objeto de confrontamiento entre contractualistas e institucionalistas, habiendo evolucionado actualmente a las teorías que lo identifican con la creación de valor o la responsabilidad social corporativa<sup>8</sup>.

La LSC contiene la singularidad de haber dado cabida a dicho concepto dentro de su plexo normativo. Cinco normas refieren a él: así, los socios o accionistas que se encuentren en conflicto de intereses por tener un interés contrario al de la sociedad, deberán abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella (LSC, arts. 325 y 241 actuales); el derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones puede ser limitado o suspendido por resolución de la asamblea general extraordinaria de accionistas cuando el interés de la sociedad lo exija (LSC, art. 330 actual); las resoluciones de la asamblea de accionistas lesivas del interés social son objeto de impugnación (LSC, art. 365 actual); los directores que en determinados negocios tengan un interés contrario al de la sociedad, sea por cuenta propia o de terceros, deberán hacerlo saber al directorio y al órgano de control interno, absteniéndose de intervenir cuando se traten y resuelvan esos asuntos (LSC, art. 387 actual).

En otra manifestación de innovación, el Proyecto dispone: “Los socios, administradores y miembros del órgano de fiscalización deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad” (LSC, art. 1, inc. fin., proyectado).

El mandato que se deduce de la norma proyectada es que, en definitiva, la totalidad de órganos de la sociedad deberán ajustar su actuación a la buena fe y al interés social.

Específicamente en lo que concierne al interés social, no se trata de una mera enunciación carente de consecuencias jurídicas, puesto que, tanto las resoluciones del órgano de gobierno como las del órgano de administración podrán ser impugnadas por ser lesivas del interés social (LSC, art. 33 bis, inc. 1 y 2 proyectado). Asimismo, los

7 La página web societaria tiene regulación en otros derechos, tales como, a modo de ejemplo, el español. Los artículos 11 bis, 11 ter y 11 quater de la Ley Española de Sociedades de Capital regulan la denominada “página web corporativa”. Para mayor abundamiento, véase: Sánchez-Calero Guilarte, 2006. La página web de las sociedades de capital. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo I* (pp. 579-613). Montevideo, La Ley.

8 Para un análisis más detallado de las teorías sobre el interés social, véase: Casanova, 2012. Interés social y deberes fiduciarios del administrador de sociedades de capital. En R. Olivera García y M. Jiménez de Arechaga (Directores), *Anuario de Derecho Comercial. Tomo 14* (pp. 239-310). Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria; Miller, A. (2017). Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Comercial*, 1 (2), 3-77.

integrantes del órgano de administración pueden ser llamados a responsabilidad por su obrar en oposición al interés social (LSC, art. 83 proyectado), así como también los socios y accionistas (LSC, arts. 325 y 241 actuales), síndicos y fiscales (LSC, arts. 406 y 405 inc. fin proyectados).

## 6. Arbitraje societario facultativo

La LSC carece de disposiciones legislativas que habiliten la posibilidad de resolver las contiendas societarias en arbitraje. Desde la entrada en vigor de la LSC ello generó diversos debates doctrinarios para responder la interrogante respecto de la admisibilidad de este método de resolución de conflictos. El eje central de la discusión ha estado asociado al concepto de orden público, en tanto se ha entendido que constituye un límite a la materia arbitrable<sup>9</sup>.

La Ley N° 19.820 implicó un primer avance al consagrar, en su artículo 44, la posibilidad de acudir al arbitraje en el marco de la SAS.

El Proyecto tiene el afán de otorgar certeza a este respecto, al establecer un arbitraje societario facultativo si así se pacta en el contrato social o en los estatutos. Podrían resultar objeto de este:

Las diferencias que ocurran entre los socios o accionistas; de cualquiera de éstos con la sociedad, sus administradores, liquidadores o miembros del órgano de control interno; de la sociedad con sus administradores, liquidadores, o miembros del órgano de control interno, derivadas del contrato social o de los estatutos o de la operativa de los órganos sociales, incluida la impugnación de las resoluciones de asambleas o reuniones de socios o del órgano de administración (LSC, art. 18 proyectado).

Asimismo, en materia de sociedades anónimas, quienes no estén a favor de incluir o excluir una cláusula compromisoria en los estatutos sociales vía reforma de estatuto, tendrán derecho de receso (LSC, art. 362 proyectado).

## 7. Control societario y grupos de sociedades

En el régimen imperante de la LSC los grupos de sociedades no se encuentran regulados. La idea sobre la cual descansan los mismos, es la transferencia de poder de decisión, de modo que más allá de la separación jurídica de las sociedades que lo integran, estas dejan de tener autonomía económica y operativa para pasar a formar parte de una misma unidad económico-administrativa (Olivera García, 2020). Sí así,

9 Entre otros, el asunto ha sido analizado por los doctores cuyos trabajos se detallan: i) Olivera García, R., Jiménez de Aréchaga, M. (2000). *El arbitraje en Uruguay*. Centro de Conciliación y arbitraje de la Bolsa de comercio de Uruguay: Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur. ii) Olivera García, R. (2001). El arbitraje en materia de sociedades comerciales. *Anuario de Derecho Comercial* N°9, 352-361. iii) Jiménez de Aréchaga, M. (2003). Los conflictos societarios y el arbitraje. *Revista de Derecho* 2 (4), 45-48. iv) Olivera García, R., Santi Estefan, A. (2012). La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario. *Anuario de Derecho Comercial* N° 14, 683-700. v) Vallarino Berretta, C. (2016). ¿Es posible en Uruguay dirimir los conflictos societarios mediante arbitraje? En *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 1465-1473*. vi) Arias Martínez, S., Hirschlaff, A. (2022). Arbitraje societario. *Revista De Derecho*, 21(41), 15-32. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.2>

en cambio, hay normas sobre control societario. Este se apoya en la existencia de una influencia dominante de una sociedad sobre otra. La influencia dominante se traduce en que una sociedad cuenta con poder suficiente para determinar la voluntad de otra sociedad (Olivera García, 2020).

En el actual art. 49, LSC, se consideran sociedades controladas aquellas que se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades: a) en virtud de participaciones sociales o accionarias; b) o en mérito a especiales vínculos. Una de las innovaciones del proyecto es la procura de eliminar el control por “especiales vínculos”. Se mantiene la influencia dominante por partes de interés, cuotas o acciones, agregándose el control que provenga de participaciones, por cualquier título, que otorgue votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas, o para elegir o revocar a la mayoría de los integrantes del órgano de administración.

En materia de grupos de sociedades, una de las incorporaciones propuestas radica en que, en ejecución de una política empresarial en interés del grupo, sería admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos o los previsibles provenientes de la aplicación de la política grupal durante un plazo razonable, siempre que las desventajas a compensar no pongan en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad controlada.

## 8. Responsabilidad de los administradores societarios

Los administradores societarios son gestores de patrimonio ajeno, de modo que su actuación nunca estará exenta de posibles cuestionamientos.

Respecto de su responsabilidad, el Proyecto pretende hacer cinco ajustes de especial importancia que se explicarán en concordancia con sus respectivas menciones en la exposición de motivos.

En primer término, se reordenan las disposiciones legales para establecer un solo y único régimen de responsabilidad para los administradores societarios sin importar el tipo societario al que pertenezcan. Ello por cuanto: “No existe fundamento alguno para establecer regímenes de responsabilidad diferentes para los administradores en los diversos tipos sociales” (Exposición de motivos, Numeral 15, segundo párrafo).

En el sistema vigente, la existencia de normas sobre responsabilidad en el capítulo de la ley que regula las sociedades anónimas (adicionalmente al ya previsto en la parte general) ha generado que una parte de la dogmática considere que se crea un régimen especial para estas (Rodríguez Olivera, 2006), en tanto para otra no se trataría de sistemas excluyentes sino complementarios (Olivera García, 2016).

Al ser un punto controvertido, el traslado (con algunos ajustes) de las normas sobre responsabilidad del capítulo que regula las sociedades anónimas a la parte general de la ley, incrementaría la seguridad jurídica en un tópico cardinal.

En segundo término, se consagra expresamente la responsabilidad del administrador de hecho, es decir, de “(...) aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad o a los terceros” (Pérez Idiartegaray, 2004, p. 116).

Cabe recordar que si bien la LSC no contiene referencia alguna al administrador de hecho, dicha figura si aparece recogida en la Ley de Proceso Concursal N° 18.387 (“LC”) y en la Ley de Mercado de Valores N° 18.627. En materia concursal, se consideran créditos subordinados, entre otros, aquellos cuya titularidad pertenecen a los administradores de hecho de la sociedad concursada (LC, art. 112). Por otra parte, también se considera al administrador de hecho dentro del elenco de sujetos cuya actitud puede conllevar a que el concurso se califique como culpable (LC, art. 192), así como también puede resultar alcanzado por la sentencia que declara el concurso como culpable (LC, art. 201) (Olivera García, 2016).

En el Proyecto, para que el régimen de responsabilidad alcance a estos sujetos, los mismos deben actuar o desempeñar de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad (LSC, art. 83, inc. fin., proyectado).

En tercer término, el Proyectista propone una nueva redacción a las normas sobre responsabilidad de los administradores societarios desplazando cualquier duda que pudiera quepar respecto a que la responsabilidad de los mismos es de tipo subjetivo.

La más remota posibilidad de que los administradores societarios puedan ser juzgados bajo la lupa de la responsabilidad objetiva, pone en tela de juicio la definición misma de sociedad comercial como entidad con fin de lucro. En ese sentido, el Proyecto no solo mantiene los factores de atribución “dolo” y “culpa grave”, los cuales rigen en la actualidad, sino que, haciendo honor a la claridad, preceptúa que “su responsabilidad no es objetiva ni son garantes de obligaciones sociales” (LSC, art. 83, inc. 2, proyectado).

Las únicas excepciones a esta responsabilidad subjetiva *in totum*, son las que se establecen a texto expreso: los administradores societarios de las sociedades en formación (LSC, art. 21 actual) (Olivera García, 2016) y los administradores societarios de las sociedades personales respecto del IRAE (Título 4, art. 95)<sup>10</sup>.

En cuarto término, se pretende recoger de modo expreso la *Business Judgment Rule*, al disponerse que, de regla, los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubieren decidido, salvo se pruebe que obraron con mala fe, dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión (LSC, art. 83, inc. 5, proyectado).

La exposición de motivos justifica ello “como forma de incentivar la eficiencia y evitar la aversión a la toma de decisiones en la administración societaria” (Exposición de motivos, Numeral 15, cuarto párrafo). Es menester detenerse en este punto debido a que, como ha indicado la doctrina, los administradores societarios se encuentran sujetos a dos imperativos fundamentales: maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor (Paz-Ares, 2003).

En función de ello, se torna por demás importante afrontar el problema que respecta al grado de incertidumbre jurídica al que se encuentran sujetas sus decisiones. Dicha incertidumbre se origina cuando los administradores societarios no pueden anticipar con seguridad cuáles serán las consecuencias jurídicas de dichas decisiones (Paz-Ares, 2003).

10 El Proyecto elimina el segundo inciso del art. 39, LSC, que establece la responsabilidad objetiva de los administradores societarios de sociedades de hecho e irregulares.

Si bien la virtual prescripción legislativa deberá ser objeto de ulteriores reflexiones, la pretensa de consagrar la *Business Judgment Rule* aspira otorgar un manto de protección ante decisiones de negocios y de ese modo neutralizar la incertidumbre jurídica que conspira contra los dos imperativos fundamentales referidos anteriormente. La inexistencia de dicho manto conduce al fenómeno del “conservadurismo” y a “las murallas de papel”, lo que se traduce en que los administradores societarios planifiquen estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al que convendría a los accionistas, se inclinen por seguir estrategias de diversificación, y adopten una forma de precaución altamente ineficiente (Paz-Ares, 2003).

En quinto término, se pone fin a la discusión dogmática con respecto a si la LSC regula o no la acción individual de responsabilidad entablada por terceros. A este respecto, cabe no olvidar que los administradores societarios pueden producir daños a la sociedad misma (para la cual es procedente la acción social de responsabilidad), a los accionistas o a los terceros (para los cuales es procedente la acción individual de responsabilidad)<sup>11</sup>.

La discusión en la materia, es fruto de la mención a “terceros” que realiza el art. 391, LSC. Para una corriente de pensamiento, la acción individual de responsabilidad se encontraría allí prevista, mientras que para otros autores dicha enunciación no sería más que una norma portada o de reenvío al artículo 395, LSC, que dispone el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores sociales<sup>12</sup>.

La consecuencia de optar por una posición o la otra radica en que, si se aboga por la primera posición, la acción individual de responsabilidad quedaría sujeta al mismo régimen jurídico que la acción social de responsabilidad; en cambio, si se adhiere a la segunda posición, la acción individual de responsabilidad quedaría encauzada en las normas del Código Civil.

En el artículo 83 quater, el Proyecto establece que la responsabilidad en la que pudieran incurrir los administradores o representantes de la sociedad frente a terceros, es por los perjuicios que hubieren causado, en forma directa, a sus respectivos patrimonios. En mi opinión, dicha acción quedaría exiliada de las normas de la LSC y su régimen jurídico sería el de la responsabilidad extracontractual consagrado en el Código Civil.

## 9. Exclusión de socios y accionistas a través del *squeeze-out*

En la LSC, el concepto medular sobre el cual se encuentra anclada la exclusión de socios es el de “*justa causa*”. Denominación omnicomprendiva del grave incumplimiento de las obligaciones, las hipótesis de exclusión previstas por ley<sup>13</sup> y la liquidación concursal del socio (LSC, art. 147 actual).

11 Los accionistas y los terceros disponen de la acción individual de responsabilidad para solicitar la reparación del daño ocasionado en sus propios patrimonios. Sin embargo, la acción social de responsabilidad puede ser entablada por el accionista que se haya opuesto a la extinción de la responsabilidad de los directores (LSC, art. 394 actual e inciso cuarto del artículo 83 ter proyectado, incluyendo también al “socio”) así como también el acreedor social (como un sujeto particular dentro de la categoría de “terceros”) cuando la sociedad (o los accionistas; en el texto actual, no en el proyectado) no la hubieren promovido (LSC, art. 395 actual e inciso quinto del artículo 83 ter proyectado).

12 Este tema lo analizo en profundidad en: Hirschlaff, A. (2023). Acción individual de responsabilidad promovida por terceros: retomando antiguos -pero vigentes- debates y analizando nuevas soluciones (Artículo inédito aprobado próximo a ser publicado). *Revista de Derecho Comercial*.

13 Algunas hipótesis de exclusión recogidas por la LSC, son aquellas contenidas en los artículos 109, 130, 152 y 209.

Para que una sociedad comercial pueda excluir un socio debe, o bien configurarse una hipótesis pactada en el contrato social (LSC, art. 143; ya que se concede autonomía de la voluntad a este respecto) o bien configurarse la justa causa (LSC, art. 147 actual).

Si el Proyecto confluye en ley, será posible estatutariamente prever la exclusión de socios o accionistas que tengan una participación en el capital integrado no superior al 15%, sin invocar justa causa, por resolución del órgano de gobierno por el voto favorable de socios o accionistas que representen al menos el 75% del capital integrado con derecho de voto, sin contar el voto del socio o accionistas que fuere objeto de esta medida<sup>14 15 16</sup>.

Este instrumento consistiría en un *squeeze-out* de carácter convencional, por oposición a aquel que puede operar por mandato legal cuando se cumplen ciertos requisitos normados en las legislaciones que lo prevén<sup>17</sup>, o cuando los socios o accionistas acuden a procedimientos que tienen como fin lograr dicho efecto y que la literatura en la materia ha puesto de relieve (Paz-Ares, 2011; Olivera García, 2007).

En buen romance, el anglicismo *squeeze-out* puede traducirse como “oprimir hasta expulsar” (Chalar, 2010). Denominación gráfica pero no muy elegante, indicativa de que fue pensada como instrumento de poder y no de protección (Manóvil, 2015). La doctrina lo ha definido como “aquellas transacciones u operaciones societarias promovidas por el accionista de control a fin de excluir de la sociedad a los socios minoritarios” (Paz-Ares, 2011, p. 90).

En la exposición de motivos se justifica la inclusión de una disposición legal que permita pactar este tipo de cláusulas, como forma de reducir y prevenir el conflicto societario, que, en última instancia, constituye un fenómeno de destrucción de valor.

64

## 10. Actuación de las sociedades extranjeras en el país

Desde un buen tiempo a esta parte la globalización ha puesto de manifiesto que infinidad de sociedades comerciales que se constituyen en un país no solo ejercen su actividad en el ámbito territorial en el cual surgieron, sino también en uno o varios otros estados del globo terráqueo.

La particularidad que posee el referir a la “actuación de sociedades extranjeras en el país” consiste en que, bajo dicho enunciado, quedan comprendidas todas las distintas hipótesis en las cuales una sociedad extranjera, cumpliendo los requisitos de aquel estado en el que actuaran (ley del estado de actuación), se instala en este adoptando alguna de las formas jurídicas previstas para ejercer los actos comprendidos dentro de su objeto.

14 La redacción proyectada de esta norma es similar a la de su antecedente inmediato: el inciso segundo del art. 41 de la Ley N° 19.820, que introdujo al ordenamiento jurídico uruguayo el *squeeze-out* para la SAS, hasta que fue derogada por el art. 674 de la Ley N° 19.924, de 18 de diciembre de 2020. La diferencia esencial radica en que aquí la aplicación del instituto se haya supeditada a la existencia de una cláusula estatutaria que expresamente prevea el mecanismo, mientras que en la SAS el instituto aplicaba “*Salvo disposición estatutaria en contrario*”.

15 Ya en la actualidad hay doctrina que acepta la inclusión de cláusulas de este tenor en los estatutos sociales. Para Pérez Ramos Bologna (2015) en esta materia rige actualmente la autonomía de la voluntad, de modo que la inclusión de cláusulas en el contrato de sociedad anónima y en comandita por acciones que facilite la salida de los accionistas no vulnera ninguna norma de orden público o imperativa.

16 Las cláusulas de “*drag along*” son materia de resorte habitual de los convenios de sindicación de acciones.

17 En Argentina, la Ley N° 26.831 de Mercado de Capitales del año 2012, consagró la posibilidad de que en sociedades con oferta pública de sus acciones en las cuales un controlante (solo o actuando en forma concertada con otros accionistas) alcance un grado de participación tan elevado que ya no justifique la permanencia de las minorías en la sociedad, los mayoritarios puedan forzar la venta, o los minoritarios la compra, de las acciones y títulos convertibles restantes todavía en circulación (Manóvil, 2015).

Por consiguiente, no ingresa aquí el caso de la redomiciliación, la cual implica el traslado internacional del domicilio de la sociedad abandonando el régimen jurídico del lugar de su constitución para pasar a regirse por el aplicable en la jurisdicción receptora (Olivera García, 2017). Y tampoco ingresa aquí la constitución de una filial, que podría implicar una vía indirecta de actuación de una sociedad constituida en el extranjero.

Dentro de los diversos criterios de actuación de las sociedades constituidas en el extranjero, el legislador societario uruguayo escogió el de la “representación permanente”, apartándose del criterio cualitativo (previsto en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y en la Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles de 1979) y el cuali-cuantitativo (previsto en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940) adoptados por normativa internacional ratificada por Uruguay (Fresnedo de Aguirre, 2009).

La interpretación del criterio de la “representación permanente” no ha sido unánime (Fresnedo de Aguirre, 2009), y el Proyecto pretende sustituirlo por el concepto de “establecimiento permanente”, el cual se trata del factor determinante en materia tributaria para ser contribuyente del Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas (I.R.A.E.).

Con relación a este último punto, cabe tener presente que no existe colisión entre las normas de la LSC y las de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920, por cuanto si bien esta última regula las personas jurídicas, el artículo 38 aclaró que “Las normas contenidas en el presente capítulo no se aplicarán a las sociedades comerciales, las cuales se rigen por normas especiales”.

Asimismo, el Proyecto se encarga de dar solución a un vacío legal imperante, consistente en la ausencia normativa de que acontece cuando la sociedad extranjera no da cumplimiento a los requisitos legales para operar en el país dispuestos por el art. 193, LSC. Hoy día, para una tesis, la consecuencia sería la aplicación por analogía de las disposiciones sobre las sociedades irregulares (LSC, art. 36 y siguientes) (Berdaguer, 1998); para otra tesis, corresponde distinguir entre sociedad regular y actuación regular; si una sociedad extranjera no cumple con los requisitos del art. 193, LSC, los cuales son requisitos de admisibilidad y no de constitución, la sociedad sigue siendo regular pero estará actuando en forma irregular (López Rodríguez, 2008); ello le puede aparejar dificultades en su accionar en tanto no puede llevar libros habilitados ni presentarse a licitaciones ni realizar actos, gestiones o negocios ante personas públicas o privadas, ya que en todos esos casos debe acreditar el cumplimiento imperativo contenido en el art. 193, LSC (López Rodríguez, 2008).

Sobre este tópico, el Proyecto establece:

El incumplimiento de la inscripción torna inoponible el contenido del acto constitutivo, contrato o estatuto a terceros con relación a los actos cumplidos en la República. Los terceros podrán ejercer sus derechos contra la sociedad. Lo expuesto es sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a administradores y representantes, de derecho o de hecho, por la violación del mandato legal (LSC, art. 193, inc. fin., proyectado).

De aquí se infiere que la consecuencia jurídica propuesta por omitir la inscripción, es la “inoponibilidad”, así como la eventual responsabilidad de los administradores y representantes, tanto de derecho como de hecho.

## 11. Aparición de activos o pasivos con posterioridad a la cancelación de la inscripción registral

El actual procedimiento de liquidación de las sociedades comerciales impone, en la última de sus etapas, la cancelación de la inscripción registral. De conformidad con el art. 181, LSC, clausurada la actividad de la sociedad ante los organismos fiscales, la DGI comunicara a la DGR para que proceda a cancelar de oficio la inscripción registral.

Liquidar una sociedad comercial, simplificación mediante, no es otra cosa que llevar su patrimonio a cero, extinguiendo pasivos y adjudicando activos. El eventual problema consiste en que nada impide la existencia de activos o pasivos desconocidos que no hayan sido tenidos en consideración al “liquidar” la sociedad comercial y que vean la luz con posterioridad a la cancelación de la inscripción registral.

La legislación actual no contiene una solución para enfrentar este problema. Para una tesitura, en casos como este, la sociedad está vigente, tiene personalidad jurídica y puede solicitar la rehabilitación de la inscripción (Cianciarulo Bertone, 2012). Para otra tesitura, luego de operada la cancelación de la personería jurídica, la sociedad no existe más como ente jurídico, por lo que todo activo o pasivo sobrevenido no forman parte de esta. En consecuencia, respecto de los activos, estos ingresarían en un régimen de condominio contractual entre los antiguos socios; tratándose de los pasivos, en primera instancia debe operar la devolución o reintegro de la cuota de liquidación recibida; si esta no alcanza para cancelar el pasivo sobrevenido, en las sociedades cuya responsabilidad de los socios es personalmente ilimitada regiría el art. 176, LSC, debiéndose efectuar aportes o contribuciones adicionales por los socios para su cancelación; y en las sociedades cuya responsabilidad de los socios se limita al aporte, corresponde la revisión de la cancelación de la personería jurídica para que así se pueda demandar o solicitar el concurso de la sociedad (Miller, 2012).

El Proyecto propone agregar un inciso al art. 181, LSC, solamente para regular esta problemática:

La personalidad jurídica de la sociedad se considerará vigente mientras existan activos y pasivos sociales. Si, con posterioridad a la cancelación, de la inscripción registral se conocieran bienes o deudas de la sociedad, se revocará la cancelación realizada y se retomarán los procedimientos de liquidación de la sociedad hasta la extinción final de los mismos (LSC, art. 181, inc. fin., proyectado).

## 12. Flexibilización de la Sociedad de Responsabilidad Limitada

La idea detrás de flexibilizar la S.R.L. estriba en evitar que esta forma jurídica societaria se torne una rara avis, como hoy en día sucede con las sociedades personales. La exposición de motivos repara en la idea de que actualmente impera un régimen rígido de funcionamiento y de transferencia de las participaciones sociales. Se destaca, además, la pretensión de trasladar a este tipo societario, muchas de las normas y principios de la SAS, en materia de responsabilidad de los socios, administración y gobierno de la sociedad, y transferencia de cuotas sociales.

A continuación se presentan los puntos más importantes de la regulación proyectada:

- i. Trasladando la solución aplicable a la SAS, se sustituye la locución “*La responsabilidad de los socios se limitará a la integración de sus cuotas*” (LSC, art. 223 actual) por

El o los socios no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad, excepto en caso de declararse inoponible la personalidad jurídica de la sociedad conforme a lo establecido en los artículos 189 a 191 de la Ley No 16.060, de 4 de setiembre de 1989, y con el alcance allí señalado (LSC, art. 223 proyectado).

En caso de que esta sea la solución finalmente aprobada, podrá entenderse que se verifica una derogación tacita para este tipo social de las excepciones a la responsabilidad limitada de los socios: en materia de IRAE (artículo 95, Título 4) y deudas salariales (artículo 12, Decreto Ley N° 14.188 y artículos 1 y 2, Decreto Ley N° 14.358).

- ii. La cesión de cuotas no implica más reforma del contrato social (LSC, inciso cuarto, art. 231 proyectado). Se consagra una solemnidad alternativa para documentar dicho negocio jurídico y que sea oponible a la sociedad mediante la entrega del documento. En efecto, la cesión de cuotas será oponible a la sociedad desde que el enajenante o el adquirente entreguen al órgano de administración de la sociedad un testimonio de la escritura pública de la transferencia o un ejemplar del documento privado con certificación de firmas (LSC, inciso primero, art. 231 proyectado).
- iii. Se crea el Libro Registro de Cuotas en el cual se anotarán el número de cuotas, su valor y en él se individualizará al titular. También deberán registrarse aquí todos los negocios jurídicos que se realicen sobre las cuotas (LSC, art. 224 proyectado).
- iv. La cesión de cuotas será oponible a terceros desde su inscripción en el Libro Registro de Cuotas (LSC, inciso segundo, art. 231 proyectado).
- v. No será mandatorio la inscripción del negocio en el Registro Nacional de Comercio. Sin embargo, el cedente o cesionario de las cuotas podrán inscribir el mismo solo a los efectos de otorgar publicidad informativa (LSC, art. 231, inc. 3 proyectado). Esto constituye una diferencia en materia de publicidad societaria, por cuanto, en la actualidad, en tanto la cesión de cuotas implica modificar el contrato social y esta se inscribe en el Registro Nacional de Comercio, a través de la solicitud de información registral es posible conocer la identidad de los propietarios de las cuotas sociales. Con el Proyecto, este escenario se seguirá manteniendo si cedente o cesionario deciden inscribir el negocio.
- vi. Surge la figura del representante legal, que es quien reunirá la totalidad de funciones de administración y representación de la sociedad, salvo que en el contrato social se establezca un régimen diferente (LSC, art. 237, inc. 1 proyectado).
- vii. No deberá modificarse el contrato social para cambiar el administrador o representante, debiendo inscribirse el nombramiento, cese o revocación en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio (LSC, inciso sexto, art. 237 proyectado). Ello, siempre y cuando el nombre de la persona no figure en el contrato social.

- viii. Tanto el órgano de administración como la reunión de socios podrán reunirse a través de medios informáticos.
- ix. El órgano de fiscalización pasa a ser totalmente facultativo con independencia del número de socios que tenga la sociedad (LSC, art. 238 proyectado).
- x. Se sustituye el régimen actual para la reunión y deliberación de socios que, distingue según la cantidad de socios que tenga la sociedad, para hacer aplicable el régimen de las sociedades colectivas o el de las sociedades anónimas. En su lugar, las reuniones de socios deliberaran con uno o más socios que representen, cuando menos, la mitad más una de las cuotas sociales con derecho de voto, salvo estipulación en contrario (LSC, art. 239, inc. 1 proyectado).
- xi. En lo que respecta a la adopción de resoluciones sociales, la regla es la mayoría de los votos de socios presentes, salvo para ciertas decisiones que implican cambios estructurales de relevancia, pues allí será necesario el voto de socios que representen la mayoría del capital integrado (LSC, art. 240 proyectado).

### 13. Simplificación del régimen de constitución de las sociedades anónimas

El iter de constitución de la sociedad anónima se encuentra integrado por las siguientes etapas: elaboración del estatuto; solicitud de aprobación ante la Auditoría Interna de la Nación (“AIN”); inscripción en el Registro Nacional de Comercio (“RNC”); y publicaciones en el Diario Oficial y en otro diario.

A este respecto, en primer lugar, el Proyecto pretende suprimir el control de legalidad que hoy en día efectúa la A.I.N. La exposición de motivos funda dicha propuesta, esencialmente, en la economía de costos y tiempos, y en la innecesaridad de que se realice un doble control (por la AIN y el RNC).

En segundo lugar, se procura eliminar la publicación en el diario no oficial (LSC, art. 17 actual). De modo que, la última etapa en la constitución de la sociedad anónima implicaría la publicación en el Diario Oficial y la incorporación en la página web societaria, en caso de que esta existiera (LSC, art. 17 proyectado).

En la medida que la reforma del estatuto social atraviesa las mismas etapas que la constitución de la sociedad, lo expuesto precedentemente se aplicaría para los casos donde lo que se decida es modificar el estatuto ya existente.

### 14. Derecho a preservar la integridad del valor de la participación societaria

Dentro del haz de derechos del que son titulares los accionistas, el Proyecto aspira consagrar expresamente el derecho a preservar la integridad del valor de la participación societaria. En ese marco, dicho derecho es incluido dentro del elenco de derechos esenciales del accionista, estipulados por el art. 319, LSC proyectado, y luego

es desarrollado en el art. 287, LSC, proyectado. Si bien ambas normas se ubican en la sección de la ley destinada a regular las sociedades anónimas, la exposición de motivos dispone que se trata de un “*derecho esencial de todo socio o accionista*”.

Concretamente, el Proyecto establecería a texto expreso el derecho de impugnar de nulidad el aumento de capital (de conformidad con el art. 33, LSC proyectado) por parte del accionista disidente, toda vez que se proponga un aumento real de capital (por nuevos aportes o por capitalización de pasivos preexistentes) y exista un apartamiento significativo entre el monto del aporte y el valor de las acciones suscritas, sin perjuicio de las demás causales de impugnación previstas por ley (LSC, art. 287 proyectado).

El derecho en análisis encuentra satisfacción (o, por la negativa, no se ve menoscabado) mediante la fijación de una prima de emisión adecuada (Pérez Ramos Bologna, 2016). La prima de emisión ha sido definida como “(...) el importe que los accionistas aportan a la sociedad por sobre el valor nominal de las acciones que suscriben” (Olivera García, 1986, p. 71); o como “la diferencia entre el valor nominal y el valor real de las acciones, siendo el valor real de las acciones aquel igual a la suma de valor nominal más la prima de emisión” (Miller, 2006, p. 70).

La finalidad de fijar una prima de emisión “(...) es preservar el valor absoluto de las participaciones de quienes no participan en la nueva integración de capital o lo hacen por debajo del porcentaje que les hubiese correspondido” (Pérez Ramos, 2018, pp. 139-140).

## 15. Derecho al dividendo

69

El derecho al dividendo es el derecho económico fundamental del que son titulares socios y accionistas. La existencia misma de la sociedad comercial descansa en la idea de obtención de lucro (LSC, art. 1 actual). La importancia de este derecho se aprecia con facilidad cuando en doctrina se afirma que los derechos políticos son instrumentales al derecho al dividendo (Miller, 2015).

Sobre este tema el Proyecto se centra en dos aspectos: (i) define la utilidad neta distributable y (ii) establece un mecanismo de protección al dividendo.

En primera instancia, se procura definir la “*utilidad neta distributable*” en el artículo 98. Allí se agrega un inciso que la conceptualiza como: a) la resultante de un balance confeccionado de acuerdo con normas contables adecuadas; b) dicho balance debe haber sido preparado en la moneda funcional de la sociedad; c) el mismo debe haber sido aprobado por el órgano competente; d) la distribución no puede poner en grave peligro la solvencia actual o futura de la sociedad o torne manifiestamente insuficientes o inadecuados los recursos patrimoniales de la sociedad para el ejercicio de la actividad a la cual se dedique.

A este respecto, el Proyecto hace eco de querer buscar un equilibrio entre el derecho al dividendo y el derecho de la sociedad a no ver afectada gravemente su solvencia y así proteger el derecho de crédito de los acreedores sociales (Exposición de motivos, Numeral 11, subtítulo “Con respecto al derecho al dividendo”, tercer párrafo).

En lo que refiere a este último aspecto, es importante recalcar que la función de garantía del capital<sup>18</sup> se ha visto debilitada con la no exigencia de un aporte inicial mínimo, más allá de las consecuencias que en materia concursal pueda tener la infra capitalización. La circunstancia de que en el Proyecto la distribución de dividendos no pueda afectar la solvencia actual o futura de la sociedad ni tornar manifiestamente insuficientes o inadecuados los recursos patrimoniales de la sociedad, es un intento de impedir la infrapatrimonialización. Ello por cuanto todos los bienes del deudor (en este caso, la sociedad) son la garantía común de sus acreedores (artículo 2392, Código Civil).

Por otra parte, si bien este dispositivo proyectado sería aplicable a todas las sociedades comerciales, adquiere especial importancia en sociedades en las cuales socios y accionistas tienen su responsabilidad limitada hasta el monto de sus aportes. Es lógico y natural que así sea, en tanto si los mismos ya cuentan con dicho beneficio, se puede inferir el intento de evitar que, actuando orgánicamente en el órgano de gobierno de la sociedad, procedan a distribuir dividendos como forma de afectar la garantía patrimonial de la que cuentan los acreedores sociales.

En segunda instancia, el proyectista ingresa en un tema que ha suscitado diferentes problemas prácticos, cual es el atinente a la protección del derecho al dividendo. Actualmente, en las sociedades anónimas, existe un derecho al dividendo mínimo obligatorio (LSC, art. 320 actual). De regla, es obligatorio distribuir al menos el 20% de las utilidades netas de cada ejercicio. Sin embargo, se puede prescindir de dicho mandato legal por resolución fundada adoptada en asamblea de accionistas, con la conformidad de accionistas que representen por lo menos el 75% del capital integrado con derecho de voto y opinión favorable de la sindicatura, si la hubiera.

Ahora bien, la praxis societaria evidencia que el dividendo mínimo obligatorio es eludido en muchas ocasiones. En el escenario *standard*, la retención de dividendos se encuentra justificada y es una forma de autofinanciamiento (Miller, 2015). Resulta imperioso no olvidar que la política de dividendos se halla en la encrucijada de, por un lado, tener que retribuir a los poseedores del capital accionario y, por otro lado, privar a la empresa de recursos propios generados internamente (Pascale, 2017). Empero, en el escenario patológico, es manifestación de una política de retención ilegítima, así como también un eventual intento de lograr el *squeeze-out* (Olivera García, 2007).

En este punto, el principal escollo consiste en que los remedios legales para afrontar dicha situación no han sido sumamente eficaces. Fundemos dicha afirmación:

Si se impugna judicialmente la resolución de asamblea de accionistas que resolvió la no distribución, y se hace lugar a la demanda de impugnación, su efecto será dejar sin efecto la resolución impugnada (LSC, art. 370 actual), pero como consecuencia de ello no se generará una obligación de distribuir. Incluso, no habría ningún obstáculo jurídico para que la asamblea se reúna nuevamente y adopte la misma decisión (Miller, 2022).

Si se interviene judicialmente la sociedad, en la medida que la intervención alcanza al órgano de administración, nada asegura que por ello se procedan a distribuir dividendos.

18 Para un estudio profundo de la función de garantía del capital puede consultarse: Pérez Ramos, G. (2018). *Capital integrado de las sociedades anónimas. Aumento, reducción y reintegro. Aspectos jurídicos, contables y de procedimiento*. Montevideo, La Ley.

Una pretensión resarcitoria por daños y perjuicios podrá en alguna medida beneficiar al accionista promotor triunfante, pero lo cierto es que deberá litigar por tiempo importante, así como promover sucesivos procesos judiciales si dicha situación subsiste (Miller, 2022).

Finalmente, la intervención del paquete accionario como medida cautelar ha demostrado ser un instituto sumamente excepcional, por lo que tampoco constituiría un camino viable para lograr la tan ansiada distribución<sup>19</sup>.

En el intento de instaurar una solución eficaz, el Proyectista recoge la ecuación de la Ley Española de Sociedades de Capital de otorgar derecho de receso al accionista disidente con la resolución de asamblea ordinaria o extraordinaria de accionistas que, existiendo utilidades netas distribuibles, hubiera resuelto no distribuir como dividendo la utilidad neta distribuible del ejercicio anterior o hubiera resuelto distribuir como dividendo una suma inferior al 25% de la utilidad neta distribuible del ejercicio anterior. Para ello: (i) debe haber transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Nacional de Comercio; (ii) no debe haber disposición estatutaria en contrario; (iii) el accionista debe haber dejado constancia de su oposición en el acta de asamblea y comunicado fehacientemente a la sociedad su decisión de receder dentro de los 30 días siguientes a la celebración de la asamblea; (iv) el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años no puede equivaler a, por lo menos, el 25% de las utilidades netas distribuibles devengadas en dicho periodo; (v) la sociedad no puede hallarse en concurso ni haber celebrado un acuerdo privado de reorganización u otro acuerdo de refinanciación que involucre más de un 30% de su pasivo, en cuyas condiciones se hubiera impuesto a la sociedad la prohibición o restricciones para la distribución de dividendos (LSC, art. 320 proyectado)<sup>20</sup>.

## 16. Derecho de información

En palabras de Garrigues (1978), el derecho de información integra el repertorio de armas jurídicas ofrecidas a los accionistas por el legislador decimonónico.

Desde que la LSC comenzó su reinado, el derecho de información, en especial, en las sociedades anónimas, ha sido objeto de diferentes problemas interpretativos en cuanto a su alcance. Ello ha llevado a la doctrina a sostener que “(...) en el estado actual de la situación, el accionista de una anónima puede exigir menos información de la

19 El *leading case* en la materia fue la intervención judicial del paquete accionario del Banco Comercial S.A. en el año 2002. Para mayor abundamiento, véase: Carrau, M. (2012). Intervención judicial de paquetes accionarios. *Anuario de Derecho Comercial* N° 14, 573-584.

20 Este mecanismo ha sido analizado por: Herdt, C. (2022). Protección del derecho al dividendo. Un desafío para el legislador. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 285-293). Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria; Miller, A. (2022). La negativa a la distribución de dividendos y la separación del accionista disidente. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 363-368). Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria. Quinteros Serra, V., Scaianschi Márquez, H., Zilli Senar, M. (2022). El derecho a la distribución de utilidades en el anteproyecto de reforma de la ley 16.060. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 415-424). Fundación de Cultura Universitaria; Zilli Senar, M., Scaianschi Márquez, H., Quinteros Serra, V. (2022). El nuevo sistema de tutela frente a la falta de distribución de dividendos. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 465-472). Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

que obligatoriamente debe rendirse a un obligacionista. Esto no es razonable” (Ferrer Montenegro, 2014, p. 28).

Dicho evento tiene importantes repercusiones en la medida que solo otorgando información adecuada, veraz, oportuna, detallada, eficaz y suficiente es que el socio o accionista puede ejercer, de manera completa, los diversos derechos que le han sido asignados por el ordenamiento jurídico (Ferrer Montenegro, 2014).

El Proyecto tiene el afán de efectuar importantes avances con relación al régimen actual, los cuales pueden sintetizarse en los siguientes:

- i. Con relación a los socios de sociedades personales, el Proyecto propone incorporar tres excepciones que habilitarían a que los administradores societarios puedan negarse a proporcionar la información solicitada: (i) si es innecesaria para la tutela de los derechos del socio; (ii) existen razones fundadas para considerar que podría utilizarse para fines extra sociales; (iii) existen razones fundadas para considerar que su divulgación puede perjudicar a la sociedad o a sociedades vinculadas (LSC, art. 75, inc. 2 proyectado).
- ii. En las sociedades anónimas, con la proyección de reforma sustancial del artículo 321, LSC, se pondría fin al problema interpretativo recién mencionado que rige en la actualidad. En el texto proyectado se contempla un derecho de información con un ámbito espacial y temporal sumamente amplio ya que tiene tres esferas diferentes para ser ejercido: (i) con anterioridad a la celebración de la asamblea de accionistas; (ii) en el transcurso de dicha asamblea; (iii) en cualquier momento, prescindiendo de la instancia asamblearia. En clara prueba de la importancia del derecho de información, el inciso final del art. 321 proyectado, dispone: *“Los estatutos sociales podrán ampliar el derecho de información consagrado en esta norma”*.
- iii. En sede de S.R.L., se procura implementar que, cuando en el marco de la reunión de socios hayan de aprobarse balances u operaciones de transformación, fusión o escisión, el derecho de información de los socios respecto de todos los documentos esenciales para adoptar la decisión podrá ser ejercido durante los diez días hábiles anteriores a la reunión, a menos que se convenga un término superior (LSC, art. 239, inc. 5 proyectado).
- iv. Por último, se pretende agregar un inciso al artículo 397, LSC, en virtud del cual los accionistas que representen el 20% del capital integrado con derecho de voto, no solo tendrían la potestad de proponer en el desarrollo de la asamblea de accionistas (aun no figurando en el orden del día) que se cree un órgano de fiscalización privada, sino también que tendrán la facultad de designar un integrante de la comisión fiscal.

## 17. Derecho de receso

El derecho de receso es una de las bases en las cuales se asienta el derecho contractual. La posibilidad de que una parte pueda por su sola voluntad extinguir el contrato es una potestad que surge del mismo contrato, la ley o un principio general (Gamarra, 1981).

En primer término, el Proyecto incorpora causales de receso inexistentes hasta el momento:

- i) Si bien ninguna sociedad, excepto las de inversión, puede participar en el capital de otra sociedad por un monto superior a su patrimonio social, es posible que el órgano de gobierno de la sociedad resuelva por resolución fundada apartarse de dicho límite. Frente a dicha circunstancia, se prevé que el socio o accionista disidente tendrá derecho de receso (LSC, art. 47 proyectado).
- ii) Si una sociedad comercial, luego de constituida, pasa a estar controlada, directa o indirectamente por cualquier título, por parte del Estado, por uno o varios Gobiernos Departamentales, uno o varios Entes Autónomos o Servicios Descentralizados, o una o varias personas públicas no estatales, los socios o accionistas (siempre que no se trate de una de las entidades mencionadas anteriormente) tendrán derecho de receso (LSC, art. 49 bis proyectado).
- iii) Salvo disposición estatutaria en contrario, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Nacional de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, se otorga derecho de receso al accionista disidente con la resolución de asamblea de accionistas que, existiendo utilidades netas distribuibles, hubiera resuelto no distribuir como dividendo la utilidad neta distribuible del ejercicio anterior o hubiera resuelto distribuir como dividendo una suma inferior al 25% de la utilidad neta distribuible del ejercicio anterior (LSC, art. 320 proyectado).
- iv) En caso de que la asamblea de accionistas de la sociedad anónima decida reformar el estatuto social para incluir o excluir una cláusula compromisoria, el accionista disidente tendrá derecho de receso (LSC, art. 362 proyectado).

En segundo término, se modifica la regulación actual del derecho de receso en las operaciones de transformación, fusión y escisión de sociedades comerciales. En el régimen vigente, en las sociedades comerciales donde no es requerida la unanimidad para adoptar la decisión de transformación, fusión o escisión, los socios o accionistas que voten negativamente tendrán derecho de receso. En suma, basta no estar de acuerdo con que la sociedad transforme su tipo social, se fusione o escinda con otra u otras sociedades, para que el socio o accionista sea titular del derecho de receso.

El Proyecto afina esta solución por cuanto, en la operación de transformación, será necesario que exista una “desmejora notoria en los derechos patrimoniales de socios o accionistas”, lo cual acontece cuando: (i) se limita o disminuye la negociabilidad de su participación social; (ii) se agrava la responsabilidad del socio o accionista respecto de terceros (LSC, art. 108 proyectado).

En esencia, tanto uno como otro criterio se verificarían atendiendo al nuevo tipo social adoptado. Entiendo que la diferencia radica en que el primer criterio tiene un campo más amplio de subjetividad, en tanto el segundo es más fácil de determinar. A título de ejemplo, no caben dudas de que si una sociedad anónima se transforma en una sociedad colectiva, la responsabilidad del accionista se verá agravada (es un régimen más severo y de fuente legal), por lo que en dicho caso tendría derecho de receso.

En la operación de fusión (y en la de escisión, merced a la remisión del art. 139 al art. 129, LSC), para otorgar receso, el Proyectista mantiene la solución de la desmejora notoria en los derechos patrimoniales de socios o accionistas, así como también los dos criterios (descritos para la transformación) en la que dicha desmejora se manifiesta, pero incorpora dos nuevos: (i) la disminución en forma relevante del porcentaje de participación del socio en la sociedad; (ii) la disminución sustancial del valor patrimonial de la participación del socio o accionista (LSC, art. 129 proyectado).

Naturalmente, en estos criterios también hay un grado de subjetividad, de modo que corresponderá caso a caso determinar su verificación, lo que puede conllevar en la práctica a la negativa de la sociedad a aceptar el ejercicio del receso en caso de que entienda no acreditada ninguna de estas causales.

La fusión y escisión no generaran derecho de receso cuando se trate de sociedades anónimas abiertas que emitan acciones que coticen en mercados formales, siempre que las sociedades resultantes mantuvieran el carácter de sociedades anónimas abiertas (LSC, inciso final, art. 363 proyectado).

Finalmente, resta señalar que, a título de norma dispositiva, se dispone que, salvo pacto en contrario, el valor de la participación del socio saliente (no solo en casos de ejercicio del derecho de receso sino en general en situación de rescisión parcial) se fijará conforme al patrimonio social (valor patrimonial proporcional; VPP) o al valor presente del flujo de ingresos esperados de la sociedad, o por cualquier otro criterio razonable, de acuerdo con las prácticas del comercio (LSC, inciso primero, art. 154 proyectado).

## 18. Derecho de voto

En lo que atañe al derecho de voto, con el Proyecto pasa a ser posible la emisión de acciones de voto plural o múltiple (LSC, arts. 307, inc. 2, y 322 inc. 1 proyectado), solución ya admisible en la SAS (Ley N° 19.820, art. 17), la cual derriba aquel aforismo de “una acción, un voto”.

Por otra parte, se dispone que los estatutos podrán establecer derechos de voto diferentes para cada clase o serie de acciones, siendo posible también atribuir voto singular o múltiple, o acciones sin derecho de voto. En espejo con la ecuación actual prevista para las acciones preferidas, se establece que las acciones no podrán ser privadas de derecho de voto en las asambleas en que se consideren resoluciones o reformas que modifiquen el régimen aplicable a la respectiva clase, o que otorguen derecho de receso (LSC, art. 322, inc. 2 proyectado).

## 19. Acciones sectoriales o vinculadas

La LSC no contiene una norma expresa que permita la emisión de acciones sectoriales o vinculadas (*tracking stocks*) en la sociedad anónima<sup>21</sup>. Como puerta de entrada a las mismas dentro del marco normativo actual, se han expuesto dos posiciones. Para un

21 Puede profundizarse el tema en: Arias, S., Hirschlaff, A. (2022). Las acciones sectoriales y el anteproyecto de reforma del artículo 307 de la Ley de Sociedades Comerciales: un texto con el que todos ganan. *Revista De Derecho*, (26), 3–22.

sector de la doctrina, es posible su emisión como acciones ordinarias de una serie especial, a las que se atribuirán dividendos sobre la actividad de un sector de los negocios de la sociedad (Rodríguez Mascardi y Ferrer Montenegro, 2015). Para otro sector de la doctrina, en cambio, es posible su instrumentación bajo la forma de acciones preferidas (Alfaro Borges y Poziomek, 2019).

El Proyecto zanja toda discusión teórica con la propuesta de modificación del actual artículo 307. Al respecto, los puntos más importantes son los siguientes: (a) el estatuto podrá contemplar la emisión de acciones sectoriales, que darán sus tenedores el derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades netas distribuibles producidas por uno o más sectores de actividad o uno o más proyectos específicos; (b) las acciones sectoriales afectadas a cada sector o proyecto específico, o a cada conjunto de ellos, constituirá una clase especial de acciones; (c) el estatuto deberá prever la forma de determinación de la utilidad de cada sector o proyecto específico y la forma de imputación al mismo de los costos indirectos de la sociedad; (d) el estatuto también deberá establecer si las acciones sectoriales participarán en las utilidades netas distribuibles de la sociedad; (e) la sociedad deberá confeccionar estados contables especiales por cada sector o proyecto, elaborados de acuerdo con normas contables adecuadas; (f) no se podrán distribuir dividendos a los accionistas sectoriales si la sociedad no hubiera tenido utilidades netas distribuibles y sin compensar previamente las pérdidas de ejercicios anteriores.

## 20. Eliminación de la reserva legal, causal de disolución por pérdidas y régimen de reducción obligatoria de capital.

75

Hogaño, las sociedades comerciales deben destinar no menos del 5% de las utilidades netas que arroje el resultado del ejercicio al fondo de reserva legal hasta alcanzar el 20% del capital integrado (LSC, art. 93 actual). No podrán distribuirse utilidades hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores y se recomponga la reserva legal cuando esta hubiere quedado disminuida por cualquier razón (LSC, art. 98 actual).

Las pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra interior a una cuarta parte (1/4) del capital integrado, conllevan a que la sociedad ingrese en causal de disolución (LSC, art. 159.6 actual).

Si las pérdidas existentes insumen la totalidad de las reservas y el 50% del capital integrado, la sociedad debe acudir a la operación de reducción nominal obligatoria de capital integrado (LSC, art. 293 actual)<sup>22</sup>. Se trata de un mecanismo de alerta previo a que se configure la causal de disolución (Olivera García, 1991).

Estas tres fórmulas normativas son suprimidas en el Proyecto. En cuanto a la segunda de ellas (naturalmente, expansible a la tercera), la exposición de motivos funda dicho proceder “*por entenderse que se trata de una materia que ha pasado a estar regulada por el derecho concursal*” (Exposición de motivos, Numeral 12, cuarto párrafo)<sup>23</sup>.

22 Para mayor abundamiento, véase: Pérez Ramos, G. (2018). *Capital integrado de las sociedades anónimas. Aumento, reducción y reintegro. Aspectos jurídicos, contables y de procedimiento*. Montevideo, La Ley.

23 La filosofía detrás de la existencia de esta causal de disolución radica en el considerar del legislador de que la sociedad ha acumulado pérdidas tales que determinan la extinción total o de un porcentaje sustancial del capital aportado originariamente, evidenciando así la existencia de una crisis empresarial, e imposibilitando que la sociedad pueda continuar desarrollando su objeto social (Olivera García, 1991).

## 21. Regulación de los aportes irrevocables de capital a cuenta de futuras integraciones

En consonancia con la previa consagración para la SAS (Ley N° 19.820, art. 18), el Proyecto pretende acoger y otorgar un régimen jurídico a los aportes irrevocables de capital a cuenta de futuras integraciones, a través del proyectado artículo 282 bis, de acuerdo con el cual: “Los aportes irrevocables que la sociedad reciba a cuenta de futuras integraciones de capital podrán mantener tal carácter por el plazo de veinticuatro meses contados desde la fecha de aceptación de los mismos por el órgano de administración. La reglamentación que se dicte deberá establecer las condiciones y requisitos para su instrumentación”.

Los aportes irrevocables de capital a cuenta de futuras integraciones (también denominados “adelantos” o “anticipos” en la jerga societaria) han sido conceptualizados como un especial mecanismo de financiación de las sociedades comerciales, en especial de las sociedades anónimas, constituidos por las sumas o los bienes entregados a la sociedad, con carácter irrevocable, persiguiendo la finalidad de que dichos bienes entregados lo sean a modo de adelanto de futuras integraciones (aumentos, emisiones o suscripciones) de capital (Pérez Ramos Bologna, 2006).

Cuatro ideas principales se infieren de la virtual prescripción legislativa: (i) los aportes deben ser irrevocables, de modo que quedan excluidos los aportes revocables; ello significa que el aportante no podría ulteriormente renunciar; (ii) mantendrán su carácter de tales por el plazo de 24 meses desde la aceptación de los mismos; (iii) el órgano encargado de su aceptación es el órgano de administración; (iv) al igual que en la SAS, la reglamentación deberá establecer las condiciones y los requisitos para su instrumentación.

En cuanto a cómo deben contabilizarse, cabe recordar la posición del TCA, cuando aseveró que en tanto no se haya resuelto su capitalización por la asamblea de accionistas, los mismos deben computarse como un pasivo de la sociedad y no dentro del patrimonio<sup>24</sup>. En sede de SAS, el Decreto N° 399/019, reglamentario de la Ley N° 19.820, estableció en su artículo 13, que los aportes irrevocables a cuenta de futuras integraciones conforman el patrimonio de la sociedad.

## 22. Impugnación de las resoluciones sociales

El derecho societario positivo vigente prevé a texto expreso la acción de impugnación de las resoluciones de la asamblea de accionistas de la sociedad anónima.

Como principales características pueden destacarse: (i) son objeto de impugnación las resoluciones adoptadas contra la ley, el contrato social o los reglamentos, o que fueran lesivas del interés social o de los derechos de los accionistas (LSC, art. 365 actual); (ii) el plazo para promover la acción es de 90 días (LSC, art. 366 actual); (iii) se preceptúa

24 El TCA sustentó dicho planteo en la sentencia N° 479/2012, de 16 de agosto de 2012 (PREZA, HARRIAGUE, SASSÓN, GÓMEZ TEDESCHI, TOBÍA -r-) y adhirió a la posición que en nuestro foro sostienen Rodríguez Olivera y Lapique. En la vereda opuesta se sitúa Pérez Ramos para quien deben contabilizarse en el patrimonio neto, y dentro del mismo, como un rubro diferenciado del capital integrado y de los restantes rubros patrimoniales.

un amplio elenco de legitimados activos para promover la acción: cualquier director, el administrador, el síndico o los integrantes de la comisión fiscal, el órgano estatal de control y los accionistas que no hayan votado favorablemente o hayan votado en blanco o se hayan abstenido y los ausentes (LSC, art. 367 actual); (iv) la acción se tramita por la estructura procesal del proceso extraordinario (LSC, art. 18 actual); (v) la sentencia que acoge la pretensión de impugnación deja sin efecto la resolución impugnada, de modo que despliega sus efectos hacia el futuro; no afecta los derechos adquiridos por terceros, salvo se trate de terceros de mala fe (LSC, art. 370 actual).

En yuxtaposición a esta acción, el art. 365 de la LSC, reconoce la posibilidad de promover una acción ordinaria de nulidad por violaciones a la ley.

Por supuesto reconociendo lo discutible del tema, las dos interrogantes más relevantes que pueden esbozarse frente a la legislación actual, son: primero, en la medida que la acción está prevista en sede de sociedades anónimas, ¿qué sucede respecto de los demás tipos sociales?; en esta línea de pensamiento es dable destacar que todos los institutos regulados específicamente para la sociedad anónima han provocado desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales para extenderlos a las demás formas jurídicas societarias; en este tema, se ha aceptado jurisprudencialmente aplicar dichas normas para impugnar las resoluciones de la asamblea de socios de la sociedad de responsabilidad limitada (Cohen Ventura, 2004); segundo: ¿qué sucede con el vacío legislativo respecto a la posibilidad de impugnar las resoluciones de otros órganos de la sociedad comercial, como lo es el órgano de administración?; aquí se presentan dos posiciones; para una de ellas, sería posible aplicar por analogía las normas previstas para la impugnación de resoluciones de la asamblea de accionistas de la sociedad anónima (LSC, art. 365 y siguientes); para otra de ellas, en cambio, sería posible la promoción de una acción ordinaria de nulidad<sup>25</sup>.

77

El Proyecto elimina el manto de duda y propone suprimir la acción de impugnación de las resoluciones de la asamblea de accionistas de la sociedad anónima (LSC, arts. 365 a 374 actuales), creando, en su lugar, una acción de impugnación de nulidad de las resoluciones sociales (LSC, art. 33 bis y art. 33 ter proyectados).

Esta acción se sitúa en la parte general de la ley por lo que resulta aplicable a todos los tipos sociales, lo cual además se refleja en la terminología utilizada cuando por ejemplo se habla del “órgano de gobierno” y no de la “asamblea de accionistas”.

Asimismo, podrán ser impugnadas las resoluciones provenientes tanto del órgano de gobierno de la sociedad como del órgano de administración.

Las normas proyectadas deberán ser objeto de posteriores reflexiones, algunas de las cuales ya han sido expuestas<sup>26</sup>.

25 El desarrollo del tema puede profundizarse en: Machado Martínez, V. (2012) ¿Es procedente la acción de impugnación de las resoluciones del Directorio? En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 139-148). Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria; López Rodríguez, C.E. (2015). Impugnación de resoluciones de asamblea y de directorio. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo II* (pp. 709-773). Montevideo, La Ley.

26 Para mayor abundamiento, véase: Machado Martínez, V. (2021). El régimen de impugnación de las resoluciones sociales propuesto en el Proyecto de reforma de la Ley 16.060. Los nuevos problemas de interpretación que se vislumbran. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Admirable conexión: derecho comercial, reformas y nuevas herramientas* (pp. 87-93). Fundación de Cultura Universitaria; Machado Martínez, V. (2022). Algunas consideraciones sobre el régimen de impugnación de resoluciones de los órganos sociales. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 321-328). Fundación de Cultura Universitaria.

## 23. Extinción de las acciones al portador

El análisis de algunas leyes societarias sancionadas en los últimos años pone de manifiesto el intento legislativo de, o bien querer reducir ostensiblemente las sociedades comerciales por acciones al portador, o bien procurar la extinción de las mismas.

En primer lugar, diversas leyes han limitado la autonomía de la voluntad de los accionistas, al restringir la tipología accionaria de la que ciertas sociedades anónimas pueden disponer. Pluralidad de casos podrían destacarse, pero, a mero título de ejemplo, la sociedad anónima aseguradora y la sociedad anónima deportiva sólo pueden ser emisoras de acciones nominativas.

En segundo lugar, las leyes N° 18.930 (de registro de participaciones patrimoniales al portador a cargo del Banco Central del Uruguay) y N° 19.288 (de depuración de sociedades inactivas) estipularon soluciones donde, ya sea por la vía de la acción, o por la de la omisión, las sociedades anónimas se vieron afectadas, en tanto: (i) diversas sociedades comerciales hicieron uso de la opción concedida y transformaron sus acciones al portador en nominativas o escriturales; (ii) las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones emisoras de acciones al portador que no cumplieron en plazo con el registro de titulares de acciones al portador quedaron disueltas de pleno derecho; (iii) en la actualidad continúan vigentes algunas sanciones de relevancia.

En tercer lugar, la Ley N° 19.820 estableció que el capital de la SAS estará representado por acciones nominativas (endosables o no endosables) o por acciones escriturales.

Curiosamente, estos tres intentos fallaron o, al menos, no lograron íntegramente su cometido. En efecto, en un reciente informe de mayo del 2022 elaborado por la A.I.N., se puso en conocimiento de la ciudadanía que, de un total de 67.950 entidades registradas en el Registro de Titulares y Beneficiarios Finales a cargo del B.C.U., 26.520, es decir, un 39.03%, son sociedades anónimas por acciones al portador, ocupando la primera plaza en el podio de entidades registradas<sup>27</sup>.

Aproximadamente ocho años y medio antes, en la exposición de motivos de la Ley N° 19.288, se dejaba constancia que, a la fecha de implementación de la Ley N° 18.930, existían un total de 39.000 sociedades anónimas por acciones al portador, según información proporcionada por la D.G.I.<sup>28</sup>.

De la comparación de ambos datos, es decir, las 39.000 sociedades anónimas por acciones al portador que existían al 2012 y las 26.520 que existían al 2022, se puede concluir que se produjo una reducción de aproximadamente 1/3 de estas sociedades.

El Proyecto pondría fin absoluto a esta tipología accionaria, lo que, en dicho caso, dará lugar a analizar posibles soluciones con relación a las sociedades por acciones al portador existentes.

27 El documento se encuentra disponible en el siguiente link: <https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/comunicacion/noticias/rol-auditoria-interna-nacion-10-anos-vigencia-ley-n-18930>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2023.

28 El documento se encuentra disponible en el siguiente link: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquigraficas/senadores/47/2481/0/PDF>. Fecha de consulta: 25 de febrero de 2023.

## 24. Reflexión final

Llegando al epílogo resulta de interés enfatizar que el derecho societario uruguayo se encuentra atravesando la senda de la renovación y entiendo que el Proyecto de Reforma de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales N° 16.060 trae un aire fresco a la legislación societaria vernácula respecto de diversos asuntos que merecen revisión y cambio en estos más de 30 años desde la entrada en vigor de la ley.

En caso de que el proyecto atravesase con éxito su trámite parlamentario (tanto si las disposiciones proyectadas se mantienen incambiadas o no) no caben dudas de que cada una de las normas deberá ser objeto de profundas y profusas reflexiones en temas que tanto impacto tienen en los diferentes actores del sistema.

## Referencias bibliográficas

- Alfaro Borges, J. y Poziomek, R. (2019). Acciones sectoriales en el derecho uruguayo. En Instituto de Derecho Comercial. Universidad de la República (Ed.), *El derecho comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal* (pp. 193-202). Fundación de Cultura Universitaria.
- Berdaguer, J. (1998). *Sociedades extranjeras*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Chalar, L.L. (2010). Squeeze-out en el Uruguay. Una propuesta de lege ferenda. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Sociedades y concursos en un mundo de cambios* (pp. 141-150). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cianciarulo Bertone, D. (2012). Consecuencias de la aplicación de la ley N° 18.930 en relación a las sociedades disueltas. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 79-83). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cohen Ventura, M. (2004). La impugnación de asamblea en la SRL. *Anuario de Derecho Comercial* N°10, 417-422.
- Ferrer Montenegro, A. (2014). Derecho a la información de accionistas y secreto de los negocios. En A. Ferrer Montenegro y H. Ferreira Tamborindeguy (Coordinadores), *Protección de la Información en los Negocios* (pp. 19-29). Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay.
- Ferro Astray, J.A. (1991). Sociedad unipersonal. *Anuario de Derecho Comercial* N° 5, 11-20.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2009). *Curso de Derecho Internacional Privado. Tomo II. Vol. 2*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1981). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIV. Vol. 7*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Garrigues Diaz-Cañabate, J. (1978). Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima. *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Civitas.

- Jiménez de Arechaga, M. (1993). Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16.060 de sociedades comerciales. *Anuario de Derecho Comercial* N°6, 141-148.
- López Rodríguez, C. (2008). Consecuencias del incumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 193 de la Ley 16.060, por parte de sociedades extranjeras que establecen sucursales. *Revista de Derecho Comercial*, 3 (1), 67-94.
- Manóvil, R.M. (2015). El squeeze out en la Argentina. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo I* (pp. 385-430). La Ley.
- Miller, A. (2006). La emisión de acciones con prima. *Anuario de Derecho Comercial* N°11, 67-81.
- Miller, A. (2012). Algunos aspectos vinculados a la liquidación de sociedades comerciales. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 149-154). Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2015). Relevancia del derecho al dividendo y dividendo mínimo obligatorio. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo I*. La Ley.
- Miller, A. (2022). La negativa a la distribución de dividendos y la separación del accionista disidente. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Agudezas y laberintos: el derecho comercial de cara a un nuevo paradigma* (pp. 363-368). Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (1986). La prima de emisión en el aumento de capital de las sociedades anónimas. *Anuario de Derecho Comercial* N°3, 67-84.
- Olivera García, R. (1991). La disolución de las sociedades comerciales por pérdidas. *Anuario de Derecho Comercial* N°5, 81-95.
- Olivera García, R. (1999). El orden público en la ley de sociedades comerciales. *Anuario de Derecho Comercial* N° 8, 109-119.
- Olivera García, R. (2007). La exclusión de minorías en las sociedades anónimas. El squeeze-out y su aplicación en el Derecho uruguayo. En B. Bugallo y A. Miller (Coordinadores), *Derecho societario: Ferro Astray, In Memoriam* (pp. 419-493). Editorial B de f.
- Olivera García, R. (2016). Responsabilidad del administrador societario. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo II* (pp. 891-1051). La Ley.
- Olivera García, R. (2017). Entendiendo la redomiciliación societaria. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Impulso y desarrollo: el derecho comercial como organismo vivo* (pp. 169-182). Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (2020). *Ensayos sobre sociedades comerciales*. La Ley.
- Pascale, R. (2017). Fisiología y anatomía financiera de las empresas: entendimientos y hallazgos empíricos recientes. *Revista de Derecho Comercial*, 2 (6).

- Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *Ius et Veritas*, 13 (27), 202-246. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16269>.
- Paz-Ares, C. (2011). Aproximación al estudio de los squeeze-outs en el derecho español. *THEMIS Revista de Derecho*, (59), 89-105. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9097>.
- Pérez Idiartegaray, S. (2004). Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas. *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y la Integración*, (4), 105-125.
- Pérez-Ramos Bologna, G. (2006). Adelantos irrevocables a cuenta de futuras integraciones de capital. *Anuario de Derecho Comercial N° 11*, 149-169.
- Pérez Ramos Bologna, G. (2015). La exclusión de accionistas. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo I* (pp. 449-477). La Ley.
- Pérez Ramos Bologna, G. (2016). Consecuencias de la omisión de fijar una prima de emisión adecuada en los casos de aumento real de capital de la sociedad anónima. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Realidad del derecho comercial: tensiones y sinergias en su práctica* (pp. 149-156). Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez Ramos, G. (2018). *Capital integrado de las sociedades anónimas. Aumento, reducción y reintegro. Aspectos jurídicos, contables y de procedimiento*. La Ley.
- Rodríguez Mascardi, T., Ferrer Montenegro, A. (2015). ¿Las acciones vinculadas (*tracking stocks*) son admisibles en nuestro derecho societario? En Instituto de Derecho Comercial. Universidad de la República (Ed.), *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual* (pp. 161-166). Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N.E., López Rodríguez, C.E. (2006). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo. Vol. 4. Tomo 1*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. (2006). Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Anónimas. En A. Ferrer Montenegro y G. Caffera (Coordinadores), *Responsabilidad de administradores y socios de Sociedades Comerciales* (pp. 419-493). Fundación de Cultura Universitaria.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2012, agosto 16). Sentencia N° 479 de 16 de agosto de 2012. Ministros: PREZA, HARRIAGUE, SASSÓN, GÓMEZ TEDESCHI, TOBÍA -r-.



Sebastián PICARDO GONZÁLEZ\*

Universidad de la República (Uruguay)

spicardo@adinet.com.uy

ORCID iD:<https://orcid.org/0000-0002-8388-9452>

Recibido: 21/12/2022 - Aceptado: 02/05/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Picardo González, Sebastián (2023). El interrogatorio de parte en el proceso civil .

*Revista de Derecho*, 22(43), 83-98. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.5>

## El interrogatorio de parte en el proceso civil

**Resumen:** En este trabajo me propongo analizar –sin ánimo de agotar un tema que merece una extensión y profundidad mayor–, la figura del interrogatorio de parte (en todas sus variantes) regulada por el Código General del Proceso. El objetivo de este trabajo consiste en relevar desde una perspectiva práctica las principales ventajas y algunos inconvenientes que presenta el funcionamiento de una herramienta procesal que parece estar algo infravalorada entre los operadores jurídicos, a pesar de su invaluable relevancia en el proceso.

**Palabras clave:** Declaración de parte, interrogatorio, prueba, valoración.

\* Abogado; Egresado de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (UDELAR); Asociado en Guyer & Regules; Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II en la UDELAR; Maestrando en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario -Argentina- (UNR); Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture (AUDP).

## The interrogation of a party in the civil process

**Abstract:** In this paper I intend to analyze –without the intention of exhausting a topic that deserves a greater extension and depth– the figure of the interrogation of the parties (in all its variants) regulated by the General Code of Procedure. The purpose of this paper is to highlight, from a practical perspective, the main advantages and some disadvantages of a procedural tool that seems to be somewhat undervalued among legal operators, despite its invaluable relevance in the process.

**Key words:** Statement by party, interrogation, test, assessment.

## A interrogação da parte no processo civil

**Resumo:** Neste artigo proponho-me a analisar –sem querer esgotar um tema que merece uma maior extensão e profundidade–, a figura do interrogatório de parte (em todas as suas variantes) regulada pelo Código Geral de Procedimento. O objetivo deste trabalho é destacar, a partir de uma perspectiva prática, as principais vantagens e algumas desvantagens apresentadas pelo funcionamento de uma ferramenta processual que parece ser um pouco desvalorizada entre os operadores jurídicos, apesar de sua inestimável relevância no processo.

**Palavras chaves:** Declaração por partido, interrogação, teste, avaliação.

## 1. Sumario

1. Sumario; 2. Generalidades; 3. Las diferentes clases de interrogatorio de parte –con fines probatorios– y los rasgos comunes que conservan entre sí; 3.1. La existencia de una regulación –parcialmente– uniforme; 3.2. El sujeto pasivo del interrogatorio; 3.3. La legitimación para ofrecer la producción del medio probatorio; 4. El interrogatorio libre o informal; 4.1. La forma del interrogatorio libre (cf. arts. 148.1 y 149.1 del C.G.P.); 4.2. La oportunidad procesal para su ofrecimiento y la forma de su ordenación (cf. art. 149.2 del C.G.P.); 5. El interrogatorio formal con previa indicación de preguntas (cf. art. 149.3 del C.G.P.); 6. La valoración de la prueba; 7. El ofrecimiento de prueba con la declaración y su valoración; 8. Bibliografía.

## 2. Generalidades

La declaración de parte es una exteriorización de conocimientos a través del lenguaje, que realiza “*cualquier litigante*” con interés diferente a quien ofrece la prueba, sobre la ocurrencia de determinados hechos producidos en el plano de la realidad social.

Se trata de un medio de prueba indirecto (en tanto el tribunal no percibe el hecho a probar con sus propios sentidos sino a través del relato de otro sujeto –que en este caso es “*cualquier litigante*”–) e histórico, por cuanto a través de su relato, la parte estará realizando una narración de acontecimientos pasados.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina –en general– ha calificado al interrogatorio de parte como: “*una especie de testimonio*” (Landoni, 2003, p.449). En rigor, si bien la regulación de la “*prueba testimonial*” en nuestro C.G.P. está dirigida pura y exclusivamente a la declaración de los terceros auxiliares del tribunal –los “*testigos*”– (cf. art. 154 del C.G.P.<sup>1</sup>), la deposición de un interesado principal del proceso también es un testimonio<sup>23</sup>, su naturaleza no varía en función de la situación jurídica procesal en que se encuentre el sujeto que presta su declaración.<sup>4</sup>

Con carácter general, el C.G.P. regula dos grandes modalidades de interrogatorio de parte atendiendo a su finalidad. En este sentido, podemos hablar de interrogatorio de parte con fines explicativos o aclaratorios<sup>5</sup> cuya regulación se concentra principalmente

1 Véase en este sentido que, nuestro CGP regula ambos institutos (declaración de parte y declaración de testigos) en dos secciones diferentes (secciones II y III del Capítulo III respectivamente), y sólo utiliza el término “*testimonial*” cuando hace referencia a la declaración de terceros, al regular su admisibilidad en su artículo 154.

2 Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE) la primera acepción del término “*testimonio*” significa: “*Atestación o aseveración de algo*”. Nada se dice respecto al sujeto emisor de tal aseveración.

3 Al respecto, también lo ha expresado Couture, E.J. al decir que: el término jurídico “*Testimonio*” significa –en su primera acepción–: “*Aseveración de una cosa o respuesta a un interrogatorio*” (Couture, 1983, p. 565).

4 Por esta razón, Landoni –y colaboradores– (en cita al maestro Carnelutti) ha señalado que: “*la doctrina distingue entre el concepto de testimonio en sentido amplio y en sentido estricto; en sentido amplio abarcaría la declaración de la parte involucrada en el proceso y la que prestan los terceros ajenos al mismo, mientras que en sentido estricto el testimonio refiere sólo a la narración que efectúan los terceros ajenos al proceso*” (Landoni, 2003, p.449).

5 Este tipo de interrogatorios, según De Santo: “*tiene como prioridad primordial, poner al Juez en contacto con las partes para lograr mayor claridad sobre los hechos que interesan al proceso, sin una intención específicamente probatoria. Este tipo de interrogatorio, sin embargo, no importa modificación ni ampliación de la demanda o de la contestación, que está sometida a términos preclusivos ni vincula al Juez para efectos de la congruencia de sus decisiones*” (De Santo, 1992, pp. 233 a 235- citado por Vescovi y colaboradores, 1998, p.328).

en los artículos 24.5, 341.1 (que puede y debe realizar de oficio el tribunal<sup>6</sup>) y 148.1 inc. final del C.G.P. (que puede realizar el propio asesor letrado de la parte que declara) y; el interrogatorio con fines probatorios, cuya regulación se concentra en los artículos 148 a 152 del mismo cuerpo legal.<sup>7</sup>

El interrogatorio de parte con fines probatorios (única modalidad que me propongo analizar en este trabajo), adquiere en el proceso jurisdiccional una doble relevancia. **Primero:** porque constituye fuente de prueba dirigida a obtener una confesión (expresa o ficta) de la parte interrogada respecto de la existencia o inexistencia del hecho a probar (cf. art. 137 del C.G.P.). **Segundo:** porque –tal como lo expresa Vescovi, E. y sus colaboradores– “puede ser la base para la deducción de argumentos de prueba derivados de la conducta de los litigantes” (Vescovi y colaboradores, 1993, p. 326.).

Esta doble relevancia jurídica, convierte al interrogatorio de parte en una muy eficaz herramienta procesal que bien podría cambiar la suerte de un proceso si se alcanza la confesión. Naturalmente, las resultancias probatorias del interrogatorio de parte deberán ser valoradas por el tribunal conforme a la regla general de la sana crítica (cf. arts. 140 y 141 del C.G.P.), aunque su peso probatorio varía en función del grado de confesión que se logre (expresa o ficta).

### 3. Las diferentes clases de interrogatorio de parte -con fines probatorios- y los rasgos comunes que conservan entre sí

En su redacción original, el C.G.P. regulaba dos clases de interrogatorio de parte claramente establecidos, a saber: **(i)** el interrogatorio libre (o informal) y; **(ii)** la absolución de posiciones (también llamado –en ese entonces– “interrogatorio formal”). Esta regulación, no planteaba mayores dificultades prácticas en cuanto a los criterios de distinción de cada interrogatorio y tampoco hubo grandes diferencias conceptuales a nivel dogmático y jurisprudencial.<sup>8</sup>

A raíz de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.090 en el año 2013, nuestra ley procesal regula actualmente tres formas diferentes de interrogatorio de parte. En concreto el C.G.P. –en su actual redacción– regula: **(i)** el interrogatorio libre (o informal); **(ii)** el interrogatorio formal y; **(iii)** la absolución de posiciones.<sup>9</sup>

6 Esta solución (el poder/deber) surge de la conjugación armoniosa de los artículos 24 y 25.2 del C.G.P.

7 El artículo 153 del CGP regula la confesión que, en mi opinión (siguiendo la posición Landoni y Abal Oliú entre otros autores.) no es un medio de prueba, sino una posible consecuencia del interrogatorio de parte.

8 Sobre el punto, se ha dicho (antes de la Ley N° 19.090) que: “el CGP se afilia a la tendencia moderna y recepta, entre los medios de prueba, la declaración de parte, en sus dos formas, la absolución de posiciones y el interrogatorio libre o informal” (Vescovi y colaboradores, 1993, p. 327). Seguidamente, el mismo autor agregó que: “desde la perspectiva legal, el instituto en examen puede ser regulado de dos modos: como interrogatorio formal [en clara referencia a la absolución de posiciones] o como interrogatorio informal [en referencia al interrogatorio libre]; ambos con finalidad probatoria” (Vescovi y colaboradores, 1993, p. 329).

9 Abal Oliú considera que actualmente sigue habiendo tan solo dos especies de interrogatorio. Esto es: el interrogatorio libre (informal) y el interrogatorio formal (absolución de posiciones) y que, el primero, a su vez, presenta dos variantes: interrogatorio libre sin citación (cf. art. 149.2) e interrogatorio libre con citación (cf. art. 149.3) (Abal Oliú, 2014, p.19). No comparto esta solución. Me inclino en este caso, por la opinión –alineada al texto legal– de Valentín, G. al decir que: “en el nuevo sistema entonces, deben distinguirse tres tipos de interrogatorios con específica finalidad probatoria: **el interrogatorio informal** (art. 149.2) **el formal con previa indicación de preguntas** (art. 149.3 y 149.4) y **la absolución de posiciones** (art. 150)” (Valentín, 2014, p. 118).

Naturalmente, todas estas especies de interrogatorio presentan múltiples diferencias entre sí. Empero, también conservan algunos rasgos comunes y soluciones generales que le son aplicables a todos por igual. No es objeto de este trabajo analizar en profundidad todas las características similares o comunes que presentan los tres medios de prueba<sup>10</sup>, a estos efectos creo relevante analizar –por el grado de especificidad y especialidad de la prueba-, los siguientes aspectos:

### 3.1. La existencia de una regulación -parcialmente- uniforme

El primer punto en común que presentan todas las clases de interrogatorio de parte se desprende de la propia regulación de todos los institutos en la sistemática de la ley procesal. En efecto, el artículo 148 del C.G.P. consagra un régimen uniforme que regula -con carácter general-, la iniciativa y la admisibilidad de todas las clases de interrogatorio de parte (incluso, la ley N° 19.090 incorporó a esta norma una mención especial al interrogatorio con fines aclaratorios).

La ley N° 19.090 agregó un segundo inciso a esta norma donde el legislador se ocupó especialmente en distinguir las tres clases de interrogatorio de parte indicando, además, las normas específicas que regulan a cada una. De acuerdo con el texto del artículo 148.2 del C.G.P. la forma y el funcionamiento del interrogatorio libre está regulado en el artículo 149.2 (agrego de mi parte, que debió remitirse también al primer inciso); el interrogatorio formal está regulado por el artículo 149.3 y la regulación de la absolución de posiciones se concentra en el artículo 150 y ss. del C.G.P.

87

### 3.2. El Sujeto Pasivo del Interrogatorio

El segundo punto en común que presentan todas las figuras analizadas consiste en la identidad del sujeto cuya declaración se solicita con el propósito de lograr su confesión.

El artículo 148.1 del C.G.P. con carácter general, establece –en lo medular- que: “la absolución de posiciones y el interrogatorio también procederán respecto de cualquier litigante con interés distinto de aquel que lo solicita”. Sobre el particular, corresponde realizar las siguientes puntualizaciones:

**En primer lugar:** la interpretación lógica y contextual del texto legal nos llevaría a concluir –en mi opinión- que, en la referencia al término “*interrogatorio*” no puede sino verse incluido tanto el interrogatorio formal como el informal recogido en el inciso siguiente de la misma norma. Queda por fuera de esta referencia, la absolución de posiciones, porque el propio C.G.P. se encargó de distinguirlo, aunque en esencia, también es una especie de interrogatorio.

**En segundo lugar:** con esta disposición, el legislador previó que no solamente el interesado principal debe prestar su declaración a pedido de la contraparte (o de oficio en caso de ser un interrogatorio libre), sino también, la posibilidad de ofrecer el interrogatorio respecto de los terceros cuya intervención sucesiva ya fuera admitida en el proceso.

<sup>10</sup> Dicho enfoque, implicaría un trabajo monográfico de una extensión mucho mayor a la pretendida en esta sección. Se podría incluir, por ejemplo, aspectos generales como las cualidades de la prueba, el régimen general de admisibilidad –en sentido amplio- y su valoración, la dirección de la audiencia de declaración a cargo del tribunal, entre otros aspectos probatorios relevantes. Algunos de ellos, como la confesión, y la valoración de la prueba, son abordados en este trabajo, pero de forma independiente en los apartados finales.

Técnicamente, si el tercero ingresó al proceso en calidad de coadyuvante litisconsorcial invocando tener un interés directo en la causa<sup>11</sup>, adquiere la calidad de parte procesal y pasa a conformar una parte plural conjuntamente con el actor o con el demandado originario, ubicándose en la misma situación jurídica procesal. En los casos de las tercerías excluyentes, el tercero también adquiere la calidad de “parte” una vez admitido su ingreso al proceso. Consecuentemente, la referencia a “*cualquier litigante*” encuentra su verdadera razón de ser y su “efecto útil”, para el caso de la tercería coadyuvante simple<sup>12</sup>, donde el tercero ingresa al proceso -en forma espontánea o provocada- invocando un interés indirecto en la causa, motivo por el cuál, ha sido calificado por la doctrina nacional como una “*parte atenuada*” y no es –esencialmente- un interesado principal o una “parte procesal autónoma” en los términos del artículo 31 del C.G.P.<sup>13</sup>

**En tercer lugar:** podría existir una duda razonable acerca del valor probatorio de la confesión lograda a través de la declaración de uno de los integrantes de un litisconsorcio necesario<sup>14</sup>. Esta incertidumbre fue -en mi opinión, con acierto- disipada por un consolidado criterio jurisprudencial que sostiene que, la confesión de un solo litisconsorte no es valor suficiente para acreditar los hechos que involucran al resto de los integrantes del litisconsorcio.

La declaración de un litisconsorte cuando implique su confesión se trata –a mi juicio- de un típico acto de disposición del derecho en litigio y, por ende, queda comprendido dentro de la excepción recogida en la parte final del artículo 46 del C.G.P. Ergo, sólo podría tener eficacia convictiva pasible de ser valorada en el juicio, la confesión que se logra a través de la declaración coincidente de todos los sujetos integrantes del mismo litisconsorcio necesario. En esta línea, se ha pronunciado nuestra jurisprudencia.<sup>15</sup>

11 Artículo 48.2 y 51 del C.G.P. (en el último caso: podrá tratarse de un citado en garantía o por controversia común).

12 Artículo 48.1 y 51 del C.G.P. (en el último caso: podrá tratarse de un sujeto citado porque la sentencia lo puede afectar indirectamente-).

13 Al respecto, expresa Abal Oliú que: “**en la segunda variedad de tercerías coadyuvantes (las simples) reguladas en el art. 48.1, los sujetos no serían propiamente interesados principales, pues estos terceros no podrían haber iniciado por sí ese proceso, dado que su interés se vincula con el del actor pero no está directamente comprendido en el objeto del proceso (...) pero, no obstante, ese interés puede verse afectado desfavorablemente si el interés del actor no es aceptado en la sentencia...** (se trata de una relación o situación jurídica conexas o dependientes de la que se discute en el proceso)” (Abal Oliú, 2014, pp. 22 y 23).

14 Si el litisconsorcio es facultativo, no caben dudas que la confesión sobre los hechos que realiza uno de los litisconsortes no podría afectar a los demás integrantes del litisconsorcio en ninguna forma, en tanto dicha declaración no tendría incidencia en la unidad del proceso (cf. art. 45 del C.G.P.).

15 Nuestros tribunales han expresado sobre este punto que: “...tratándose de litisconsortes necesarios, solo se configura la confesión si todos los integrantes de esa parte plurisubjetiva formulan declaraciones en contra de sus intereses (Arts. 46 y 153 CGP). Por el contrario, cuando solo uno de los integrantes lo hace, no puede extenderse al otro estos efectos, ni considerar, por ende, que existe confesión, puesto que se trata de un acto de disposición. **Como lo ha sostenido antes la redactora, debe serse sumamente prudente en la aplicación de la regla de admisión en casos de litisconsorcio, cuando las conductas procesales de los litisconsortes no han sido uniformes (Cf. TAC 3º, sentencias N° 13/00 y 183/01). Tal afirmación deriva, lisa y llanamente, de la previsión del inc. 2 del art. 46 CGP al expresar que “los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes” (TAC 6º Klett (r), Hounie, Martínez, Sent. N° 181/2010 de fecha 18/08/2010, RUDP 1/2011, 1063-el destacado me corresponde).**

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia, también ha expresado que: “En esta especie de litisconsorcio, en principio los actos de un solo integrante de la parte plurisubjetiva alcanzan a los demás, en tanto sean favorables a la parte plural. Por el contrario, si se tratara de actos objetivamente perjudiciales, como los abdicativos o de disposición, no serán eficaces si no concurre a su producción la voluntad de todos los litisconsortes. La regla es por tanto la uniformidad de actuación y eficacia común de lo realizado, ya sea por uno o por todos los litisconsortes, y admite excepción en todos aquellos actos que impliquen disposición de los derechos hechos valer” (Suprema Corte de Justicia Scia. N°289/2002, de fecha 18/09/2002, Dr. Gervasio Enrique Guillot M. Dr. Raúl Jose Alonso De Marco, Dr. Milton Hugo Cairoli M. Dr. Roberto Jose Parga L., Dr. Leslie Alberto Van Rompaey).

### 3.3. La legitimación para ofrecer la producción del medio probatorio

El artículo 148 del C.G.P. es claro en cuanto a que todas las formas de interrogatorio de parte pueden ser ofrecidos por “*las partes*”. Naturalmente, la parte que ofrece la prueba no podrá solicitar su propia declaración sino -únicamente- el interrogatorio de su contraparte o cualquier otro litigante con un interés distinto al suyo.<sup>16</sup> El rol del asesor letrado de la parte interrogada se limita a controlar la admisibilidad de las preguntas realizadas en audiencia y demás actos derivados de la función de control. Solamente podrá realizar el interrogatorio a la parte que asesora con fines meramente aclaratorios (cf. art. 148.1 del C.G.P.<sup>17</sup>).

Por lo demás, con relación al concepto de “*partes*” referido en la norma, Landoni y colaboradores, ha señalado que, el hecho de que el interrogatorio pueda realizarse respecto de cualquier litigante ...incide directamente en la legitimación para solicitar la declaración; ya que supone que puede solicitarla cualquier integrante de una parte respecto de aquel que tenga un interés distinto al suyo. Esta posibilidad se relaciona con los supuestos de litisconsorcio voluntario e intervención de terceros. Inclusive, nuestra doctrina ha señalado la posible aplicación de esta disposición en algún caso de litisconsorcio necesario (...), tesis que nos parece correcta (Landoni y colaboradores, 2003, p. 452). Coincido con lo expresado por los autores. En mi opinión, dicha solución se desprende con toda facilidad del tenor literal de la norma y el significado jurídico de “*parte*” procesal (cf. art. 31 del C.G.P.<sup>18</sup>).

Volvemos al mismo punto comentado recientemente, si el tercero que ingresa al proceso lo hace en calidad de coadyuvante litisconsorcial<sup>19</sup> o excluyente<sup>20</sup>, será considerado a todos los efectos procesales como “*parte*” y no es necesario realizar una interpretación extensiva de la norma, recurriendo al concepto de “*cualquier litigante*” (referencia que, además, el C.G.P. no menciona al regular la legitimación, sino para determinar los sujetos que deben prestar su declaración).

La particularidad, se presenta en que, el tercero coadyuvante -bajo esta modalidad-, podrá solicitar el interrogatorio de la parte coadyuvada y viceversa, porque no siempre existe un interés común en todos los aspectos del enramado de relaciones jurídicas sustantivas que vinculan al coadyuvante con el coadyuvado (por ej. en el caso de la tercería provocada por controversia común en la que, el coadyuvado -citante- alega que el responsable de la producción del evento dañoso es el tercero que lo coadyuva).<sup>21</sup>

Por lo demás, si el tercero ingresa al proceso en calidad de coadyuvante simple, -en mi opinión- no participa del mismo concepto de “*parte*” -“*plena*”- recogido en el artículo 31 del C.G.P. y, por ende, podría resultar opinable si este medio de prueba podría o no ser ofrecido por su propia cuenta, sin que lo haga el coadyuvado. Esto, porque el estatuto

16 La finalidad del interrogatorio de parte -con fines probatorios- es lograr la confesión. Por tanto, el ofrecimiento de su propia declaración atentaría contra la naturaleza y la esencia misma del instituto.

17 Esta solución fue incorporada a través de la Ley N° 19.090, al establecer: “No procederá el interrogatorio de un litigante por parte de su asesor letrado, salvo para formular preguntas meramente aclaratorias”.

18 La norma es clara: “*son partes en el proceso el demandante, el demandado y los terceros en los casos previstos por este Código*”.

19 El artículo 334.2 del C.G.P. establece que: “*el tercero coadyuvante (...) formará una sola parte con la coadyuvada*”.

20 El artículo 334.3 inc. 2 del C.G.P. establece que: “*el tercero excluyente actuará como una más de las partes en el proceso*”.

21 Sobre el particular, Klett ha expresado que: “...en el supuesto de intervención litisconsorcial, habrá que atender al planteo del tercero y a la posición concreta que adopte en el proceso respecto de las partes y las pretensiones y defensas aducidas” (Klett, 1996, p. 203).

del tercero que ingresa al proceso bajo la modalidad, le impone acompañar la estrategia procesal del coadyuvado y no contradecirla.

Así, se podría sostener –razonablemente– que, el silencio o la omisión del coadyuvado sobre el ofrecimiento del interrogatorio de parte, veda toda posibilidad de ofrecimiento del medio de prueba por el tercero coadyuvante simple.<sup>22</sup>

En mi opinión, la exigencia de “no contradecir” la estrategia o el “interés” del coadyuvado, no significa que el tercero no pueda ofrecer por su cuenta el interrogatorio de parte que el coadyuvado omitió o no quiso ofrecer al proceso.

El fundamento es muy simple, el interrogatorio de parte tiene como principal objetivo obtener la confesión del litigante contra quien fue ofrecida la prueba (que deberá tener un interés contrapuesto al del coadyuvado) y sólo hace prueba una vez que se logra la confesión. Las declaraciones que el litigante realiza en forma coincidente con su propio interés planteado en el acto de proposición inicial no pueden incidir en la valoración probatoria que ha de realizar el tribunal (este punto lo he desarrollado *infra*. Ver Capítulo 7).

En este escenario, el ofrecimiento de este medio de prueba en concreto no podría –en ninguna hipótesis jurídicamente válida– resultar desfavorable al interés del coadyuvado. A esto, debe agregarse que, normalmente nuestros tribunales han admitido el ofrecimiento de prueba por parte del tercero coadyuvante simple, diferente a la que fuera ofrecida por el coadyuvado en el acto de proposición inicial, siempre y cuando el estado del proceso al momento de su ingreso se lo permita.<sup>23</sup> En definitiva, –aun resultando opinable– considero que el tercero coadyuvante simple podrá ofrecer este medio de prueba cuando el coadyuvado lo haya omitido, siempre y cuando éste último no se oponga expresamente a la admisión de la prueba ofrecida por el tercero. Esta solución, también se impone por razones de lógica simétrica, si se admite la declaración del tercero coadyuvante simple (por la inclusión en la expresión “*cualquier litigante*”) también debería admitirse su legitimación para ofrecer el medio de prueba.

Finalmente, debo realizar una salvedad sobre la legitimación para el caso del interrogatorio libre o informal. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las modalidades (el interrogatorio formal y la absolución de posiciones), el interrogatorio de parte también podrá ser dispuesto de oficio por el tribunal que esté conociendo en el asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1 del C.G.P. Asimismo, en todos los casos el tribunal deberá dirigir la audiencia y realizar el interrogatorio, sin perjuicio de las preguntas y repreguntas<sup>24</sup> que puedan formular los asesores letrados de los interesados principales.

22 Sobre la cuestión, se ha dicho en doctrina que, de acuerdo con el estatuto del tercero coadyuvante, estará legitimado “... para interponer recursos, pedir pruebas, solicitar una nulidad, etc., con las limitaciones propias de su intervención adherente a una de las partes, que implica que no puede actuar en contradicción con la parte a la que adhiere porque se haya subordinado a esta. Señala Davis Echandía que ello importa que el tercero, si coadyuva al demandante, no pueda desistir de la demanda ni transigir en forma independiente... Tampoco podrá reconocer documentos que su coadyuvada haya rechazado por falso, pero sí podrá objetar documentos, cuando el coadyuvado guarde silencio” (Vescovi y colaboradores, 1993, p 142).

23 Va de suyo que, si el tercero ingresa al proceso luego de la audiencia preliminar ya no podrá ofrecer prueba que no sea superviniente o vinculada a un hecho nuevo, en tanto deberá tomar el proceso en el estado en que se encuentre (cf. art. 334.2 del C.G.P.).

24 El régimen de repreguntas sigue la misma regla general de todo el interrogatorio. Solo podrá realizar repreguntas con fines probatorios el asesor letrado de la parte cuyo interés es contrapuesto al interés del litigante que declara. El asesor letrado de la parte interrogada únicamente podrá realizar repreguntas con fines meramente aclaratorios.

## 4. El interrogatorio libre o informal (cf. arts. 149.1, 149.2 y 149.4 del C.G.P.)

Esta modalidad, se encuentra regulada en los artículos 149.1, 149.2 y 149.4 del C.G.P. El artículo 149.1 del C.G.P. regula la iniciativa y la forma en que debe realizarse el interrogatorio; el artículo 149.2 del C.G.P. regula la oportunidad procesal para su ofrecimiento y/o disposición por el tribunal y la producción de la prueba; finalmente, el artículo 149.4 del C.G.P. regula las consecuencias de la incomparecencia a la audiencia de declaración informal (con previa citación), las respuestas evasivas y el silencio ante las preguntas que se le realizan en audiencia.

### 4.1. La forma del interrogatorio libre (cf. arts. 148.1 y 149.1 del C.G.P.)

El artículo 149.1 del C.G.P. establece que luego de realizado el interrogatorio por el tribunal, “las partes, por intermedio de sus abogados podrán interrogarse libremente, pero sujetas a la dirección del tribunal, conforme con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 161.” El texto legal es claro. La formulación de las preguntas por el tribunal y las partes no está sujeta a ningún tipo de forma sacramental y puede formularse cualquier tipo de preguntas –dentro de los límites generales de admisibilidad de la prueba en sentido amplio-, en forma asertiva o dirigida a obtener en la respuesta, una narración más o menos prolongada.

Tal como su denominación lo indica, el interrogatorio es “libre” o “informal” y sigue la técnica de litigación del “*cross examination*”. Esta técnica (también conocida como “contra-interrogatorio”), implica la formulación de preguntas cruzadas, con una amplia facultad para repreguntar, tal y como funciona el interrogatorio de testigos, a tal punto que, la propia norma se remite al artículo 161.3 del C.G.P.<sup>25</sup> Con la nueva redacción del artículo 148.1 *in fine*, esta técnica de interrogatorio, encuentra un límite infranqueable que desnaturaliza su función: el abogado que asiste a la parte interrogada, no puede realizar preguntas con fines probatorios<sup>26</sup>. Cabe precisar que, aun antes de este agregado en el artículo 148.1 del C.G.P., la jurisprudencia -en general y salvo excepciones- impedía el interrogatorio a la parte que declara por su propio asesor, fundándose -principalmente- en el sentido del término “*recíprocamente*” que da comienzo a la redacción del artículo 148.1 del C.G.P.<sup>27</sup>

25 Sobre la cuestión, expresó Landoni que bajo esta técnica: “... primero pregunta una parte, después la otra y se pueden efectuar repreguntas, siempre bajo la dirección del tribunal” (Landoni y colaboradores, 2003, p. 456).

26 Sobre este tema, Valentín, G. ha expresado que: “... la remisión al numeral 3) del art. 161 debe coordinarse con la restricción del art. 148 *in fine*, que inequívocamente limita el alcance del interrogatorio al asesor letrado del declarante a la formulación de preguntas meramente aclarativas” (Valentín, 2014, p. 116).

27 A modo de ejemplo, se ha expresado en una sentencia del año 2011 que: “Respecto a la recurrencia planteada por la decisión de la a quo ... se estima que la normativa mencionada por el recurrente, implica el interrogatorio “cruzado” como menciona Marabotto... y que por tanto no está comprendida la intervención del abogado del interrogado a los efectos de repreguntar sino solamente a formular aclaraciones... ya que la posibilidad de preguntar fue concedida únicamente al contrario que tiene un interés opuesto y que busca obtener la confesión...” (Scia. N° 425/2011 TAF 2°, Dres. Cantero, Pérez Manrique, Silberman, RUDP 1/2012, c. 1039).

## 4.2. La oportunidad procesal para su ofrecimiento y la forma de su ordenación (cf. art. 149.2 del C.G.P.)

El artículo 149.2 del C.G.P. marca dos aspectos medulares que caracterizan a este tipo de interrogatorio e inciden en la oportunidad procesal para su ofrecimiento y la forma en la que el tribunal dispone –de oficio o a petición de parte- su producción. En cuanto a lo primero, la norma establece que: “*El interrogatorio podrá efectuarse en el curso de cualquier audiencia...*”; sobre lo segundo, la norma indica que el tribunal dispondrá el interrogatorio “*sin necesidad de previa citación*”. Ambas cuestiones están directamente relacionadas.

### 4.2.1. La oportunidad procesal para su ofrecimiento

El hecho de que la norma refiera –sin brindar mayor detalle- al “*curso de cualquier audiencia*” no es óbice para que la prueba pueda ser ofrecida en cualquier acto procesal durante el desarrollo del proceso o en forma previa.

En efecto, el interrogatorio libre de parte, es un medio de prueba espontáneo que, al igual que el careo (cf. art. 162 del C.G.P.) puede ser ofrecido en cualquier etapa del proceso –luego de fijado el objeto del proceso y de la prueba-, también como diligencia preparatoria (cf. art. 306.2 del C.G.P.) y en segunda instancia siempre y cuando el recurso de apelación se interponga contra una sentencia definitiva (en los casos previstos por el artículo 253.2 del C.G.P.),<sup>28</sup> entre otras oportunidades expresamente previstas por la ley.

Es muy común observar entre los operadores jurídicos la costumbre de realizar en el acto de proposición inicial una “reserva del derecho a realizar el interrogatorio de parte”. Esta reserva carece de todo valor jurídico. No es posible disponer del derecho a probar consagrado en normas procesales de carácter indisponible (cf. art. 16 del C.G.P.). Además, -como se ha dicho- el interrogatorio libre puede ser ofrecido en cualquier momento, volviendo innecesaria cualquier tipo de reserva.

En mi opinión, esta “reserva” sólo podría generar confusión en cuanto a la naturaleza jurídica del medio probatorio ofrecido. En efecto, si no se aclara con precisión el tipo de interrogatorio cuya producción se pretende, se podría pensar –con cierta lógica- que se trata del interrogatorio formal. Ello, porque esta modalidad conjuntamente con la absolución de posiciones, son las únicas que la ley exige que sean ofrecidas en el acto de proposición inicial (no el informal).

En este escenario, si la parte no realiza ninguna aclaración al momento de la ratificación de su escrito de proposición inicial en la audiencia preliminar y omite agregar el pliego con las preguntas, el medio probatorio podría ser rechazado por inadmisibile.

En este caso, se plantea la siguiente interrogante ¿qué ocurre si luego de rechazado el interrogatorio formal, la parte propone el interrogatorio informal? En mi opinión –aunque el tema es discutible-, la prueba podría ser rechazada porque se estaría sustituyendo un medio de prueba (el formal ofrecido inicialmente y rechazado por inadmisibile) por otro (el informal), actitud procesal que está vedada por la ley (cf. art. 144.1 del C.G.P.). He aquí, la especial relevancia de realizar el ofrecimiento de la prueba con absoluta precisión.

28 De acuerdo con lo establecido en el artículo 254.4 del C.G.P. con la apelación de las resoluciones interlocutorias solo podrá ofrecerse la prueba documental. Tampoco será admisible el interrogatorio de parte en segunda instancia en los procesos extraordinarios –en sentido estricto- de acuerdo con lo establecido en el artículo 346.4 del C.G.P.

Por lo demás, es también importante destacar que, en ocasiones, se observa en la práctica judicial que, cuando una de las partes ofrece la producción del medio de prueba en la propia audiencia (sea preliminar o complementaria), los jueces ordenan su producción para una audiencia posterior fijada a tal efecto. Dicha práctica es inadecuada y lesiona el derecho a probar de la parte que solicita el interrogatorio en tanto el ofrecimiento en audiencia para su producción en dicha oportunidad forma parte de la estrategia litigiosa de la parte que lo propone.

#### 4.2.2. La “citación” de la parte para declarar en audiencia

En mi opinión, la expresión del legislador al decir que el interrogatorio procede “*sin necesidad de previa citación*”, es técnicamente incorrecta. En rigor, este interrogatorio es siempre con citación. Si la parte cuya declaración se solicita, se encuentra presente en audiencia, habrá una citación simultánea con la producción de la prueba -en la propia audiencia- que se verifica cuando el tribunal ordena el interrogatorio. En esta línea, expresó Klett –tiempo antes de la Ley N°19.090- que: en el ...interrogatorio informal, la solicitud, la ordenación, la citación y la declaración constituyen actos procesales diferentes que se realizan en la misma ocasión y sin solución de continuidad (...) la “citación” en estos casos constituiría una etapa de la ordenación, en tanto admitido el medio, el tribunal ordena que se produzca, poniendo de esta manera en conocimiento del declarante que está en condiciones de responder (Klett, 1996, p. 216).

Si al momento de su ofrecimiento la parte no se encuentra en audiencia (supongamos que comparece por apoderado), el tribunal deberá disponer formalmente su citación –previa admisión del medio probatorio- a través de una resolución jurisdiccional que no se notifica a domicilio y que, por la sola convocatoria a audiencia genera la carga de su comparecencia, al tenor de la consecuencia prevista en el artículo 149.4 del C.G.P.

En mi opinión, esta citación no desnaturaliza el medio probatorio, seguiremos en sede de interrogatorio libre o informal y no frente a un interrogatorio formal que, presenta características muy diferentes y que se encuentra sujeto a instancias preclusivas que no existen en el interrogatorio libre. En cualquier caso, la expresión “*sin necesidad de previa citación*” (desafortunada a mi juicio), no significa que no pueda ordenarse -también- con citación para una audiencia futura.

El interrogatorio libre o informal puede ser ofrecido por la parte o dispuesto de oficio por el tribunal en cualquier etapa del proceso (sujeto a algunos límites previstos por la ley que ya fueron señalados) y –a pesar de la desafortunada expresión del texto legal-, se ordena siempre con citación (en forma simultánea a su producción o en forma previa, dependiendo de si la parte que va a declarar se encuentra o no presente en la audiencia).

Sobre estos aspectos que –sin duda- caracterizan al interrogatorio libre y lo distinguen de otras clases de interrogatorio de parte, Valentín, G. tiene otra posición que vale la pena mencionarla en forma concisa.

Valentín, identifica al “*interrogatorio libre*” como aquel que se realiza “*sin citación*” (amparado en el texto del artículo 149.2 del C.G.P.).<sup>29</sup> Si el interrogatorio se realiza “*con*

<sup>29</sup> Valentín, ha dicho por ejemplo que el “...interrogatorio “libre” o “sin citación” podrá solicitarse en las mismas oportunidades que las demás pruebas y en cualquier audiencia”. Seguidamente, también expresó el autor que: “El ordinal 149.2, que regula el **interrogatorio informal** (“sin citación”) permanece incambiado” (Valentín, 2014, pp.117 y 119). El autor utiliza para identificar la naturaleza jurídica del interrogatorio, la citación. Es decir, será informal si no hay citación y será formal si hay previa citación.

*citación*” –para Valentín- su naturaleza será “*formal*”.<sup>30</sup> Esta diferencia conceptual que nos distancia, no es meramente teórica, sino que, tiene gran relevancia en la práctica, -principalmente- por la aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 149.4 del C.G.P. Al respecto señala Valentín, que:

...en el caso del interrogatorio informal del art. 149.2 refiere al interrogatorio dispuesto “en el curso” de una audiencia, sin necesidad de previa citación. Obviamente, para que ese tipo de interrogatorio sea requerido o dispuesto de oficio la parte debe estar presente. Resultaría inaceptable por ejemplo que en una audiencia complementaria en que la parte asistió a través de un representante se disponga su declaración y, ante la ausencia, se pretenda aplicar la consecuencia del art. 149.4. **Por otra parte, si se dispone la citación para otra audiencia, ya estamos en el ámbito del interrogatorio formal con previa indicación de preguntas, del art. 149.3** (Valentín, 2014, p. 120).<sup>31</sup>

No estoy de acuerdo con esta solución. Naturalmente, siempre que se ofrezca el interrogatorio formal, deberá disponerse con previa citación. Esto es así, porque el propio artículo 148.2 del C.G.P establece que este medio de prueba deberá ser ofrecido en las mismas oportunidades que establece la ley para el resto de los medios de prueba en general (de regla, debe ser el acto de proposición inicial). Por ello, creo que la expresión “*con previa citación*” prevista en el artículo 148.2 del C.G.P. para referirse al interrogatorio formal, no aporta nada. Algo mejor, es la redacción del artículo 149.3 del C.G.P., por cuanto no pone su acento en la citación previa, sino en la “*previa indicación de preguntas*” que, además, puede ser en sobre abierto o cerrado y que podrá ser agregado hasta la audiencia preliminar. Esto último –la forma y la oportunidad procesal para su ofrecimiento- es para mí lo que identifica y define al interrogatorio formal, no la citación.

Si partimos de la idea de que, todas las clases de interrogatorio de parte reguladas en nuestro C.G.P. son ordenadas con citación (previa o simultánea a la declaración, según su naturaleza y/o el estado del proceso –esto último, para el caso del interrogatorio informal-), la solución establecida en el artículo 149.4 del C.G.P. para los casos de incomparecencia a la audiencia complementaria, es aplicable tanto al interrogatorio formal como informal, siempre que la citación sea previa. Queda por fuera, únicamente la absolucón de posiciones porque el legislador previó para este supuesto, una sanción específica y –en principio- diferente, en el artículo 150.2 del C.G.P. Coincido con la postura de Saravia Morales y Saravia García, quienes expresaron que:

(...) la consecuencia del artículo mencionado se aplica también para el caso del interrogatorio informal (Art. 194.4) ya que refiere en forma genérica a la audiencia de declaración la cual se desarrolla en este caso, así como también cuando se cita en forma específica y previa a la parte para su realización (Saravia Morales, Saravia García, 2013, p. 56).<sup>32</sup>

30 Esta postura, sostiene Cal Laggiard (Cal Laggiard, 2013, p. 37).

31 El destacado me corresponde.

32 Esta misma solución, ya era impulsada desde antes de la Ley N° 19.090 por Klett partiendo del razonamiento –que comparto-, de que siempre, en absolutamente todos los casos de interrogatorio de parte, hay citación y que, por tanto, se aplicará también al interrogatorio informal la consecuencia prevista en el artículo 149.4 del C.G.P. en caso de incumplimiento de las cargas procesales (Klett, 1996, p. 218).

## 5. El interrogatorio formal con previa indicación de preguntas (cf. art. 149.3 del C.G.P.)

El interrogatorio formal está regulado en cuanto a su iniciativa y admisibilidad en el artículo 149.3 del C.G.P.<sup>33</sup> En cuanto a la oportunidad procesal para su ofrecimiento y la forma de su producción, la norma se remite a lo preceptuado en los artículos 148 y 150 del C.G.P. aplicable a la absolución de posiciones. Al igual que éste último y a diferencia del interrogatorio informal, el interrogatorio de parte formal deberá ser ofrecido de regla en el acto de proposición inicial.

En cuanto a la forma de su producción, -por la referida remisión al artículo 150 del CGP-, deberán formularse preguntas de tipo asertivas dirigidas a obtener respuestas del mismo tipo. La diferencia con respecto a la absolución de posiciones se aprecia en el hecho de que, el artículo 149.3 del C.G.P. prevé la posibilidad de agregar las preguntas en sobre “abierto o cerrado”, ampliando la posibilidad establecida en el artículo 150 del C.G.P. (únicamente sobre “cerrado”). En los hechos, parecería menos probable que la parte decida agregar las preguntas en sobre abierto, pero la norma igualmente otorga dicha posibilidad, que no está prevista para la absolución de posiciones.

So pena de pecar de reiterativo, al analizar la figura del interrogatorio formal debo volver a señalar que, estas características (la oportunidad y la forma) definen la naturaleza del interrogatorio formal y son -en mi opinión- los puntos claves que diferencian a esta figura respecto de la modalidad analizada en el apartado que antecede. La citación previa no es una característica que justifique tal distinción.

Si partimos de la idea (para mí, incorrecta) de que, la citación para una audiencia futura convierte al interrogatorio libre en interrogatorio formal, la parte que ofrece la prueba debería agregar con suficiente antelación a la audiencia de prueba, el pliego con las preguntas (exigencia requerida por ley para la admisibilidad de este instituto de acuerdo con la expresión: “*previa indicación de preguntas*”). Esta solución, era la recogida por la anterior redacción del artículo 150 del C.G.P. (aplicable por remisión al interrogatorio formal) y fue luego, expresamente derogada por la actual redacción de la norma, previéndose como etapa preclusiva para su agregación, la audiencia preliminar (Ley N° 19.090).

Otra gran diferencia entre ambos institutos consiste en nada menos que la legitimación. El interrogatorio libre puede ser ordenado por el tribunal de oficio a diferencia del interrogatorio formal que solo puede disponerse a petición de parte. En este escenario, parece un contrasentido que el tribunal disponga de oficio el interrogatorio libre para una audiencia futura y que, por el sólo hecho de su previa citación, mute su naturaleza jurídica a un “interrogatorio formal”.

Finalmente, se aclara que la remisión que realiza el artículo 149.3 respecto del artículo 150 del C.G.P. se limita -únicamente- a “*las oportunidades y las formas*” prescriptas en dicha norma para la absolución de posiciones. Ergo, la “incomparecencia” a la audiencia complementaria, las respuestas “evasivas” o el “silencio” del sujeto interrogado, acarrea la consecuencia negativa establecida en el artículo 149.4 del C.G.P. (presunción simple que también se aplica para el caso del interrogatorio informal) y no la solución regulada

33 El legislador dejó claro este punto con la redacción otorgada al artículo 148.2 del C.G.P. (Ley N° 19.090).

en el artículo 150.2 del D.G.P. (confesión ficta). Empero, el artículo 153.3 del C.G.P. asigna a ambas consecuencias el mismo valor. Esto se aprecia cuando la norma indica que la solución del artículo 149.4 del CGP es (al igual que la solución del artículo 150 del C.G.P.) un supuesto de “*confesión ficta*” y que ambas “...*hacen prueba salvo que resultaren contradichas por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa*”.

En definitiva, el interrogatorio formal se presenta como como una modalidad intermedia entre el interrogatorio informal (por la consecuencia del artículo 149.4 del C.G.P.) y la absolución de posiciones (por la forma, la oportunidad procesal para realizar el ofrecimiento y la legitimación).

El análisis realizado hasta acá incluye el estudio de la absolución de posiciones en términos generales. Por ello y porque se trata de un medio probatorio tendiente a desaparecer, no profundizaré sobre esta tercera modalidad de interrogatorio. En lo medular, vale destacar que esta modalidad comparte con el interrogatorio formal las mismas oportunidades preclusivas de ofrecimiento y la forma de producción. Se distingue la forma de aportación del pliego que, en este caso solo podrá ser agregado en sobre cerrado (cf. art. 150 del C.G.P.).

## 6. La valoración de la prueba

La valoración del interrogatorio de parte (en cualquier de sus tres modalidades) debe analizarse a la luz de la finalidad específica del medio probatorio. Esto es: la obtención de la confesión (expresa o ficta) de la parte interrogada.

En este sentido, Vescovi y sus colaboradores han dicho que: el interrogatorio de parte ...en especial, tiene por finalidad el reconocimiento, por parte del adversario, de hechos favorables a quien lo propone”. Agregan también que: “modernamente, se trata de revalorizar la declaración favorable al declarante, sin otorgarle valor de plena prueba, sujeta a una rigurosa y libre crítica del juzgador (Vescovi y colaboradores, 1993, p. 329.). Esta “*revalorización*” de la declaración favorable al deponente es -a mi juicio- la principal razón por la que el medio de prueba se encuentra actualmente infravalorado. Hay una creencia generalizada de que la parte interrogada puede mejorar su defensa con su declaración.

En mi opinión, sólo pueden ser valoradas (bajo el sistema de la sana crítica- cf. arts. 140 y 141 del C.G.P.-) las resultancias del interrogatorio que fueran contrarias al interés del sujeto interrogado. Aquellas declaraciones que fueran coincidentes con el interés de la parte interrogada no hacen prueba del hecho a probar y por ende, no deberían ser tenidas en cuenta por el tribunal. Las alegaciones realizadas por las partes están sujetas a oportunidades preclusivas y el interrogatorio de parte no puede servir para reforzar, aclarar o ampliar lo que debió decirse en el acto de proposición inicial y menos aún, ser considerado como prueba.<sup>34</sup>

34 En este sentido, Abal Oliú ha señalado que: “...solamente se podrán tomar en cuenta por el tribunal las declaraciones de conocimiento sobre los hechos objeto de la prueba que sean opuestas al interés de ese declarante; esto es, aquellas que contradicen lo que antes hubiera alegado sobre la existencia o inexistencia de esos mismos hechos (o sea, cuando el declarante “confiesa”), no pudiéndose nunca tomar en cuenta como prueba las declaraciones que el mismo declarante formule apoyando lo que antes hubiera alegado” (Abal Oliú, 2014, p. 32).

## 7. El ofrecimiento de prueba con la declaración y su valoración

Para terminar, dedicaré unos breves comentarios a una situación particular: la posibilidad de incorporación de medios probatorios durante en la audiencia del interrogatorio. La jurisprudencia está muy dividida. Algunos tribunales se han manifestado en forma proclive a su admisión<sup>35</sup> y otros, postulan la posición contraria.<sup>36</sup>

En mi opinión, el interrogatorio de parte permite el ingreso al proceso de otros medios de prueba que no fueran ofrecidos en forma inicial, con el fin de acreditar la conducta endoprosesal de la parte interrogada. Es decir: si se detecta que la parte interrogada faltó a la verdad en su declaración, debe habilitarse la posibilidad de que la parte que solicitó el interrogatorio pueda demostrar la mentira y la mala fe procesal de su contraparte. He aquí, la “segunda relevancia” del medio de prueba que, señalé en el Capítulo 3 de este trabajo.

Naturalmente, si se logra acreditar que la parte interrogada faltó a la verdad, también se logrará –aunque por otra vía- obtener una confesión ficta sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar. En efecto, si el “silencio” o la “evasiva” constituyen hipótesis de confesión -ficta-, *a fortiori*, la misma consecuencia debería acarrear la mentira comprobada por otros elementos del proceso ya admitidos e incorporados al proceso o que se incorporen en la propia audiencia de la declaración.

## Referencias bibliográficas

- Abal Oliú, A. (2014). *Derecho Procesal* (Tomo II 3ra Ed.), Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Abal Oliú, A. (2014). Prueba por declaración de parte, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Segunda época*, Año 9 N° 9, pp. 13-54.
- Cal Laggiard, M. (2013). Primeras lecturas de la reforma del CGP, *Revista de Derecho*, 24, pp. 23-81.
- Couture E. J. (1983). *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, DEPALMA.
- De Santo, V. (1992). *La prueba judicial. Teoría y Práctica de la prueba*. Buenos Aires, Universidad.
- Landoni Sosa, A. y colaboradores. (2003). *Código General del Proceso- comentado, anotado con jurisprudencia* (Volumen 2 A). Montevideo, B de F.

35 En una resolución reciente la Sra. Juez Letrado de Familia de 24° T. (Dra. María, A. Alvez, M.) expresó que: “siendo que el letrado de la parte actora solicita incorporar material probatorio aclarando que lo es a los solos efectos de valorar la conducta endoprosesal de la demandada en sede de interrogatorio de parte, habrá de hacerse lugar sin perjuicio de la definitiva valoración de la pertinencia de la misma y en su caso de su incidencia en la etapa procesal oportuna” (Resolución N°50/60/2021-I.U.E.:2-74387/2019). Dicha resolución no fue impugnada.

También, se admitió la incorporación de croquis a efectos de ilustrar al deponente sobre algún punto del objeto de la declaración en Sentencia N° 75/91 del TAC 5° T y en otros casos se admitió la agregación de un contrato, señalándose que, aunque éste no sea tenido en cuenta, vale la confesión de que se celebró y el documento como sustituto de su transcripción en el pliego (RUDP 1/92, c. 654; LJUC c. 7158, RUDP 2/82 c. 796; RUDP 3/83 c. 644).

36 En posición contraria a la que sostengo, se ha dicho que el interrogatorio de parte no puede operar como sucedáneo de la incorporación de prueba documental que debió ofrecerse y agregarse en etapa de prueba (TAC 5°: RUDP 1/92, c. 684 y S. 55 del 17/5/91).

- Klett, S. (1996). Estudio comparativo de las modalidades legales de la declaración de parte: absolución de posiciones e interrogatorio, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/96, pp. 199-239.
- Saravia Morales, M. y Saravia García, D. (2013). Reformas introducidas por la ley N° 19.090 al régimen de la prueba, *Revista Judicatura*, N° 55, pp. 47-68.
- Valentín, G. (2014). *La reforma del Código General del Proceso*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Vescovi, E. y colaboradores (1993). *Código General del Proceso*, Tomo 2, Montevideo, ABACO.
- Vescovi, E. y colaboradores (1998). *Código General del Proceso* Tomo 4, Montevideo, ABACO.

Cristina VÁZQUEZ\*

Universidad de la República (Uruguay)

cvazquez@ferrere.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0007-3135-5006>

Recibido: 30/05/2023 - Aceptado: 10/06/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Vázquez, Cristina. (2023). Democracias parlamentarias y Derecho Administrativo Global.

*Revista de Derecho*, 22(43), 99-116. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.6>

## Democracias parlamentarias y Derecho Administrativo Global

99

**Resumen:** Este artículo analiza los desafíos para las democracias parlamentarias como consecuencia del fortalecimiento del Poder Ejecutivo y el activismo judicial. También analiza los desafíos del Derecho Administrativo Global.

**Palabras clave:** Derecho Administrativo Global, Democracia parlamentaria, Separación de poderes, Fortalecimiento del Poder Ejecutivo, Activismo judicial

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Udelar (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Università di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Profesora Titular de Derecho Administrativo en Udelar y UM (Uruguay); Integrante de la Comisión de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Udelar; Coordinadora del Área de Derecho Público (2020 – 2021) y del Máster de Derecho Administrativo y Gestión Pública de la Facultad de Derecho de la Udelar; Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo entre 2017 y 2021; Directora del Programa Máster de Derecho Administrativo Económico (PMDAE) de la Universidad de Montevideo entre 2015 y 2017; Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA); autora de libros y artículos sobre temas de la especialidad.

## Parliamentary Democracies and Global Administrative Law

**Abstract:** This article analyzes the challenges for parliamentary democracies because of the strengthening of the Executive Branch and the Judicial Activism. It also analyzes the challenges of Global Administrative Law.

**Key words:** Global Administrative Law, Parliamentary democracy, Checks and balances, Strengthening of the Executive Branch, Judicial Activism

100

## Democracias Parlamentares e Direito Administrativo Global

**Resumo:** Este artigo analisa os desafios para as democracias parlamentares como consequência do fortalecimento do poder executivo e do ativismo judicial. Ele também analisa os desafios para o direito administrativo global.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Global, Democracia Parlamentar, Separação de Poderes, Fortalecimento do Poder Executivo, Ativismo Judicial

## 1. Introducción

En este trabajo partiremos de una presentación sintética de las primeras aproximaciones al llamado “*Derecho Administrativo Global*” (GAL por sus siglas en inglés - “*Global Administrative Law*”), realizadas tanto en el ámbito de la academia norteamericana como en el de la continental europea.

Luego, traeremos a consideración el problema del embate que hoy sufren las democracias parlamentarias, primero en virtud del llamado activismo judicial y, más recientemente, a consecuencia del nuevo fortalecimiento de los Poderes Ejecutivos en el marco del manejo de crisis y fenómenos de carácter global o transnacional, con efectos sobre los derechos humanos.

Como resultado de dicho análisis, postularemos la necesidad de consolidar la garantía de los principios y valores propios del Estado social y democrático de Derecho a escala global.

Y, para concluir, convocaremos al Derecho Administrativo Global como instrumento idóneo para dicha consolidación, sin perjuicio de señalar sus debilidades y desafíos.

## 2. Sobre el Derecho Administrativo Global

En interesante artículo publicado en el Financial Times, en relación con las circunstancias producto de la pandemia por COVID-19, expresaba el historiador y filósofo Yuval Noah Harari (2020): “En este momento de crisis, nos enfrentamos a dos elecciones particularmente importantes. La primera es entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano. La segunda es entre aislamiento nacionalista y solidaridad mundial.”

Las dos opciones que desafían a la humanidad, postuladas por Harari, dan en el blanco del tema objeto de este estudio, que es el de la defensa de la democracia frente al autoritarismo, en un mundo globalizado sujeto a fenómenos con dimensión transnacional, que demandan soluciones en clave de solidaridad.

La cuestión de la defensa de la democracia frente al autoritarismo no es otra que la que señalaba Hauriou (1971) como núcleo central en el que se enfrentan los dos grandes principios torales del Derecho Público moderno: libertad y poder o autoridad.

La perspectiva solidaria, por su parte, solo puede hacerse efectiva con aplicación de los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho.

Pero ambas batallas -la de la libertad frente a la autoridad, la de la democracia frente al autoritarismo, y la de la garantía de los derechos humanos, incluidos los económicos, sociales y culturales con el alcance que imponen las necesidades de una existencia digna- se libran hoy en el escenario de la llamada “*aldea global*”<sup>1</sup>.

1 El término “*Aldea Global*” fue acuñado por el sociólogo canadiense Marshall McLuhan, en sus libros *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962), *Understanding Media* (1964), y *Guerra y paz en la Aldea Global* (1968). El concepto evoca la existencia y comunicación en una pequeña población, cuyas características se ven hoy replicadas a nivel del planeta como un todo, “*en tanto que un mundo interconectado y globalizado*” (DRAE: <https://dle.rae.es/aldea>).

Ese nuevo escenario pide construir Derecho e institucionalidad acordes a sus características. Es en tal contexto que resulta ineludible traer a consideración al Derecho Administrativo Global.

Una de las primeras experiencias en que, de modo sistemático y con sujeción a un marco analítico y teórico, se ha encarado el estudio del Derecho Administrativo Global, es la realizada por un grupo de profesores y académicos de la Universidad de Nueva York, volcada en el “*Artículo General del Proyecto*”, debatido inicialmente en 2004 y publicado en 2005.<sup>2</sup>

A partir de dicha experiencia se han llevado a cabo mesas redondas, conferencias y seminarios en América del Norte, Europa, América Latina, Asia y África.

Es que, como destaca Darnaculleta Gardella (2016): “La entrada en el siglo XXI ha venido acompañada de una extensión del Derecho Administrativo más allá de la órbita subjetiva de la Administración Pública y del Estado” (p. 12), lo que ha llamado la atención de la doctrina sobre el surgimiento de su desarrollo en el marco de la globalización.

La autora consigna la simultaneidad con que el fenómeno era identificado por los propulsores estadounidenses del Proyecto GAL, y en el contexto de la aproximación europea a partir de la lección impartida por el profesor Eberhard Schmidt-Aßmann al Internationales Verwaltungsrecht (IVR), con ocasión de su jubilación. Señala, asimismo, los aportes realizados en España por académicos como Meilán Gil y Rodríguez Arana Muñoz.

Kingsbury, Krisch y Stewart (2006) -figuras protagónicas del Proyecto GAL- definen al Derecho Administrativo Global como

aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la ‘accountability’ de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban (p. 4).

Señalan que nos hallamos ante el surgimiento inadvertido de un cuerpo de normas aun no unificado, que no conforma todavía un campo organizado en la academia o en la práctica.

En un trabajo de Kingsbury y Krisch, se observa:

El concepto de Derecho Administrativo Global comienza a partir de dos ideas gemelas: que gran parte de la gobernanza global puede entenderse como administración, y que esa administración regulatoria a menudo se organiza y toma forma de los principios del Derecho Administrativo (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2006, p. 2).

2 Conf. Ratton Sánchez, M. (profesora en la Facultad de Derecho de la FGV de San Pablo) – El Proyecto Derecho Administrativo Global: una reseña desde Brasil, en Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, 24, marzo de 2010.

Los autores destacan que estamos ante un orden normativo global en lugar de internacional en virtud de la

interrelación de la regulación interna e internacional, la inclusión de una gran variedad de acuerdos institucionales informales (muchos de ellos involucrando la participación destacada de actores no estatales), y el hecho de que los fundamentos de este campo de estudio se encuentran en prácticas y fuentes normativas, que no están plenamente abarcadas dentro de las concepciones estándar del derecho internacional (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2006, p. 5).

Tal es el caso de los “órganos administrativos globales” que incluyen a

instituciones intergubernamentales, redes intergubernamentales informales, organismos gubernamentales nacionales actuando de conformidad con normas globales, órganos híbridos público-privados que participan en la administración transnacional y órganos puramente privados que desempeñan funciones públicas en la administración transnacional (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2006, p. 5).

Esta situación ha creado un déficit de rendición de cuentas o “*accountability*” en el ejercicio del poder regulatorio transnacional, que ha determinado la extensión de las soluciones del Derecho Administrativo doméstico a ese espacio global junto al desarrollo de nuevos mecanismos de Derecho Administrativo.

En efecto, en cuanto a la técnica de desarrollo del Derecho Administrativo Global, Kingsbury, Krisch y Stewart (2006) distinguen dos orientaciones básicas:

- a) el enfoque “*bottom up*”, de abajo hacia arriba, en el que se busca asegurar la rendición de cuentas y la participación a través de la adaptación de instrumentos propios del Derecho Administrativo interno; y
- b) el enfoque “*top down*”, de arriba hacia abajo, que construiría mecanismos de rendición de cuentas más semejantes a patrones internacionales.

El primer enfoque presenta la dificultad de replicar, en el orden global, las soluciones institucionales y procedimentales propias de la democracia, como forma de gobierno que legitima la toma de decisiones por los diferentes órganos del Estado en ejercicio de las diversas funciones estatales. El segundo, por su parte, requeriría la institucionalización de muchos regímenes actualmente informales, caracterizados por la toma de decisiones en un sistema de niveles múltiples.

Por un lado, se ha señalado la ausencia en el Derecho Administrativo Global, de mecanismos de participación, representación y revisión como los desarrollados en el Derecho interno.

A su vez, como fuentes en el sentido de orígenes posibles de las normas que interesan al Derecho Administrativo Global, se ha indicado a las fuentes clásicas del Derecho Internacional Público (tratados, costumbre y principios generales), destacando sin embargo su insuficiencia para explicar la autoridad de la práctica normativa que ya existe en su ámbito.

También se analiza la posibilidad de basar este Derecho en una versión revitalizada del “*jus gentium*” como Derecho emergente de la interacción de una gran variedad de actores y escenarios, basado en las prácticas a lo largo del mundo. Resulta obvio el grado de incertidumbre que plantea este enfoque en el estadio actual de desarrollo de este sector del Derecho.

Como bien ha expuesto Rodríguez Arana Muñoz (2009), el Derecho Administrativo Global presenta, más que ninguna otra expresión del Derecho Administrativo, las cualidades de un Derecho “*in fieri*” o en formación, aun no sistematizado, pero que, en cualquier caso, deberá construirse como un Derecho del poder para la libertad, sobre el principio fundamental de “*Buena Administración*”: “compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad” (p. 29), en garantía de los derechos fundamentales.

Sin duda, el Derecho Administrativo Global deberá continuar nutriéndose de los principios recogidos por los Derechos administrativos de los diversos países, tanto como nutriéndolos a su vez desde su enriquecedora peripezia propia, en un proceso constante y sostenido que puede enfrentar fases de ralentización vinculada a coyunturas determinadas, que no es esperable revesen la globalización.

Sobre este Derecho Administrativo Global, aun antes de la situación de pandemia, y en opinión que compartimos, expresaba Meilán Gil (2011): “Fenómenos de constatación diaria apuntan a la emergencia de un Derecho Administrativo que supera las coordenadas del Derecho Administrativo construido sobre los pilares y con los límites de los Estados nacionales” (p. 13).

El autor consignaba la creciente realidad de lo transnacional y se preguntaba cómo se constituyen los organismos encargados de gestionar y regular cuestiones sanitarias, económicas, financieras, climáticas y otras que no pueden ser contenidas por las fronteras nacionales, en un mundo globalizado y cada vez más impactado por lo digital. ¿A quién dan cuenta de su actuación y ante quién responden cuando actúan de manera irregular o imprudente? Y declaraba: “*Los Derechos de los Estados se encuentran rebasados*”.

### 3. Las democracias parlamentarias asediadas

#### 3.1. Del siglo del parlamento al siglo de los jueces

El sistema de fuentes formales se conformó inicialmente en concordancia con las condiciones en que fueron instituidos los órdenes jurídicos estatales del Derecho moderno, bajo el reinado de la Ley como expresión de la voluntad general, en términos de Rousseau, complementado en América con el paradigma de la primacía de la Constitución.

Ya en el siglo XX, pasa a señalarse el ocaso del tiempo de los Parlamentos y el fortalecimiento de los Poderes Ejecutivos, más ágiles y menos deliberativos, con mayores recursos técnicos y, en definitiva, más idóneos para satisfacer con prontitud las múltiples e impostergables demandas de la sociedad.

Es así como el Estado de Derecho -fundado sobre la preeminencia de la Ley como garantía de racionalidad según la filosofía política del Iluminismo y como expresión de la voluntad general- se ve incidido en su hora, por la asunción de un rol más protagónico por parte del Poder Ejecutivo, que amplía sus potestades actuando como co-legislador y regulador, como diseñador de políticas y como conductor de la economía.

Más recientemente aún, se veía cobrar protagonismo a los Jueces y, con frecuencia, escuchábamos hablar del siglo XXI como su siglo, así como del “*Gobierno de los Jueces*”, empleando una expresión acuñada ya en el título del libro publicado en 1921 por el jurista francés Edouard Lambert, a propósito del funcionamiento de la justicia constitucional de los Estados Unidos.

La perspectiva clásica consideraba al Derecho como algo dado, por ello garantía máxima de seguridad jurídica, ya formulado antes de iniciarse el proceso de su aplicación.

En dicho enfoque se postulaba -como señala Sarlo (s/f) - la cognoscibilidad, completitud, coherencia, validez y evidencia de sus disposiciones, así como la separación tajante entre la instancia de producción de la norma y la de su aplicación. El Derecho era visto como creado por la voluntad originaria del pueblo soberano a través de sus representantes, que se traducían en normas generales y abstractas, y era aplicado en una instancia posterior a la de su creación.

Con tal perspectiva, en clave estricta del sistema de frenos y contrapesos que conforman la separación de poderes, y en palabras de Montesquieu, la Administración se encuentra sujeta a la regla de Derecho y los Jueces se limitan a ser la “*boca a través de la cual se expresa la Ley*”. El Juez debe limitarse a aplicar el silogismo, en que la premisa mayor está dada por la Ley, la menor por la situación concreta a su consideración, y la consecuencia por el fallo.

Pero, parafraseando a Herbert L. A. Hart, dicho modelo se veía transitar del noble sueño de la seguridad jurídica por la Ley, a la pesadilla del necesario margen de discrecionalidad del Juez.

Ello se ha debido fundamentalmente a dos circunstancias:

- a) Las antes postuladas cualidades del ordenamiento terminaron demostrando no cumplirse; y
- b) el moderno Estado social y democrático de Derecho exige la efectividad del Derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, a los que proclama “*valores superiores del ordenamiento*”, de manera que el concepto de legalidad pasa a incluir el contenido material más allá del formal.

En este escenario, los Jueces se ven obligados a interpretar la Ley para poder aplicarla, e incluso a integrar los vacíos del ordenamiento, superando una función puramente particularizadora de la norma para ejercer la “*iurisdictio*” en un sentido más cabal. De tal modo se convierten en pieza esencial de la democracia y, como observa Marcel Cauchet en “*La Révolution des pouvoirs*”<sup>3</sup>, en verdaderos guardianes del respeto a los límites en el ejercicio del poder delegado por el soberano a sus representantes.

Ante tal avance de la actividad jurisdiccional, alguna doctrina se ha esforzado por distinguir los conceptos de activismo judicial y judicialización de la política.

3 Paris, Gallimard, 1995.

Reservan el primero para designar “una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo” (Feoli, 2016, p. 86). Por otra parte, definen como judicialización de la política, al “fenómeno creciente” caracterizado por la “limitación y racionalización de los conflictos políticos a través de la vida del derecho” (Feoli, 2016, p. 84). El elemento clave es el desplazamiento de algunos temas hacia el poder judicial, por la vía del cuestionamiento de decisiones de los otros poderes, ya sea por planteamiento de los particulares, individualmente o en grupos organizados, de los partidos políticos y aun de los propios poderes.

En puridad, ambas nociones se presentan como cara y contracara de un mismo fenómeno.

El origen de la expresión “*activismo judicial*” suele ubicarse en el artículo publicado por Arthur Schlesinger Jr en la Revista Fortune de enero de 1947, que denomina como “*judicial activists*” a los jueces Black, Douglas, Murphy y Rutledge, de la Corte Suprema norteamericana, distinguiéndolos de los jueces Frankfurter y Burton, a quienes califica como “*campeones de la autorrestricción*” (“*self restraint champions*”).

Racimo realiza una revisión meticulosa de la jurisprudencia de dicho tribunal, poniendo de manifiesto cómo activismo y autorrestricción judicial se definen recíprocamente en tanto que opuestos, de modo que uno no se comprende sin el otro (Racimo, 2015).

En definitiva -frente a la idea de que el Poder Judicial es el brazo del gobierno que se encuentra más alejado de la elección popular en la democracia representativa, debiendo limitarse por tanto a la aplicación de las reglas establecidas por los gobernantes electos- por periodos se ha erigido, en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana una especie de nuevo paradigma que habilita un rol más activo de los jueces. En el primer modelo, la tarea del juez es más bien de interpretación formal, restringiéndose a subsanar el error claro (“*clear mistake*”) en los actos de los otros poderes. En el segundo, el sesgo puede ser tanto progresista, de protección de derechos, como conservador, en el sentido contrario.

Tomás Ramón Fernández (2001) convoca, en relación con la judicialización de la política en nuestros días, la expresión acuñada en el título de Laurence Engel: “*Le mépris du Droit*” (El desprecio del Derecho, en su traducción al español).

Señala que,

si los jueces se han convertido de repente en protagonistas en el escenario de las finanzas y de la política, es porque algo falla en el funcionamiento de nuestras instituciones y porque ese fallo se percibe como esencial por la ciudadanía, como un riesgo inminente y grave que amenaza la propia pervivencia del sistema.

Se pregunta, a su vez, por qué acuden los ciudadanos al juez con demandas de trasfondo sustancialmente político. A su juicio, la respuesta es que han sido los propios políticos quienes han provocado dicha judicialización, ya que en la base del fenómeno está la apelación al Derecho por parte de ciudadanos que se rebelan contra la impunidad y contra la “*distancia entre discurso mítico y práctica política*”.

Por nuestra parte, con relación a este tema, nos gusta recordar la sabia reflexión del gran Couture (1978): “Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno” (p. 92).

### 3.2. El impacto de los fenómenos transnacionales en el sistema de “Checks and balances” y los derechos humanos

En nuestros días, el protagonismo creciente de los jueces parece verse incluso rebasado por un nuevo protagonismo de los Poderes Ejecutivos. Y no es ajeno a ello el impacto de los fenómenos transnacionales.

Un ejemplo del impacto de los fenómenos que se presentan con la nota de lo transnacional surge de una mirada a las diversas medidas adoptadas por los Estados para enfrentar el COVID-19, mostrando un fortalecimiento de los Poderes Ejecutivos de modo que profundiza el debilitamiento de los Parlamentos.

Este sesgo es señalado desde diferentes ámbitos de la opinión, tanto académica como política y ciudadana.

La pandemia ha evidenciado la fragilidad y vulnerabilidades en nuestras sociedades y, en su contexto, los Estados se han visto en la necesidad de adoptar decisiones y políticas públicas, así como regulaciones signadas por la premura, la inmediatez y hasta el método de ensayo y error, sin capacidad de cumplir con los requisitos de predictibilidad y estabilidad de los marcos normativos.

Como consecuencia de ese nuevo protagonismo del Poder Ejecutivo, se observa el impacto de las crisis globales en la democracia y los derechos humanos.

En el ámbito del IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance) -a partir de estudios de seguimiento de los efectos que la pandemia ha tenido en las democracias parlamentarias- se destaca un fuerte cambio en la forma como se toman las decisiones a nivel local, nacional y global.

Un caso emblemático ha sido el de las múltiples elecciones pospuestas debido al brote de COVID-19. En efecto, del 21 de febrero de 2020 al 24 de abril 2021, al menos 78 países y territorios en todo el mundo han decidido posponer las elecciones debido a la pandemia. Uruguay es uno de ellos, que reprogramó sus elecciones departamentales de 2020.

Según informe publicado por IDEA<sup>4</sup> con fecha 22 de noviembre de 2021, más de un cuarto de la población mundial vive en democracias en retroceso, con tendencia a la degradación democrática que no cesa desde 2016. Otro dato preocupante es que, por quinto año consecutivo, el número de países que se dirigen al autoritarismo supera al de países en proceso de democratización.

Por su parte, el Infohub de COVID-DEM -iniciativa de la plataforma Global Democratic Decay & Renewal (DEM-DEC, de la que International IDEA es socio)- ha ayudado a los analistas de la democracia en todo el mundo a rastrear, compilar y compartir información sobre el impacto de las respuestas estatales y gubernamentales al COVID-19 en la gobernabilidad democrática.

4 Cft. International Institute for democracy and electoral assistance. (22 de noviembre de 2021). COVID-19 y democracia. <https://www.idea.int/es/nuestro-trabajo/que-hacemos/covid-19-y-democracia>

También Freedom House, instituto de investigación de Washington, ha señalado que la calidad de la democracia y el respeto a los derechos humanos se han deteriorado en al menos 80 países. De conformidad con sus cálculos, la libertad mundial se ha venido debilitando desde poco antes de la crisis financiera de 2007-2008.

A partir de estos datos, se comprueba que los gobiernos de todo el mundo han sumado poderes de emergencia, afectando muchas veces la libertad de los medios de comunicación, así como los controles y equilibrios constitucionales.

La tendencia al abuso del poder es naturalmente más fuerte en el caso de países con dirigentes autoritarios. Puede ponerse el ejemplo de Uganda, comentado por The Economist en publicación de 19 de octubre de 2020. En este país, el presidente Yoweri Museveni prohibió bajo amenaza de imputación de homicidio, la distribución de alimentos a los más afectados por la pandemia. Esta decisión se dirigió a detener el reparto de arroz y azúcar iniciado por el parlamentario miembro de la oposición, Francis Zaake.

Ni que decir de la forma en que han sido silenciados profesionales de la salud, sobre todo en países con práctica de censura, como ocurrió con el Dr. Li Wenliang en Wuhan, localidad de China donde se disparó la pandemia. Lo mismo ha ocurrido con periodistas, como la ciudadana china Zhang Zhan, condenada a cuatro años de prisión por publicar en redes sociales información sobre la gestión que China hizo del brote.

Pero aun en los países más democráticos ha sido observable la adopción de poderes de emergencia o extraordinarios para contrarrestar las distintas crisis, de manera que muchas veces ha debido convocarse el ejercicio de la potestad jurisdiccional para detener su aplicación. Un ejemplo lo constituye la sentencia del Consejo de Estado francés de 18 de mayo de 2020, instando al Estado a *“cesar sin demora”* el uso de drones para vigilar el cumplimiento de las reglas de desconfinamiento en París, y señalando que dicho uso *“constituye una violación grave y manifiesta del derecho al respeto de la vida privada”*. La acción se había planteado por la Liga de los Derechos Humanos (LDH) y la asociación de defensa de los derechos y las libertades en internet (La Quadrature du Net).

En otros casos han sido prohibidas las manifestaciones populares invocando la necesidad de guardar la distancia social y así prevenir la propagación del virus.

En la propia Alemania se ha objetado la toma de decisiones relacionadas con la pandemia, sin participación parlamentaria. En tal sentido, el diputado socialdemócrata Florian Post declaraba al diario Bild (DW, 2020):

Durante casi nueve meses, los gobiernos federal, regionales y omunales han estado emitiendo ordenanzas que restringen las libertades de las personas de una manera que nunca antes se había visto en la Alemania de la posguerra, sin que un parlamento electo votara sobre ello siquiera una vez.

Similares preocupaciones expresaba el politólogo Klaus Stüwe, de la Universidad Católica de Eichstätt-Ingolstadt, sobre que *“los parlamentos deben involucrarse tanto como sea posible. (...) Incluso y especialmente en tiempos de crisis, la contradicción y la crítica de los parlamentos, especialmente en forma de oposición, son indispensables”* (DW, 2020).

“Matando el coronavirus no debemos matar la democracia y los derechos en Europa”, titulaba Věra Jourová (Euronews, 2020), vicepresidenta de la Comisión Europea, preguntándose hasta dónde deben llegar los países en la vigilancia de los ciudadanos para su propia protección frente a amenazas.

Resulta particularmente interesante la sentencia de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, con sede en Nueva Orleans, Estados Unidos, de fecha 6 de noviembre de 2021, que suspendió la obligación dispuesta por el Gobierno de Joe Biden, de vacunar contra el COVID-19 a los empleados de empresas de más de 100 personas. Esta decisión gubernamental -que también refería a trabajadores de la salud, entre otros- se proponía promover la vacunación de decenas de millones de trabajadores antes del 4 de enero de 2022, que solo podían exonerarse a cambio de someterse a pruebas regulares.

El fallo -adoptado por los jueces Edith Hollan Jones, Kyle Duncan y Kurt Engelhard, en respuesta a una petición de 160 páginas, presentada por empresas y un grupo de al menos 27 Estados conservadores liderados por Texas- se pronuncia en tres páginas, afirmando que la medida de la Administración plantea “serios” problemas constitucionales y, por ello, determina la necesidad de su suspensión mientras se lleva a cabo un examen más exhaustivo.

Análisis similares se han hecho considerando la realidad latinoamericana (Real Instituto Elcano, 2021).

La superación de la pandemia puede suponer el aflojamiento de las voluntades dirigidas a imponer medidas similares, pero el impulso que las determina permanece y puede dispararse en cualquier momento y en relación con temas de otra índole.

#### 4. La necesidad de fortalecer el estado social y democrático de derecho a escala global

Esta cuestión nos trae a consideración el papel que cabrá al Derecho Administrativo Global en el escenario antes descripto.

Sobre el final del primer capítulo de su libro sobre este Derecho, se pregunta Meilán Gil (2011):

¿Hasta qué punto y de qué manera, si es necesario, plantear a escala global la conquista del Estado social y democrático de Derecho? ¿Cómo pueden reducirse a la unidad de un ordenamiento estructuras y organismos tan dispares, alguno incluso de naturaleza privada? ¿Cuál puede ser la relación entre ese ámbito global y el nacional en que operan los Estados nacionales? ¿En todo caso ha de operarse sobre una transferencia formal de soberanía? (p. 14).

Y -luego de observar que la atención a un posible Derecho Administrativo Global se ha producido en gran medida a partir de la globalización en su vertiente económica- señala que un abordaje limitado a esa perspectiva sería ciertamente parcial. Más aún, concluye que el Derecho Administrativo Global debe responder a un ordenamiento social y democrático, “al servicio de intereses universales, de la Humanidad”.

No podríamos estar más de acuerdo con lo postulado por Meilán Gil.

Citando a Sabino Cassese, Darnaculleta (2016) alude al advenimiento de un verdadero “*spazio giuridico globale*”. En este espacio jurídico global acontecen los fenómenos transnacionales a que antes hemos referido: acontecimientos económicos y financieros, ambientales, migratorios y sanitarios, entre otros, todo ello impactado por lo tecnológico y lo digital, en contexto de manifestaciones institucionales de diverso nivel (desde lo supranacional a lo local), en algunos casos híbridas de lo público y lo privado, y productoras de regulaciones -tanto rígidas como en clave de “*soft law*”- también exorbitantes de las estatales.

Como ejemplo de esas regulaciones de nuevo cuño, baste mencionar el modo en que las directrices formuladas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea -organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria de los principales Estados del globo- han impregnado los marcos normativos de países incluso no integrantes de dicho Comité.

Otro caso es el de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organización internacional que asesora en materia de políticas públicas, establece mejores prácticas y estándares internacionales, y propone soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales, económicos y medioambientales.

Por otra parte, cabe mencionar entre las instituciones que de un modo u otro integran la gobernanza global, los tribunales internacionales de justicia y de derechos humanos, y otros mecanismos ad hoc de solución de controversias.

Sin perjuicio de las diferencias, muchas veces resultantes de la diversidad de las culturas jurídicas en que se ha originado el análisis de esta realidad global, lo cierto es que se ha venido consolidando el énfasis que en ella debería darse a los principios propios del Derecho Administrativo.

Como resulta de las aproximaciones de los diversos autores al tema, entre los principios a ser convocados cabe mencionar el de buena fe, el de debido proceso con todas sus ricas derivaciones, el de proporcionalidad, el de igualdad de trato y, en particular, el valor de la democracia.

Tal relevancia se asigna al Derecho Administrativo Global, como concepto clave para el futuro del Derecho Administrativo, que Cassese (citado por Darnaculleta) plantea la analogía entre los profesores del Proyecto GAL y los “padres fundadores del Derecho Público del siglo XIX”, comparando, a su vez, con el impacto del Arrêt Blanco, el de la Resolución de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el caso “*camarones y tortugas*”<sup>5</sup>.

En un mundo en que tanto las dificultades y necesidades humanas como su solución y satisfacción han cobrado una dimensión transnacional, adquiere especial trascendencia la selección de los contenidos que habrán de ir incorporándose para conformar el Derecho que, como instrumento de articulación de intereses, regule las relaciones entre las personas en el espacio jurídico global.

5 A principios de 1997, India, Malasia, Pakistán y Tailandia presentaron una reclamación conjunta contra la prohibición impuesta por los Estados Unidos de importar determinados camarones y productos del camarón, con el objetivo de proteger a las tortugas marinas. El pronunciamiento señala que las medidas de protección de las tortugas marinas serían legítimas de conformidad con el artículo XX del Acuerdo General (que establece excepciones a las normas comerciales generales de la OMC, siempre que se cumplan ciertos criterios como el de no discriminación). Precisamente, los Estados Unidos perdieron el caso, más allá de la legítima motivación de protección del medio ambiente, por discriminación a algunos Miembros de la OMC, en tanto ofrecían a países del hemisferio occidental, principalmente del Caribe, asistencia técnica y financiera, así como períodos de transición más largos hacia la utilización de dispositivos de protección de las tortugas.

Con vistas a tal objetivo y según se ha señalado, quienes se han ocupado del Derecho Administrativo Global han propuesto el empleo de los métodos de inducción desde los Derechos estatales y los Tratados internacionales, tanto como de deducción a partir del Derecho internacional de los derechos humanos. En una nueva manifestación de la vieja batalla entre jusnaturalistas y positivistas, algunos autores han sugerido abreviar en la fuente del Derecho natural y otros invitan a buscar los principios y valores ínsitos en el Derecho escrito que -según la máxima carneltuttiana- se encuentran en él “*como el alcohol está en el vino*” (Carnelutti, 1944).

Esto nos recuerda las lúcidas reflexiones de Franck Moderne (2005) cuando, en su obra sobre los Principios Generales del Derecho Público, analiza que, “si bien estamos aún lejos de una sustitución de un paradigma jurídico por otro” de modo que aún no pueda afirmarse que “otro espistémé del Derecho, correctamente construido, haya tomado el relevo” (pp. 54 y ss.), es posible referir, como ya lo han hecho numerosos autores, a un Derecho propio de la posmodernidad<sup>6</sup>, teñido de los principales caracteres de ésta.

Moderne destaca lo difícil de

fingir un signo unívoco en las evoluciones en curso en el dominio del Derecho. De partida, porque la regla jurídica no puede aislarse de las otras manifestaciones de la vida social, ellas mismas alcanzadas por el síndrome de la ‘postmodernidad’ o de la ‘neomodernidad’ (Moderne, 2005, p. 56)

Con bello, metafórico y atrapante lenguaje acuñado en la doctrina de habla francesa, el Derecho posmoderno, al que se ha asociado con las lógicas “de la flexibilidad, de lo ‘vago’, en una sociedad donde reinan lo complejo, las estructuras en ‘rizo’, las circularidades”, se vuelve -expresa Moderne (2005, p. 56) - “capilar”, “intersticial”, “soluble” o “líquido”.<sup>7</sup>

Las técnicas llamadas de “*regulación*”, observa el autor, tienden a sustituir con instrumentos de operación diversos, a la regla de Derecho tradicional. Menciona, entre los fenómenos típicos de esta fase, a las políticas públicas; la fragmentación, el estallido y la pluralidad de las fuentes; la diversidad y dispersión de los centros normativos; el pluralismo de racionalidades del Derecho; la formalización de relaciones jurídicas en redes sobrepuestas, según lógicas combinatorias complejas e inestables; la directiva, la negociación, el “*soft law*”, y la proliferación de nuevas formas de regulación de los conflictos: conciliación, arbitraje internacional y de agencias reguladoras, transacción, mediación, y más.

Esta descripción parece hecha a la medida del Derecho Administrativo Global en ciernes.

6 El término “*posmodernidad*” ha sido utilizado para designar a un amplio y variado elenco de movimientos artísticos, culturales, literarios y filosóficos, vistos como superadores de la llamada Edad Moderna. A modo de síntesis, puede decirse que se relaciona a la posmodernidad (precozmente aludida por el artista británico John Watkins Chapman en 1870 y luego por el filósofo polaco Rudolf Pannwitz en 1917), con la atención a lo efímero, la prevalencia de la forma sobre el contenido, y la conformación de una percepción de la realidad a partir de la globalización, la fusión, el pluralismo, la diversidad, el pragmatismo, la relatividad, con notas de inconformismo y conducta consumista.

7 El Derecho “*líquido*” aludido por Moderne es el Derecho de la modernidad “*líquida*”, de la que nos ha hablado el sociólogo, filósofo y ensayista polaco, catedrático emérito de las universidades de Leeds y Varsovia, Zygmunt Bauman, como un estadio civilizatorio caracterizado por la dificultad de identificar una corriente de pensamiento más o menos unificada, en un contexto globalizado y multicultural (Bauman, Z. - *Modernidad líquida*, FCE, México, Primera edición electrónica, 2015. En el Prólogo de su obra, bajo el título “*Acerca de lo leve y lo líquido*”, expresa Bauman: “*La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la idea de ‘levedad’... Asociamos ‘levedad’ o ‘livianidad’ con movilidad e inconstancia ... Estas razones justifican que consideremos que la ‘fluidez’ o la ‘liquidez’ son metáforas adecuadas para aprehender la naturaleza de la fase actual –en muchos sentidos nueva– de la historia de la modernidad.*”). Vid. Vazquez, C. - Los principios generales del Derecho en la concepción posmoderna del Derecho, en Fuentes del Derecho, Instituto de Derecho Administrativo, FCU, Montevideo, 2018.

## 5. Principales desafíos del derecho administrativo global

### 5.1. Completarse como verdadero derecho

El desafío más complejo a superar por el Derecho Administrativo es el de convertirse en un verdadero Derecho, trascendiendo esta fase en que cabe asignarle la cualidad de “*in fieri*”, como lo hace Rodríguez Arana Muñoz, según se ha señalado.

Aunque la contemporánea Teoría General del Derecho no ha llegado a converger en una única conceptualización de cuáles son las características que definen a un ordenamiento jurídico, las principales perspectivas doctrinarias plantean la exigencia de cierta estructura sistémica.

Ello surge con nitidez del enfoque de los que quizás son los dos libros más importantes del siglo XX en la materia (Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y El concepto de Derecho de Herbert Lionel Adolphus Hart).

Para el primero, el Derecho es un orden coactivo de la conducta humana, que supone un “sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez” (Kelsen, 1982, pp. 44 y ss.). En la dinámica jurídica, señala, lo que funda la unidad de la multiplicidad de normas es una relación que es de derivación entre ellas, hasta llegar a la norma suprema que no es puesta sino supuesta: la norma hipotética fundamental.

Ese orden coactivo de la conducta humana

determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales ciertos individuos deben ejercer la coacción física; puesto que el individuo facultado por el orden jurídico para el ejercicio de la coacción, puede ser considerado órgano del orden jurídico, o lo que equivale a lo mismo, de la comunidad constituida mediante el orden jurídico, puede atribuirse la ejecución del acto de fuerza por ese individuo a la comunidad. (Kelsen, 1982, pp. 44 y ss.).

Y, agrega Kelsen (1982): “La seguridad colectiva logra su más elevado grado cuando el orden jurídico instauro, con ese fin, tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución ...” (p. 44).

Para Hart, los sistemas jurídicos resultan de la unión de reglas primarias (que definen las acciones que los individuos deben o no realizar) y secundarias. Estas últimas especifican la manera en que las primarias pueden:

- a) ser verificadas en forma concluyente (reglas de reconocimiento),
- b) ser introducidas, eliminadas o modificadas dentro del sistema (reglas de cambio), y
- c) dar lugar a sanciones para el caso de que su violación sea determinada de manera incontrovertible (reglas de adjudicación).

La regla de reconocimiento permite determinar e identificar cuáles son los criterios últimos de validez dentro del sistema jurídico y, en tal sentido, constituye cualidad señaladora de la existencia de este. A diferencia de las otras reglas, en la medida en que es la que define los criterios de validez del sistema jurídico, no aparece subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas, de manera que es su regla última.

Es interesante marcar que, a su juicio, en comunidades más complejas como lo son las modernas, los criterios de validez exhiben formas variadas, de manera que se hace probable el surgimiento de conflictos ente dichos criterios. Para resolverlos, puede establecerse un orden de superioridad, subordinación o primacía relativa, por ejemplo, que no presenta las características de la noción de derivación en Kelsen.

A su vez, Hart entiende que, además de las reglas, existen contenidos jurídicos que constituyen estándares de valoración de la conducta que no imponen acciones concretas (quedando librada su determinación a los jueces y otros aplicadores), a los que denomina estándares variables.

En definitiva, como se ha observado, la regla de reconocimiento de Hart no se distingue tanto de la norma hipotética fundamental de Kelsen.

Aun Dworkin (1986) concibe al Derecho como integridad compuesta por un único conjunto de principios coherentes y consistentes con la fraternidad de los miembros de la comunidad.

Por tanto, uno de los principales desafíos del Derecho Administrativo Global para completar su transición hasta definirse como sistema jurídico es el de lograr la articulación de su sistema de gobernanza multinivel.

Un ejemplo de las dificultades para ello -expuesto por la Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Suzana Tavares Da silva<sup>8</sup>- es el del caso Taricco. En este proceso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la Ley italiana sobre prescripción de delitos en materia de IVA podía infringir el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto impidiera imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectaran a los intereses financieros de la Unión.

Por su parte, la Corte Suprema di Cassazione y la Corte D'appello di Milano consideraron que la sentencia Taricco podía conllevar una vulneración del principio de legalidad de los delitos y las penas, reconocido en la Constitución italiana. Dirigido tal planteo a la Corte Costituzionale de Italia, esta expresó dudas sobre la compatibilidad del pronunciamiento del Tribunal europeo con la Constitución italiana y con el respeto de los derechos de la persona, por vulneración de los principios de legalidad de los delitos y las penas y de irretroactividad de estos.

Ante solicitud de aclaración de la Corte Costituzionale sobre el punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia con fecha 8 de setiembre de 2015. La secuencia Taricco pone de manifiesto la pugna entre el orden normativo nacional y el comunitario, en relación con la tutela del principio de legalidad penal. El primer fallo del Tribunal europeo no mostraba consideración respecto de dicho principio, pero el criterio muda en STJ as. Procedimiento penal c. M.A.S. Y M.B. (C-42/17, o asunto Taricco II), en que se subordina el cumplimiento de una obligación comunitaria a la no vulneración del mencionado principio de legalidad penal.

8 En Webinar de "Instituciones estratégicas del Derecho Administrativo Global", organizado por Universidad Austral, del día 10 de noviembre de 2021.

## 5.2. Garantizar valores del estado social y democrático de derecho

El caso Taricco revela también el que, quizás, constituye el desafío más relevante para el Derecho Administrativo Global: el de preservar y garantizar, en el espacio jurídico global, los principios de la democracia parlamentaria como fuente de legitimación del poder, y los valores del Estado social y democrático de Derecho al servicio de los derechos humanos.

Más aun, le corresponde levantar el valor del Estado social y democrático de Derecho al servicio de los derechos humanos como baluarte, conquista y logro supremo de nuestro estado civilizatorio, que deberá protegernos de los embates contra el ejercicio de dichos derechos.

Rodríguez Arana Muñoz (2015) nos habla de un Derecho Administrativo que es

el Derecho del Poder público para la libertad solidaria o, mejor, el Derecho para el interés general”, que, frente a la dimensión social de las crisis y a través de sus técnicas y categorías, “está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo.

Y es esta cualidad inherente, intrínseca y esencial del Derecho Administrativo, más allá de todo otro principio o valor que pueda destacarse, la que debe preservarse en su manifestación de Derecho Administrativo Global, construido y conectado con el Estado de Derecho y el respeto de la intangible dignidad humana.

Resulta hoy evidente -como expresan García de Enterría y Fernández (1982) –

que ya no basta con acotar reductos exentos frente a la acción del poder a los efectos de proporcionar al individuo una protección efectiva. A este orden de necesidades se ha venido a sumar en la época en que vivimos, otro no menos importante, a partir de la constatación, verdaderamente elemental, de la absoluta impotencia del individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias y, correlativamente, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de los entes públicos para suplir aquéllas y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva capaz de asegurar su subsistencia a un nivel mínimamente razonable. (p. 66)

Como puede advertirse, el desafío para el Derecho Administrativo Global es enorme. Debe definirse y construirse para enfrentar esa realidad pletórica de manifestaciones que exorbitan las fronteras de los Estados.

Tanto en lo institucional como en lo funcional, deberá inspirarse en los mejores modelos posibles de Buena Administración, lidiando con las dificultades propias de la diversidad de que se nutre.

En particular, no le será fácil definir jurisdicciones y armonizar regulaciones aplicables. Como hemos expresado, tampoco será sencillo arbitrar mecanismos que permitan superar el déficit de rendición de cuentas o “*accountability*” en el ejercicio del poder regulatorio transnacional.

Y, sobre todo, será muy difícil resolver la cuestión de la ausencia de mecanismos de participación, representación y revisión de las decisiones, así como hallar el modo de reproducir en el nivel global, según se ha anticipado, las soluciones institucionales y procedimentales propias de la democracia, como forma de gobierno que legitima esas decisiones.

De las diversas fuentes formales y sustanciales a su alcance, deberá tomar principios, valores, reglas, contenidos y métodos, cuidando que lo esencial de las conquistas de su simiente -el Derecho Administrativo de los Estados- no se pierda en la transición.

En definitiva, deberá perseguir como objetivo rector la garantía de satisfacción de dichos principios, valores, reglas, contenidos y métodos que son los propios del Estado social y democrático de Derecho, fruto más logrado de la evolución humana.

## Referencias bibliográficas

- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, UTHEA, T. 1.
- Couture, E. J. (1978). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Tomo I., Depalma, Buenos Aires.
- Darnaculleta Gardella, M. M. (2016). El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?, en *Revista de Administración Pública*, núm. 199, Madrid, enero-abril págs. 11-50, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01>.
- DW, Alemania (20 de octubre de 2020). ¿Socava el coronavirus la democracia?, DW, <https://www.dw.com/es/alemania-socava-el-coronavirus-la-democracia/a-55334390>.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Peral Duckworth & Co Ltd, cit. por Rojas Amandi, Víctor Manuel. El concepto de Derecho de Ronald Dworkin, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Euronews. (9 de abril de 2020). *Matando el coronavirus no debemos matar la democracia y los derechos en Europa*. <https://es.euronews.com/2020/04/09/vera-jourova-matando-el-coronavirus-no-debemos-matar-la-democracia-y-los-derechos-en-europ>
- Feoli, M. (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 27, 1er. Semestre.
- Fernández, T. R. (1 de junio de 2001). Los jueces y la política. *Revista de Libros*. <https://www.revistadelibros.com/articulos/la-judicializacion-de-la-politica>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, 2ª. edición, Madrid.
- Harari, Y. N. (20 de marzo de 2020). Yuval Noah Harari: the world after coronavirus. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedc-ca75>.
- Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (trad. J.A. González C.), edit. Ariel S.A., Barcelona.

- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- International Institute for democracy and electoral assistance. (22 de noviembre de 2021). COVID-19 y democracia. <https://www.idea.int/es/nuestro-trabajo/que-hacemos/covid-19-y-democracia>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. UNAM, traducción de la segunda edición, por Roberto J. Vernengo, México.
- Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R. B. (2006). Introduction global governance and global administrative law in the International legal order. *European Journal of International Law*, 17 (1): 2-1-14.
- Meilán Gil, J. L. (2011). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Sevilla, Global Law Press.
- Moderne, F. (2005). *Principios Generales del Derecho Público*. Editorial Jurídica de Chile, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco, Santiago de Chile.
- Racimo, F. M. (2022). El Activismo judicial. Sus orígenes y la recepción en la doctrina nacional. *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés*, (2), 89-157. Recuperado a partir de <https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/93>
- Real Instituto Elcano. (6 de abril de 2021). *La democracia latinoamericana tras un año de pandemia*. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari42-2021-malamud-nunez-democracia-latinoamericana-tras-un-ano-de-pandemia](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari42-2021-malamud-nunez-democracia-latinoamericana-tras-un-ano-de-pandemia)
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (19 de noviembre de 2009). Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho>
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (2015). El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 15 - n. 60, Belo Horizonte, Editora Fórum, 1-308.
- Sarlo, O. (s/f). Institucionalismo, Derecho y Parlamento. En <https://es.scribd.com/document/135724568/Sarlo-Institucionalismo-derecho-y-Parlamento-pdf>







## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Gabriela CAVIEDES THOMAS y  
Cecilia GALLARDO MACIP

Ofrecer el vientre. Consideraciones sociales y filosóficas  
de la maternidad subrogada



Gabriela CAVIEDES THOMAS

Universidad de los Andes (Chile)

gcaviedes@uandes.cl

ORCID iD:<https://orcid.org/0000-0001-8896-4944>

Cecilia GALLARDO MACIP

Universidad de los Andes (Chile)

cgallardo@miuandes.cl

ORCID iD:<https://orcid.org/0000-0001-7230-6234>

Recibido: 06/06/2023 - Aceptado: 13/06/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Caviedes Thomas, Gabriela y Gallardo Macip, Cecilia (2023). Ofrecer el vientre. Consideraciones sociales y filosóficas de la gestación subrogada, 22(43), 121-136. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.7>

## Ofrecer el vientre. Consideraciones sociales y filosóficas de la gestación subrogada\*

121

**Resumen:** La gestación subrogada se presenta como una técnica de reproducción asistida que asiste a ciertas personas que desean convertirse en padres. No obstante, su práctica ha generado discrepancias entre feministas. En efecto, el feminismo liberal, al abogar por la autonomía de las mujeres, defiende los vientres de alquiler como muestra de libertad. En cambio, feministas radicales y ecofeministas ven esta práctica una forma de instrumentalización y explotación de las mujeres. Este artículo busca reflexionar sobre las implicaciones sociales y filosóficas que supone la maternidad subrogada, para así mostrar lo que se deriva de mercantilizar la maternidad y lo que puede suceder con el vínculo paterno y materno-filial cuando se introduce en él la lógica tecnocientífica.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, mercantilización, feminismo radical, tecnocientificismo.

\* Conferencia “Claves para el Debate sobre maternidad subrogada” organizada por el IES en Santiago de Chile Chile, el 25 de mayo de 2023.

## Offering the womb. Social and philosophical considerations of surrogacy

**Abstract:** Surrogacy is presented as an assisted reproduction technique that assists certain people who wish to become parents. However, its practice has generated disagreements among feminists. Indeed, liberal feminism, advocating women's autonomy, defends surrogacy as a sign of freedom. In contrast, radical feminists and ecofeminists see the practice as a form of instrumentalisation and exploitation of women. This article seeks to reflect on the social and philosophical implications of surrogacy in order to show what comes from commodifying motherhood and what can happen to the paternal and maternal-filial bond when techno-scientific logic is introduced into it.

**Key words:** surrogacy, commodification, radical feminism, techno-scientific logic.

122

## Oferecendo o útero. Considerações sociais e filosóficas sobre a barriga de aluguel

**Resumo:** A barriga de aluguer é apresentada como uma técnica de reprodução assistida que ajuda certas pessoas que desejam ser pais. No entanto, a sua prática tem gerado divergências entre as feministas. De facto, o feminismo liberal, que advoga a autonomia das mulheres, defende a barriga de aluguer como um sinal de liberdade. Em contrapartida, as feministas radicais e as ecofeministas vêem esta prática como uma forma de instrumentalização e exploração das mulheres. Este artigo procura reflectir sobre as implicações sociais e filosóficas da maternidade de substituição, a fim de mostrar o que resulta da mercantilização da maternidade e o que pode acontecer ao vínculo paterno e materno-filial quando nele se introduz a lógica tecnocientífica.

**Palavras-chave:** barriga de aluguer, mercantilização, feminismo radical, tecnociência.

## 1. Introducción

Mary Beth Whitehead era una mujer sin estudios. Se había casado de joven con un hombre, basurero de oficio, y había tenido dos hijos con él. Apremiada por las necesidades económicas de su familia, y bastante segura de que no quería ni podía tener más niños, Mary Beth accedió involucrarse en una novedosa manera de generar algún ingreso: se inseminaría artificialmente con el esperma de un hombre llamado William Stern, para dar a luz a su hijo. William Stern estaba casado con Elizabeth, que padecía de esclerosis múltiple. Aunque ambos querían hijos, temían que el embarazo afectara la salud de Elizabeth, y decidieron recurrir al cuerpo de Mary Beth, a quien seleccionaron sobre la base de unas fotografías. William le pagaría una generosa suma, además de correr con los gastos necesarios. La inseminación artificial contaba con el esperma de Stern, pero con el óvulo de Whitehead, luego el bebé que se gestó en su interior contaba con el material genético de la madre gestante. Pero Mary Beth firmó un contrato con Stern según el cual ella cedería sus derechos de maternidad luego del parto.

El 27 de marzo de 1986, Mary Beth dio a luz a una niña. Pero el vínculo creado con la bebé durante el embarazo y el parto causó que ya no quisiera entregarla a los Stern, y se dio a la fuga llevándose a su bebé con ella. Los Stern respondieron interponiendo una demanda en su contra. Los Whitehead vieron sus cuentas bancarias congeladas, y finalmente, la policía dio con la mujer y la pequeña. Aunque el juzgado dio por nulo el contrato suscrito por las partes, consideró que, de todos modos, el interés superior de la niña suponía que William Stern se quedase con la custodia, en atención a su mayor solvencia económica. El caso, conocido desde entonces como “Baby M”, trajo como consecuencia una avalancha de debates, y la posterior reformulación en los métodos y técnicas con los que se llevarían a cabo a partir de entonces las prácticas de maternidad subrogada (Spar, 2006).

Hoy en día, aunque una madre de alquiler no puede gestar un hijo de otros padres con sus propios gametos para evitar casos como el de Baby M., la gestación subrogada sigue ganando popularidad. A causa de las distintas condiciones de esterilidad de mujeres y hombres, el incremento de la infertilidad provocada por el atraso de la maternidad, y la inclusión de personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+, rentar el vientre de una mujer es una alternativa interesante para muchas parejas. En especial, se presenta como una buena alternativa para aquellas personas que desean tener descendencia propia y no pueden, o simplemente no quieren utilizar su propio cuerpo (Lorenceanu et al., 2015). Así, la subrogación se ha convertido en una realidad prácticamente en todo el mundo, con los consecuentes debates sociales, morales y legislativos en cada país. Dado que la legislación actual de países como Alemania, Suecia, Francia o Polonia prohíbe la práctica, las parejas recurren entonces al turismo reproductivo, y éste se ha normalizado en países donde la práctica es legal, o bien no está regulada. Es el caso, por ejemplo, de la India, México, Ucrania, o algunas ciudades de Estados Unidos. Ante la disyuntiva, algunos países optan por su legalización regulada, otros —como Italia, recientemente—, buscan penalizar la gestación subrogada que se realiza en el extranjero, y algunos grupos exigen la derogación universal de toda práctica semejante.

Aunque no se deben generalizar los motivos por los que las mujeres entran en prácticas de subrogación, se entiende que, en términos generales, existen dos grandes motivaciones:

dinero y altruismo. A las prácticas movilizadas exclusiva o mayoritariamente por razones económicas se les denomina subrogación gestacional. Las prácticas impulsadas por empatía o por el deseo de colaborar con el bienestar de otra persona o pareja se denominan subrogación altruista. En ambos casos, la industria de las técnicas de reproducción asistida hace de intermediario, a través de un contrato, para que la subrogante ceda los derechos de su maternidad. Así, aun cuando se trate de un caso altruista, siempre debe haber un sustento legal para la protección de las partes (Klein, 2017).

A pesar de la existencia de contratos válidos en algunas partes del mundo, la complejidad ética y política del problema continúa levantando una serie de discusiones en torno a las implicancias de la subrogación en general. En este contexto, resulta interesante observar que las posturas sobre su defensa o rechazo es un punto de quiebre importante en el movimiento feminista. Las feministas liberales suelen ser más entusiastas, o al menos generosas ante la idea de diversas modalidades de gestación subrogada (Firestone, 1972; Haraway, 2016), pero precisamente los principales detractores políticos provienen de distintos feminismos a lo largo del mundo, en especial los feminismos radicales y el ecofeminismo (Raymond, 1995; Klein, 2008; Corea, 1985; Rita Arditti et al., 1984). La discordia se siembra a causa de la lectura dispar sobre si existe la mercantilización de una parte del cuerpo de la madre, y su posterior invisibilización, además de la defensa o cuestionamiento acerca de la libertad femenina involucrada. Además de ello, las ecofeministas radicales rechazan el carácter tecnocrático y manipulador de la naturaleza que, según sostienen, predomina en la lógica interna a la gestación subrogada.

Considerando que el debate legislativo está en curso en muchos países, vale la pena tomar en cuenta esta discusión desde el punto de vista social, político y filosófico. Este artículo pretende aportar en esa dirección. En lo que sigue, buscaremos iluminar el debate según se da en las discusiones feministas al respecto, cada una de las cuales posee los argumentos más socialmente predominantes, a favor y en contra. El primer y el segundo apartado se concentrará especialmente en la crítica que las feministas radicales formulan contra el feminismo liberal, basándose en la idea de mercantilización del cuerpo femenino y los efectos psicológicos. En el tercer apartado analizaremos las consecuencias de insertar una lógica transaccional tecnocientificista en la familia y en las mujeres. Para tales efectos, nos valdremos especialmente de las reflexiones elaboradas por el filósofo alemán Max Horkheimer, y el eco que encuentra su filosofía en el ecofeminismo.

## 2. Dentro de la industria. La mercantilización del cuerpo femenino

Mucho se ha dicho y escrito sobre la subrogación que se basa en motivos exclusivamente económicos<sup>1</sup>. La extrema precariedad que, en la gran mayoría de los casos, empuja a ciertas mujeres a ofrecerse como subrogantes hace más fácil el acuerdo relativamente general según el cual existe ahí una mercantilización del cuerpo de la mujer. Resulta difícilmente soslayable y pobremente defendible el aprovechamiento por parte de una pareja adinerada respecto del cuerpo de una mujer en pobreza extrema, a menudo con

1 Véase por ejemplo, Arneson, 1992; Arreguin, 2021; Belliotti, 1988; Ber, 2000; Brinsden, 2005; Hanna, 2010; Pande, 2010.

hijos propios que alimentar (Klein, 2017). Ella se involucra en un trabajo temporal bien remunerado, con su propio cuerpo, sin horario laboral y asumiendo las incomodidades y penurias del caso<sup>2</sup>. Los paralelos con la prostitución son innegables, pero, como sugiere la feminista abolicionista Andrea Dworkin, es una práctica liberada del estigma sexual por la ausencia de erotismo y penetración (Dworkin, 1981).

Lo anterior deslegitima en buena medida el argumento según el cual esta sería una práctica que fortalece la libertad de las mujeres respecto de sus propios cuerpos. Como afirma la socióloga Amrita Pande, si bien existe un contrato en el cual las mujeres consienten a someterse a la práctica, las condiciones en las que se hallan muestran que su libertad está muy restringida. Insistir en cuán libres son ellas para tomar esa decisión coloca en segundo plano la estructura social en la que están inmersas, y por lo tanto no sólo no ataca el problema de raíz, sino que lo perpetúa (Pande, 2014). Las subrogantes, en la gran mayoría de los casos, pertenecen a una clase trabajadora o contextos de pobreza extrema (Ekman, 2013; Klein, 2017, 2019; Pande, 2014). A menudo, sus ingresos son tan bajos, que rentar su vientre les supone una ganancia cien veces superior a su salario mensual. Aunque no sea posible afirmar que no existe agencia alguna, ni que la extrema necesidad de las mujeres involucradas las ha inhabilitado para tomar cualquier tipo de decisión (Pande, 2010), la libertad en estos casos está reducida a la mera capacidad de suscribir acuerdos contractuales. No alcanza a sugerir la posibilidad de ser artífice de la propia existencia.

La extrema pobreza, la completa dependencia de quien es económicamente más solvente, y la necesidad de ofrecer el vientre a cambio de un alivio pecuniario obliga a asumir una merma en la libertad. Sin embargo, en algunos casos la mercantilización es menos evidente. La remuneración recibida se encuentra con otros objetivos, con las mejores intenciones, y una menor necesidad económica. Pero, aunque el rostro de prostitución comience a ocultarse, la lógica de mercado continúa operando al alero de la industria que facilita y favorece la renta del vientre.

Susan Ince, en su artículo titulado *Inside the Surrogacy Industry*, dice ofrecer “una descripción de primera mano de la experiencia de una mujer al postular para convertirse en madre subrogante. [El artículo] expone la falta de garantías médicas y psicológicas, la insensibilidad tanto para con las gestantes como para con las mujeres infértiles, la precaria posición legal y financiera de las madres subrogantes, y el gran control sobre sus vidas por parte de la compañía” (Ince, 1984, pp. 99). Según su crudo relato, la industria busca aclarar constantemente que la mujer en cuestión está y debe estar total y completamente abocada a su tarea. Sólo se le pagará al final, si logra entregar al bebé sano y salvo, luego la empresa se encarga de vigilar que cumpla su parte. Si la mujer no se presenta con motivos altruistas, se la conmueve con historias y testimonios para elevar el sentido del trabajo, y que el compromiso sea mayor. También se le felicita y se le ensalza continuamente para reafirmarla en su decisión. El proceso sigue adelante sin que medie un examen pormenorizado de las circunstancias o la salud mental de la potencial

2 Incluso en los casos de subrogación altruista, las gestantes buscan un beneficio. Si bien hay estudios donde la remuneración económica pasa a un segundo plano, hay estudios que sugieren la búsqueda de algún tipo de vínculo emocional con las parejas. Para más sobre esto, véase: (Berend, 2012; Edelmann, 2004; Ragoné, 1994; Tieu, 2009; van den Akker, 2007)

madre. Solo afloran las preocupaciones si ella presenta algún problema físico que pueda interferir en el embarazo, o si da alguna razón para pensar que no seguirá las reglas, que se asesorará con abogados propios, o que interpondrá alguna suerte de obstáculo.

Ahora bien, es de suponer que, desde que Ince publicó su texto hasta hoy, el trato hacia las mujeres que firman contrato ha mejorado. Sin embargo, es posible pensar que el cambio no ha sido demasiado sustancial<sup>3</sup>. Cuando eventuales gestantes visitan diversas páginas web, atendido un posible deseo de convertirse en subrogantes, pueden encontrar cuestionarios que contienen algunas preguntas básicas para conocer su historial médico, psicológico y personal. De un modo muy simple se lleva a cabo una selección de mujeres a partir de sus rasgos físicos (Fertility, s. f., s. f.; *Surrogate Mother Selection*, s. f.). Algunos sitios web se limitan a encantar a futuras gestantes por medio de un discurso basado en la felicidad y la generosidad, posiblemente en vistas a la agilización del proceso. Diversas páginas exhiben fotografías para evidenciar el apoyo emocional que reciben las gestantes durante el proceso<sup>4</sup>. No obstante, el foco siempre está puesto en la felicidad de las parejas que recibieron a su bebé.

Por ejemplo, una persona que alquiló un vientre en Georgia, Estados Unidos, por medio de la industria *New Life*, describe su experiencia de la siguiente manera:

Muchas empresas podrían ofrecernos un bebé, pero sólo *New Life* podría ofrecernos realmente el lado humano de la gestación subrogada con dedicación, respeto, comprensión y cariño. Son personas que aman su trabajo. Son decididas y tienen espíritu de servicio. Y lo que es más importante, son personas con un corazón enorme. *New Life* trabaja con sentimientos y personas, no con cosas<sup>5</sup>.

El lenguaje es claro y convincente. Todo el proceso de la gestación subrogada se inserta en una narrativa de bondad por parte de la empresa y sus mujeres para que otros puedan formar una familia. Se hace un especial énfasis en que no se trata de “cosas”, sino de un equipo de personas generosas. Aunque es posible que haya algo de esto, en particular por parte de las madres gestantes voluntarias, cabe cernir la sospecha respecto del carácter humanizador en el que se centra el discurso por parte de la empresa. Piénsese por ejemplo en el fuerte contraste con el lenguaje utilizado en la página *Hatch US*, un sitio web de donación de óvulos y renta de vientres. En ella se hace una evaluación para generar un *match* entre parejas y subrogantes. Se presentan conmovedores testimonios en los que se narra cómo la empresa en cuestión se ha dedicado al “milagro de la vida”. No obstante, cuando se exponen los beneficios de comprar óvulos, para llevar a cabo el proceso de la gestación subrogada se anuncia que los clientes deben “confiar su familia en la empresa con los mayores ovocitos frescos del mercado” (Fertility, s. f.). El discurso no logra unificarse en torno a una visión de humanidad, o de trabajo con la integridad de las personas. El espíritu de *marketing* aflora a causa de la búsqueda de utilidades, y al

3 En efecto, si la industria invirtiese más tiempo y recursos de los que destina actualmente a atender las circunstancias de cada mujer y mejorarlas, posiblemente vería disminuida, al menos en parte, la oferta de vientres que requiere para incrementar sus utilidades.

4 Cf. (Fertility, s. f.; «Helping Intended Parents from Around the World», s. f.; *Surrogate Mother Selection*, s. f.; *Surrogates*, s. f.)

5 “Many companies could offer us a baby, but only *New Life* could truly offer us the human side of surrogacy with dedication, respect, understanding, and affection. These are people who love their work. They’re decisive and have a spirit of service. Most importantly, they are people with huge hearts. *New Life* works with feelings and people, not with things” (*Surrogate Mother Selection*, s. f.).

hacerlo, fragmenta a las mujeres para destacar sus partes como los productos con mejor calidad del mercado.

La lógica mercantil opera desde la selección de las subrogantes, pasando por el proceso de fecundación *in vitro*, la selección del bebé y hasta su entrega a quienes la contrataron. Como lo afirma Gena Corea: la función primordial de la atención genética, médica y psicológica de las subrogantes es controlar la calidad del producto que darán a luz (Corea, 1985). Incluso la preocupación por ellas es en aras de que el bebé sea perfecto para la pareja. La mujer subrogante es simplemente un medio, un “horno”, o un “hotel de paso” (Berkhout, 2008; Ekman, 2013). Las mujeres, en cambio, son —y deben ser— olvidadas e invisibilizadas. Lo que interesa a la industria que regula la transacción es que se cumpla el contrato y que éste sea exitoso. La gestante se encuentra en desventaja, puesto que debe llevar a término su embarazo para recibir la remuneración económica y el esperado reconocimiento emocional. Si no obtiene ninguna de las dos, será a causa de alguna falla en el proceso. Para evitar fallas, lo importante es que el vientre opere correctamente. Ningún cliente pagaría por un producto que no ha sido entregado, sin importar cuál ha sido la causa del fracaso en la entrega. Si el aparato de producción ha fallado, la responsabilidad recae, lógicamente, en su dueña.

### 3. Dentro de los corazones. La borradura altruista

Para algunas personas, la lógica mercantil que puede operar tras las prácticas de subrogación no es razón suficiente para deslegitimar su elección (Jadva et al., 2003) experiences and psychological consequences of surrogacy for surrogate mothers. METHODS: Thirty-four women who had given birth to a surrogate child approximately 1 year previously were interviewed by trained researchers, and the data rated using standardized coding criteria. Information was obtained on: (i. Una mujer puede incluso ser perfectamente consciente de la mercantilización de su cuerpo, y aun así querer continuar adelante con el proceso. Puede parecer que la apropiación de la corporalidad, incluso para conseguir fines económicos, es un modo de libertad susceptible de ser concedido, e incluso celebrado.

Aunque, como hemos visto, las prácticas de gestación subrogada en pobreza extrema dificultan el reconocimiento de una libertad sustantiva, los casos de gestación subrogada que son exclusiva o mayoritariamente motivados por razones altruistas parecen más evidentemente libres. En ellos, la generosidad y el deseo de darle a una familia su descendencia propia se vuelven causas primordiales para ofrecer el vientre. La remuneración se presenta como un objetivo de segundo orden, o incluso irrelevante (Berend, 2012; Klein, 2019). Así, hay mujeres que se ofrecen abrazando la certeza de que su buena voluntad y disposición son condición de posibilidad para que otras personas puedan sostener un niño en sus brazos, de modo que su propia entrega forma parte esencial del amor con el que la familia en cuestión se constituye. Aunque los beneficios económicos no sean prioritarios, las mujeres de todos modos firman un contrato en el cual ceden su maternidad a la pareja que buscó su servicio. Incluso, las mujeres que se involucran en la gestación subrogada por altruismo, o por lo que ellas llaman un “viaje de amor”, son motivadas por una “obligación sagrada” de dar vida (Ragoné, 1994).

De esa manera, la industria adopta un rostro humanitario, caritativo y solemne que naturalmente genera entusiasmo y empatía en muchas mujeres (Ekis Ekman, 2018, p.177). Sin embargo, aun si no hay evidentes restricciones a la libertad, hay un uso necesario del cuerpo de una mujer como un medio del que terceros se valen para la obtención de un hijo, y un determinado proceso psicológico que vale la pena observar.

La socióloga Zsuzsa Berend se ha dedicado a analizar los portales web de las mujeres que ofrecen sus vientres por altruismo. Ellas vierten sus experiencias en la web a través de un perfil, y conforman una sociedad entre ellas. Se trata de constituir una comunidad de apoyo al distanciarse del resto, con discursos que las identifican como superiores de alguna manera (“no todo el mundo está hecho para esto”), o incomprendidas (Berend, 2010; 2012). Sobre todo, declaran un sentido compartido: amor. Ellas dicen querer profundamente a los padres intencionales, a quienes ya han conocido a través de la agencia, y con quienes tratan como si se tratara de una pareja. Mencionan un “match” entre ellas y los padres, que es “como cuando conoces a alguien, y sabes que te casarás con él” (Berend, 2012, p. 914) Dicen no tener ningún vínculo afectivo con el bebé que están gestando, pero sí una gran relación con sus futuros padres<sup>6</sup>. Estos les prestan mucha atención, las llaman constantemente y mantienen largas conversaciones con ellas.

“La mayoría de la gente cree que tendrás problemas para dejar ir al bebé. Pero el bebé nunca fue mío desde el principio, así que no fue nada. Pero mis padres intencionales eran míos, como yo era suya”<sup>7</sup>.

“La razón por la que cuido [a este bebé] es simplemente porque es de ustedes...Hecho con amor entre nosotros cuatro”<sup>8</sup>.

Las múltiples experiencias recogidas por la socióloga muestran, si bien no una carencia material, sí una curiosa carencia emocional, una gran necesidad de vínculos afectivos con personas completamente extrañas que se le han acercado a través de una empresa, no por amistad, sino por interés en su capacidad de gestar. Tal carencia emocional también llama la atención porque usualmente no son mujeres solas. Tanto Susan Ince como Zsuzsa Berend muestran que la mayoría de las mujeres que ofrecen sus vientres tienen un marido o una pareja, y en general, tienen hijos. Para estas mujeres, pensar en su familia ayuda a justificar la aceptación de algún tipo de remuneración. Para ellas las palabras “negocio”, “dinero”, “pago”, “industria” o “contrato” son difíciles de compatibilizar con el relato romántico que suelen compartir, de modo que recurren como justificación del pago a los sacrificios que su marido y sus hijos han debido hacer también (Ragoné, 1994). Por otro lado, algunas observan que la remuneración ayuda a que los padres intencionales tomen cierta conciencia del esfuerzo que ellas están realizando por ellos. De todos modos, los padres con quienes han firmado un contrato son para ellas amigos queridos y cercanos.

6 Con respecto a este punto, la socióloga Amrita Pande ha analizado el vínculo que generan las mujeres indias con los bebés, porque lo relacionan con la conexión sanguínea y laboral (sudor). A estas mujeres, afirma Pande, el vínculo que les resulta crucial es el del bebé, no el de los padres. Pero siempre parece existir la necesidad de crear una conexión emocional humana (Pande, 2009)

7 Most people think you will have trouble giving up the baby ... but the baby isn't mine from the beginning so that was nothing. But my intended parents were mine ... and I was theirs also” (Berend, 2012, pp. 923-924)

8 The reason that I do care for him is simply because he is yours ... Made with love between the 4 of us (sic). (Berend, 2012, p. 924).

Pero una vez nacido el bebé, la mayoría de los padres intencionales cortan lazos con la madre biológica, gradual o abruptamente, y ellas resienten fuertemente lo que consideran una traición, una forma vil de mal agradecimiento, o un mal trato (Berend, 2010, 2012). Algunos padres, antaño cálidos y cariñosos, ahora les espetan con frialdad que “no tienen nada que agradecer, porque ella no hizo nada por lo que no se le pagase”. No les deben ninguna mantención de vínculo alguno, porque siempre fue un negocio pagado. “Literalmente, en ese minuto me sentí arrojada a la basura”, dice una de ellas. Comienzan a abundar los lamentos en la web: “me siento herida”. “Siento que han abusado de mí”. “Al menos podrían haberme dicho lo que realmente esperaban, en vez de mentirme”. “La próxima vez que lo haga, lo consideraré estrictamente como un negocio, o me sentiré herida una y otra vez”. “Di una parte de mi alma para llevar a estos bebés, y se han aprovechado de mí. Me ha tomado dos años llegar al punto de poder hablar de esto” (Berend, 2012).

Desde luego, estas mujeres deben darle un sentido a su tristeza. Muchas guardan en su memoria los rostros y los llantos de los bebés, y hasta celebran sus cumpleaños para sí mismas, para recordarse que sin ellas esos niños no estarían en el mundo. Su acto de amor no fue en vano, a pesar de su dolor. Además, durante todo su “viaje” han debido valerse de un lenguaje que, en palabras de Freud, sublima algún dolor profundo en sentimientos puros. Esto, desde luego, no es una estrategia consciente. Es más, no es una estrategia en absoluto, es la manera que ellas tienen para otorgar sentido al hecho de prestar el cuerpo a unos completos extraños que pagan a una compañía por su uso. En especial, es la manera de concientizar el proceso cosificador que vivieron (Ekis Ekman, 2017). Se sienten usadas, olvidadas e invisibilizadas porque, en efecto, lo fueron.

Los procesos psicológicos de las mujeres que arriendan su vientre en casos de altruismo han sido poco estudiados. Se afirma, en cambio, y de manera insistente, que en aquellos casos siempre hay plena libertad y solo generosidad por parte de las subrogantes. Su donación en favor de la construcción de una familia feliz permea el discurso y romantiza la práctica (van den Akker, 2007). Pero lo que ocurre más tarde en su interior vuelve a quedar oculto. Aunque es posible que algunas de ellas no sufran duelo alguno, el seguimiento sociológico de Berend muestra que, al menos en una cantidad importante de casos, tal duelo existe, pero invisibilizado. Por otro lado, el impacto psicológico puede no limitarse al vacío afectivo que deja el abandono de los padres intencionales, o incluso de la entrega del bebé. Para la periodista y escritora Kajsa Ekis Ekman, el proceso interno que debe vivir una mujer que renta su vientre es semejante a la alienación que Marx observa en el proletariado de la Revolución Industrial. La persona alienada, comenta Ekis Ekman recordando a Marx, deposita su vida entera en el objeto de su trabajo, hasta el punto en que su vida ya no le pertenece, sino que le pertenece al objeto en cuestión, que, por lo demás, será disfrutado por un tercero. Así, el obrero es reducido al estatus de máquina. Otro tanto sucede, para Ekman, con la madre por subrogación. Aun si sus buenas intenciones son las que la han conducido a esa actividad, es precisamente de ellas de las que se vale o se aprovecha el tercero que disfrutará del “producto” (Ekman, 2013, p.174).

Al igual que Andrea Dworkin, Ekis Ekman equipara la renta del vientre a la prostitución, pero para ella, la diferencia fundamental radica en que la gestante no es capaz de crear un alter ego o un personaje, de usar un nombre falso, o escapar temporalmente de su

situación (Ekis Ekman, 2013, p. 176). La embarazada debe mantenerse en su trabajo por el bebé que se encuentra en su interior. No obstante, al mismo tiempo, debe crear una distancia entre ella misma y su cuerpo, entre ella y el hijo que carga (Ragoné, 1994). “¿Qué haces en una situación donde te tienes que distanciar de una parte de ti misma (y tu ser) y al mismo tiempo debes cuidarlo y preocuparte por ti?” (Ekis Ekman, 2013, p. 176). Esta disociación es una de las mayores preocupaciones de las feministas radicales en todo el proceso que rodea a la práctica. Según observan, las mujeres sufren una doble fragmentación. Por una parte, el deseo de descendencia de algunos se traduce en un derecho a utilizar el cuerpo de una mujer y la reduce a sus partes, en concreto, a la función de su vientre (Raymond, 1995). Por otra parte, para que la selección de su órgano y el funcionamiento del proceso tengan éxito, ella misma debe desdoblarse psicológicamente. La narrativa predominante, además, insiste en que ninguna de estas cosas es particularmente grave, preocupante, o existente en absoluto (Corea, 1985).

#### 4. La familia y la mujer ante el reinado de la técnica

Además de casos como los anteriormente mencionados, existen otros en los que una persona querida y cercana presta su vientre. Aquí no hay pobreza extrema de la que aprovecharse, y posiblemente tampoco la necesidad de construir vínculos afectivos con los padres intencionales (aunque tampoco es descartable ese escenario). Puede que esta sea una elección genuinamente altruista que no derivará en la ruptura de los lazos familiares o de amistad previos (Klein, 2019). Este tipo de situaciones resuelve algunos problemas, pero mantiene algunos, y levanta otros nuevos. Por de pronto, al parecer, la necesidad de fragmentación persiste. Y puede ser incluso más dolorosa que en la subrogación en la cual madres gestantes sirven a completos extraños. Después de todo, es la propia familia, además de la gestante, la que opera la disociación sobre ella. Es el caso de Odette, según lo estudia Renate Klein.

Odette es una mujer que gestó al bebé de su prima Melanie, porque ésta no podía tener hijos propios. Melanie y su esposo habían congelado un embrión, y solicitaron a Odette que lo llevara en su vientre antes de que dejara de ser viable. Ella accedió, en parte por conmiseración por la prima mayor a quien admiraba, en parte porque sabía que generaría un vínculo de por vida con el niño, y al menos podría tenerlo cerca. El proceso fue doloroso y traumático para Odette. Su propia familia la sometió a un bombardeo de drogas y medicamentos, propios del procedimiento que conlleva una fecundación *in vitro* y que suponía desbalances corporales que ella no tenía. A la vez, su prima, incapaz de superar los celos que le producía el hecho de que Odette pudiera embarazarse y ella no, la trató con distancia e indiferencia primero, y luego con abierta violencia psicológica. Luego de nacer su hijo/sobrino Mitchell, sobrevino un tortuoso proceso legal, que concluyó en la separación completa del niño a quien Odette había esperado ver durante toda su vida (sobrino/hijo) (Klein, 2019).

Es evidente que el caso de Odette es particularmente traumático, y que de su testimonio no se sigue que todos los casos sigan el mismo patrón. No obstante, tampoco cabe la romantización de la subrogación de este tipo. Aunque el caso de Melanie es extremo, algo en las relaciones familiares o de amistad se modifica cuando una de las partes

crece al bebé de la otra dentro de sí. Existen posibilidades de entrar en problemas que distorsionen la relación inicial. La disputa por el lazo emocional con el niño, los celos del vínculo originario, o la sensación de haber pasado de ser una persona querida por sí misma a un recipiente, son algunos de los conflictos que tienen altas probabilidades de surgir.

Por otro lado, será necesario considerar qué ocurre con la relación familiar que se tiene con el bebé. ¿Se es a la vez madre y abuela, madre y tía, madre y hermana? Sucede que el lazo de maternidad que se ha desarrollado durante nueve meses no puede romperse solo aludiendo a la voluntad de que el bebé sea criado por otra persona. Además, él lleva ya un buen tiempo creando un vínculo con quien lo alberga en su vientre. A diferencia de la adopción, el niño ha sido gestado desde el comienzo para ser entregado y para satisfacer el deseo de paternidad de otro, que se vale de un primer acto que resulta violento para el bebé. Estas consideraciones permiten desplazar ahora el foco de la cuestión desde la madre gestante al niño y a la lógica en la que operan los padres intencionales respecto de su futuro hijo.

La identidad de una persona está estrechamente ligada a su origen. Existen orígenes dramáticos: el hijo o la hija de una violación, pero que encuentra una suerte de redención en el amor que su madre le ha profesado de todos modos. Hay otros orígenes cuyo dolor marca la identidad, como los abortos fallidos, o los eternos no deseados. En el caso del hijo por subrogación, en cambio, se da una paradoja especial. Son niños deseados y queridos, pero *a cualquier costo*, incluyendo el dolor originario del hijo tan deseado ser separado de la madre que lo gestó<sup>9</sup>. Según señala la psicóloga belga Anne Schaub en una entrevista, “la herida más profunda del niño es darse cuenta de que son sus padres quienes han creado la ruptura con la madre de nacimiento” (Atienza, 2023). La balanza del amor se inclina más hacia el amor propio del padre que hacia el hijo. La particularidad y la identidad única de la persona, tanto de la madre gestante como del niño, se oscurecen ante la omnipotencia del deseo de posesión de aquello a lo que se cree tener derecho (Klein, 2017). Así, el niño se asemeja más a un producto caro que ha costado mucho obtener que a una persona inesperada e incluso incómoda<sup>10</sup>.

De lo anterior se siguen reflexiones en un doble orden: primero, respecto a la particularidad no transaccional de la familia, y segundo, respecto a la relación de la lógica técnica con su objeto. Max Horkheimer, filósofo neomarxista alemán y primer director de la Escuela de Frankfurt, ofrece consideraciones interesantes que permiten vincular ambas reflexiones. Horkheimer recuerda que la familia es el núcleo social donde, por esencia, las relaciones no pasan por la mediación del mercado ni la lógica de intercambios, y es justamente eso lo que permite que el hombre y la mujer no actúen como funciones de un mecanismo, sino como seres humanos (Horkheimer, 2003, pp. 137-138; 2001, pp.

9 Para el impacto psicológico de la separación del bebé de la madre a la que estuvo ligado durante nueve meses, véase N. Newton, 2003. El libro *The Primal Wound* trata sobre aquella herida originaria que acompaña durante toda su vida a cualquier niño adoptado. Pero si ya la separación en el caso de la adopción es dolorosa para el bebé, el caso de la maternidad subrogada es aún peor. Mientras el padre adoptivo no busca crear en el pequeño la experiencia de la separación, ni abandona el carácter dado de la persona humana, en la maternidad subrogada, el niño es producido, y los padres intencionales saben desde antes de su gestación que la separación será un medio necesario para obtenerlo. Serán los propios padres de acogida los que provocarán la herida originaria en el niño.

10 En ese escenario, no resulta demasiado extraño que en algunas ocasiones el “producto” se abandone, en particular cuando no satisface las expectativas de sus creadores. El caso más famoso es el de *Baby Gammy*. Se trata de una pareja australiana que contrató a una mujer tailandesa para tener a su bebé. Sin embargo, la abandonaron al enterarse de que ella tenía síndrome de Down, y la dejaron a cargo de la madre gestante. Ellos volvieron a Australia con su melliza, que nació en perfecto estado de salud. («Baby Gammy Granted Australian Citizenship», 2015).

207-208). Según el alemán, la familia funciona como punto de base y de apoyo para la búsqueda de una mejor condición humana. En definitiva, sólo allí donde no se es un producto o una pieza para que funcione un mecanismo, se puede ser realmente libre. Por ende, la condición del niño que ha llegado al seno de una familia como resultado de una transacción es ontológicamente dramática. Más aún cuando interviene la técnica en su formación.

En general, la relación de amor —paterno-filial o erótico— con otro supone un anhelo, la conciencia de que el otro no está plenamente disponible para los propios deseos, sino que se debe esperar su llegada. La llegada del otro, no completamente planeada, no enteramente manipulada por los propios planes crea entonces en el sujeto la experiencia de gratitud y cumplimiento del deseo. Horkheimer es consciente de que, en general, las técnicas de reproducción asistida o de control de natalidad se presentan como un progreso relevante. Sin embargo, sostiene que considera una obligación filosófica “hacer ver a los hombres que debemos pagar un precio por este progreso, y ese precio es la aceleración de la pérdida del anhelo, y a la larga, la pérdida del amor” (Horkheimer, 2000, p. 176). Según las advertencias de Horkheimer, la introducción en general de la lógica técnica e instrumental en la familiar redundará luego en una corrosión de los vínculos basados en el amor genuino, esto es, no entendido como la satisfacción de las propias necesidades afectivas, sino como la recepción de la llegada del otro en su integridad. Como resultado, la manera en que se conciben los vínculos familiares deviene utilitaria y descarta el azar (Sandel, 2007).

132

La lógica interna al paradigma de pensamiento liberal tiene dificultades para ver algún problema en lo anterior. Para ella, la libertad procreativa es un punto de partida elemental para poder pensar la autonomía de todo individuo (Robertson, 1994). En tal escenario, el azar no tiene ningún valor en sí mismo, y erradicarlo valiéndose de la tecnología es, ante todo, un avance en la consecución de autonomía personal. Así, la tecnología se presenta como un auxilio preponderante cara a la oportunidad de exigir como derecho aquello que existe como deseo, comenzando por la posibilidad de ser o no padres o madres. Sin embargo, como afirma la feminista radical Janice Raymond, el derecho a utilizar estas tecnologías significa también la utilización masculina de una mujer por sus fines reproductivos (Raymond, 1993). En otras palabras, la libertad procreativa tecnocrática defiende e institucionaliza la instrumentalización femenina como un medio de procreación. La mujer se convierte en un mero objeto reproductivo y en una parte de las herramientas científicas destinadas a satisfacer los fines de un tercero (Raymond, 1993, p. 102). En consecuencia, la actividad que se da a lugar no es la reproducción, sino la producción de un hijo valiéndose de la conjunción de técnicas y (meros) úteros ajenos. Sin embargo, resulta necesario cuestionar si la tecnología está hecha para cumplir necesariamente con el fin de hacer que los cuerpos naturales respondan a los propios deseos.

Según comenta Heidegger, la técnica nace intrínsecamente vinculada al conocimiento y al arte, y como tal, tiene la capacidad de desvelar lo verdadero (Heidegger, 1994). En su origen griego, tanto la técnica (*technê*) como el conocimiento (*episteme*) hacen alusión a ser entendido en algo, a ser conocedor de alguna verdad que puede ser desocultada ante nuestra inteligencia. En su trabajo de desocultamiento, la técnica es capaz de sacar lo mejor de la naturaleza y lo mejor de la razón humana, motivo por el cual no cabe su

demonización. Pero la técnica moderna introdujo, de manera irreflexiva, un quiebre en su propia comprensión. Si la técnica premoderna trabajaba a la par con la naturaleza, desvelándola a la vez que la cuidaba y la cultivaba, la técnica moderna, aunque aún desvela el poder de la naturaleza y de la mente humana, ya no cultiva ni cuida, sino que ante todo somete y domina. La técnica que doblega a la naturaleza para que ella se adapte, se acomode a la voluntad humana se pierde a sí misma, en cuanto que deja de servir al desocultamiento de la verdad del ser-ahí de las cosas cuya búsqueda la gestó en primer lugar. Nada de esto, no obstante, puede ser evaluado por y desde la lógica técnica. Para Heidegger, la esencia de la técnica y nuestra relación con ella no aparecerá mientras nos encontremos entregados a la técnica, sino únicamente cuando se toma alguna distancia de ella. Sobre todo, nunca se la debe considerar neutral. Cuando se llega a tomarla por neutral respecto de sus objetivos y sus características, la ceguera se apodera de la reflexión.

En esa misma línea, Horkheimer denuncia también la liviandad con la que las ciencias asumen sus objetivos desde una perspectiva pragmática y progresista, como si el excelso manejo de la técnica las eximiera de hacerse preguntas difíciles, fundamentales y de largo aliento (Horkheimer, 2016). Se asume que la técnica posee un carácter de panacea universal donde todo problema humano puede y debe ser resuelto por su intercesión. Sin embargo, nada asegura que el camino actual del progreso científico sea el mejor, especialmente en ausencia de consideraciones morales. La técnica tiene efectos buenos y malos, y es necesario ponderarlos. En el caso de la gestación subrogada, hay un efecto económico y otro sentimental, al tiempo que un costo elevado respecto del modo en que concebimos a las personas, y también a la técnica y a la naturaleza.

Buena parte de las ecofeministas radicales también tienen estos asuntos en mente, y alertan fuertemente contra ellos (De Saille, 2017). En cuanto ecologistas, observan el avance desmedido de una ciencia y una tecnología que pone en riesgo la naturaleza (Shiva & Mies, 1998); y en cuanto feministas, denuncian que sea justamente el cuerpo femenino el intervenido, manipulado y utilizado (Corea, 1985; Rita Arditti et al., 1984). Aunque cabe la objeción de que esta visión vuelva a asociar a la mujer a lo natural, y al hombre a lo científico y racional, como si ella no tuviese agencia propia en todo este asunto, las feministas radicales recuerdan que aquel es un problema aparente y simplificado que oculta el verdadero conflicto (Holland-Cunz, 1996). No se puede olvidar el carácter natural que poseen los cuerpos femeninos y masculinos: los seres humanos somos también naturaleza. Las técnicas de ingeniería reproductiva hacen parecer como si sólo las mujeres lo fueran, y además se valen del ejercicio dualista que ellas deben hacer sobre su propia existencia para disociar su elección —si verdaderamente hay tal— de lo que biológicamente sucede dentro de ellas.

Ahora bien, las inquietudes de las feministas radicales exceden las particularidades de la gestación subrogada. De hecho, esta podría eventualmente extinguirse conforme avanzan otro tipo de técnicas reproductivas, y el problema seguiría presente. Su crítica radica en solucionar todo problema, personal o social, por medio de la técnica. Esto vale incluso para los propios objetivos feministas. Para las pensadoras ecofeministas y radicales, liberar a la mujer por medio de la tecnología únicamente crea una paradoja donde algunas son libres para cumplir ciertos deseos, mientras que otras se someten como objeto de experimentación para conceder esos deseos a quienes pueden pagarlo.

Esta lógica predispone a las mujeres a verse y ver a las demás como una mercancía o un producto intercambiable (Mies, 1985).

La preocupación de las feministas radicales estriba también en que la disponibilidad del cuerpo gestante, al alcance de la técnica para conseguir objetivos puede funcionar como paso intermedio para un futuro descarte total del cuerpo femenino. No hace falta hacer ciencia ficción: China ya desarrolla úteros artificiales que reproducen perfectamente las condiciones ideales para el buen desarrollo del feto, que permitan evitar enfermedades, reproducir los sonidos del útero, incluso la voz de la madre. Y aunque, en principio, esto podría significar la buena noticia de la inminente obsolescencia de la maternidad subrogada, las radicales ven el riesgo de la obsolescencia de la mujer. “Es cuestión de tiempo para que el cuerpo de la mujer sea prescindible”, señala Gena Corea (Corea, 1985). La técnica ya no se limita a utilizar a la mujer, sino que se encamina a crear su perfecto suplemento, hasta volverla completamente innecesaria (Rita Arditti et al., 1984).

Según todo lo anterior, posible pensar que el alegato libertario según el cual depende de cada mujer ofrecerse para la subrogación, aunque puede tener un lugar, no ocupa el espacio reflexivo, ni es lo único que se debe tener en consideración. Incluso él puede ser puesto en tela de juicio. Tampoco es suficiente sostener que las personas que no pueden concebir por sí mismas deberían poder acceder a sus metas reproductivas y a sus deseos de paternidad como un derecho. Primero, porque no es obvio que la paternidad y las relaciones familiares sean un derecho exigible, y segundo porque ese fin nunca está separado de determinadas prácticas que lo posibilitan, y que deben ser evaluadas por sí mismas. El caso concreto es que, aunque hayan accedido a ello, los cuerpos de las mujeres se usan como medios reproductivos para los fines reproductivos de otros. Es difícil no ver en ello un problema.

134



## Referencias bibliográficas

- Arneson, R. J. (1992). Commodification and Commercial Surrogacy. *Philosophy and Public Affairs*, 21(2), 132.
- Arreguin, N. A. C. (2021). Maternidad subrogada en el mundo globalizado: Lo que toda gestante sustituta en México debe saber. *Revista legislativa de estudios sociales y de opinión pública*, 14(30), 169-206.
- Atienza, M.J. (2023). Anne Schaub: “Todo embrión se apega naturalmente a la madre que lo lleva”. *Omnes* 727, 26-29.
- Baby Gammy granted Australian citizenship. (2015, enero 20). *BBC News*. <https://www.bbc.com/news/world-australia-30892258>
- Belliotti, R. A. (1988). Marxism, Feminism, and Surrogate Motherhood. *Social Theory and Practice*, 14(3), 389-417.
- Ber, R. (2000). Ethical Issues in Gestational Surrogacy. *Theoretical Medicine and Bioethics*, 21(2), 153-169.

- Berend, Z. (2010). Surrogate Losses: Understandings of Pregnancy Loss and Assisted Reproduction among Surrogate Mothers. *Medical Anthropology Quarterly*, 24(2), 240-262.
- Berend, Z. (2012). The Romance of Surrogacy. *Sociological Forum*, 27(4).
- Berkhout, S. G. (2008). Buns in the Oven: Objectification, Surrogacy, and Women's Autonomy. *Social Theory and Practice*, 34(1), 95-117.
- Brinsden, P. R. (2005). Gestational surrogacy. En *Textbook of Assisted Reproductive Techniques* (2.ª ed.). CRC Press.
- Corea, G. (1985). *The mother machine. Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*. Harper & Row.
- De Saille, S. (2017). *Knowledge as Resistance. International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering*. Palgrave Macmillan.
- Dworkin, A. (1981). *Pornography: Men possessing women*. Perigee Books.
- Edelmann, R. J. (2004). Surrogacy: The psychological issues. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 22(2), 123-136. <https://doi.org/10.1080/0264683042000205981>
- Ekman, K. E. (2013). *Being and being bought. Prostitution, surrogacy and the split self*. Spinifex Press.
- Fertility, H. (s. f.). *Find a Surrogate | Intended Parent Intake Form | Hatch Fertility*. Recuperado 5 de junio de 2023, de <https://www.hatch.us/intended-parent-surrogacy-application-intake-form>
- Firestone, S. (1972). *The dialectic of sex. The case for feminist revolution*. A Bantam Book.
- Hanna, J. K. M. (2010). Revisiting Child-Based Objections to Commercial Surrogacy. *Bioethics*, 24(7), 341-347.
- Haraway, D. (2016). *A Cyborg Manifesto. Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century*. University of Minnesota Press.
- Heidegger, M. (1994). La cuestión de la técnica. En *Conferencias y artículos*. Odós.
- Holland-Cunz, B. (1996). *Ecofeminismos*. Ediciones Cátedra.
- Horkheimer, M. (2000). El anhelo de lo totalmente otro. Entrevista con Helmut Gumbor. En *Anhelo de justicia* (pp. 165-183). Trotta.
- Horkheimer, M. (2001). *Autoridad y familia y otros escritos*. Paidós.
- Horkheimer, M. (2003). *Teoría crítica*. Amorrortu editores.
- Horkheimer, M. (2016). *Crítica de la razón instrumental*. Trotta.
- Jadva, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallum, F., & Golombok, S. (2003). Surrogacy: The experiences of surrogate mothers. *Human Reproduction*, 18(10), 2196-2204.
- Ince, Susan (1984) 'Inside the surrogate industry' in Arditti, Rita, Renate Duelli Klein and Shelley Minden (eds) *Test-Tube Women: What future for motherhood?* Pandora Press, Unwin Hyman, London, Winchester, MA and Sydney.

- Klein, R. (2017). *Surrogacy: A Human Rights Violation*. Spinifex Press.
- Klein, R. (2019). *Broken Bonds. Surrogate Mothers Speak Out*. Spinifex Press.
- Lorenceau, E. S., Mazzucca, L., Tisseron, S., & Pizitz, T. D. (2015). A cross-cultural study on surrogate mother's empathy and maternal-foetal attachment. *Women and Birth*, 28(2), 154-159.
- Mies, M. (1985). 'Why do we need all this?' A call against genetic engineering and reproductive technology. *Women's Studies International Forum*, 8(6), Article 6.
- Newton, N. (2003). *The Primal Wound*. Gateway Press.
- Pande, A. (2009). "It May Be Her Eggs But It's My Blood": Surrogates and Everyday Forms of Kinship in India. *Qualitative Sociology*, 32(4), 379-397.
- Pande, A. (2010). Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker. *Signs: Journal of Women in Culture & Society*, 35(4), 969-992.
- Pande, A. (2014). *Wombs in Labor*. Columbia University Press.
- Ragoné, H. (1994). *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*. Routledge.
- Rita Arditti, Renate Duelli Klein, & Shelley Minden. (1984). *Test-tube women: What future for motherhood?* Pandora Press.
- Sandel, M. (2007). *The case against perfection: Ethics in the age of genetic engineering*. Belknap Press if Harvard University Press.
- Shiva, V., & Mies, M. (1998). *La praxis del ecofeminismo*. Icaria.
- Spar, D. L. (2006). *The Baby Business. How money, science and politics drive the commerce of conception*. Harvard Business School Press.
- Surrogate Mother Selection*. (s. f.). New Life Georgia. Recuperado 5 de junio de 2023, de <https://www.newlifegeorgia.com/surrogate-mother-selection/>
- Tieu, M. M. (2009). Altruistic surrogacy: The necessary objectification of surrogate mothers. *Journal of Medical Ethics*, 35(3), 171-175.
- van den Akker, O. B. A. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. *Human Reproduction Update*, 13(1), 53-62.







## JURISPRUDENCIA COMENTADA

Facundo CANDIA LAINÉS, Mariana FAGIOLI CARÁMBULA,  
Francisco FERREIRA BARBOZA, María Silvana NESSAR REGUERO,  
Agustina PACHECO DA SILVA RIVERO, Luciana SANGUINETTI FERRARO y  
Guillermo VIVO MORELLI

Los funcionarios públicos y la contratación administrativa. Comentarios  
a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018.



Facundo CANDIA LAINÉS

Universidad de Montevideo (Uruguay)

fcandia@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-4850-9246>

Mariana FAGIOLI CARÁMBULA

Universidad de Montevideo (Uruguay)

mfagioli1@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-7993-3730>

Francisco FERREIRA BARBOZA

Universidad de Montevideo (Uruguay)

fferreira@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9381-6644>

María Silvana NESSAR REGUERO

Universidad de Montevideo (Uruguay)

mnessar@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0149-2898>

Agustina PACHECO DA SILVA RIVERO

Universidad de Montevideo (Uruguay)

apacheco1@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5130-5945>

Luciana SANGUINETTI FERRARO

Universidad de Montevideo (Uruguay)

lsanguinetti@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1599-3776>

Guillermo VIVO MORELLI

Universidad de Montevideo (Uruguay)

gvivo1@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-0854-969X>

Recibido: 02/02/2023 - Aceptado: 30/05/2023

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**

Nessar Reguero, M. S., Pacheco da Silva Rivero, A., Fagioli Carámbula, M., Candia Lainés, F., Vivo Morelli, G.; Ferreira Barboza, F. y Sanguinetti Ferraro, L. (2023). Los funcionarios públicos y la contratación administrativa. Comentarios a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018. *Revista de Derecho*, 22(43), 143-162. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.8>

## Los funcionarios públicos y la contratación administrativa.

### Comentarios a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018.

**Resumen:** El presente artículo aborda el análisis de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 383/2018 de 20 de setiembre de 2018 que confirma el acto administrativo dictado por la Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas, que aplica una sanción disciplinaria a tres funcionarios en atención a la constatación de irregularidades en su participación en un procedimiento de contratación administrativa. El trabajo analiza la vulneración a los principios aplicables en dichos procedimientos, así como a los controles a que están sujetos los funcionarios públicos.

**Palabras clave:** Contratación administrativa, Funcionarios públicos, Control, Principios.

## Public officials and administrative contracting.

### Comments to the judgment of the Court of Administrative Matters No. 383/2018.

**Abstract:** This article deals with the analysis of judgment No. 383/2018 ruled by the Court for Administrative Matters, on September 20th, 2018, which confirms the administrative act issued by the National Administration of Power Plants and Electric Transmissions. Said ruling applied a disciplinary sanction to three officials due to the detection of irregularities in their participation in an administrative contracting procedure. The article analyzes the breach of the principles applicable in such procedures, as well as the usual check-ups to which public officials are subject.

**Keywords:** Administrative contracting, Public officials, Control, Principles.

## Funcionários públicos e contratação administrativa.

### Comentários sobre o acórdão do Tribunal do Contencioso Administrativo n.º 383/2018.

**Resumo:** Este artigo analisa o acórdão do Tribunal de Contencioso Administrativo No. 383/2018 de 20 de setembro de 2018, que confirma o ato administrativo emitido pela Administração Nacional de Centrais Eléctricas e Transmissões, que aplica uma sanção disciplinar a três funcionários públicos em resposta à constatação de irregularidades na sua participação num processo de concurso administrativo. O documento analisa a violação dos princípios aplicáveis a tais procedimentos, bem como os controles a que estão sujeitos os funcionários públicos.

**Palavras-chave:** Contratação administrativa, Funcionários públicos, Controle, Princípios.

Sumario: 1. Justificación del tema. 2. Aspectos de interés. 2.1. Vulneración de los Principios del procedimiento administrativo de contratación: 2.1.1 Principio de ajuste estricto a los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares e Imparcialidad en la Evaluación de la Oferta; 2.1.2 Principio de Igualdad de los Oferentes; 2.1.3 Principio de Buena fe y Transparencia; 2.1.4 Principio de Eficacia y Eficiencia. 2.2. Control de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento de contratación: 2.2.1. Control administrativo: JUTEP y CNSC. 2.2.2 Control jurisdiccional. 2.3. La corrupción y el Código de Ética. 3. El interés público y la contratación administrativa. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias Bibliográficas.

## 1. Justificación del tema

La sentencia que nos ocupa despierta interés en tanto uno de los aspectos relevantes en relación a la contratación pública, y en especial al procedimiento de contratación, se relaciona con la conducta de los funcionarios públicos que en él participan si se considera que, en definitiva la determinación de cuál es la “ oferta más conveniente ” está en manos de los funcionarios que intervinieron en ese proceso de selección que serán quienes con su asesoramiento ilustrarán al jerarca competente a la hora de dictar el acto administrativo de adjudicación.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en oportunidad de dictar la referida sentencia señala que los funcionarios que participaron en el procedimiento de contratación para la adquisición de materiales y/o el requerimiento de servicios en el Sector Generación Térmica de UTE a que el caso refiere violentaron durante su participación en dicho proceso, principios aplicables a la contratación administrativa como la falta de claridad en los pliegos, irregularidades en la evaluación de los antecedentes, como asimismo a la hora de valorar la oferta más conveniente, un defectuoso asesoramiento a los jefes y finalmente irregularidades en la gestión de pago y omisión en la aplicación de sanciones ante incumplimientos constatados.

Es del caso destacar que recientemente se constituyó en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo el Observatorio de Contratación Pública, oportunidad en la que se destacó que el mismo constituye un “ espacio de encuentro e intercambio plural y abierto de conocimientos y experiencias de expertos, profesionales y académicos de los sectores público y privado, dedicados a los diferentes aspectos de la contratación pública nacional e internacional. ” (OCP)

La institucionalización de dicho Observatorio revela el interés de la academia de seguir de cerca los procedimientos de contratación que se llevan a cabo el Estado en tanto el mismo “ tiene como objetivo contribuir en forma dinámica y moderna, al progreso y puesta en valor de la contratación pública, como instrumento virtuoso para el eficaz cumplimiento de las políticas públicas, que coadyuve al desarrollo de los mercados de bienes, obras y servicios. Al mismo tiempo, pretende contribuir al mejor entendimiento por parte de la sociedad toda de esta compleja y sensible temática. ” (OCP).

El tema, sin hesitación alguna se compadece con los aspectos señalados supra en cuanto la contratación pública es una “ compleja y sensible temática ” cuyo valor el Observatorio y la red que integra, pretende destacar.

Por tanto, la forma cómo se lleva a cabo ese procedimiento merece un especial análisis y seguimiento en tanto, como también señalamos arriba constituye “un instrumento virtuoso para el eficaz cumplimiento de las políticas públicas, que coadyuve al desarrollo de los mercados de bienes, obras y servicios”.

La sentencia en estudio presenta pues un interés actual en tanto la conducta de los funcionarios participantes en los procesos de contratación puede ser también analizada desde esta nueva perspectiva que presenta el Observatorio recientemente creado.

## 2. Aspectos de interés

La sentencia en estudio se dicta con motivo de la demanda de nulidad interpuesta por tres funcionarios de UTE contra el acto administrativo que les impuso una sanción de 180 días de suspensión por su actuación en un procedimiento de licitación pública.

En primer lugar, es del caso señalar que se omitirán en este análisis la referencia a temas que el Tribunal aborda en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la contratación administrativa, como por ejemplo los aspectos vinculados al debido proceso en los procedimientos disciplinarios o la cuestión relativa a la potestad disciplinaria y el cuántum de la sanción cuyo abordaje obra en los Considerandos V y XI, respectivamente.

Si bien se encaran temas que refieren al referido procedimiento, lo que resulta inevitable en tanto importa la conducta de los funcionarios involucrados en el proceso de contratación, se hace énfasis en ese proceder, pero desde y en atención a cómo debe desenvolverse el funcionario en los procedimientos de contratación.

En ese sentido se ha considerado relevante a los efectos de este análisis los aspectos relacionados con los principios de la contratación administrativa a que refiere el art. 149 del TOCAF, y en especial al control tanto administrativo como jurisdiccional del referido procedimiento, control en el que intervienen organismos técnicos en la materia.

No puede soslayarse que en materia de procedimiento de contratación la normativa consagra esos principios específicos que difieren o por lo menos amplían aquellos consagrados para los procedimientos disciplinarios precisamente en atención a la especialidad de la temática considerada.

Asimismo, no puede estar ausente la referencia al interés público presente en todo obrar estatal, y con mayor presencia aun en los procedimientos de contratación los que, como se señaló son un valioso instrumento del Estado para cumplir con sus cometidos.

### 2.1. Vulneración de los principios del procedimiento administrativo de contratación:

#### 2.1.1. Principio de ajuste estricto a los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares e Imparcialidad en la Evaluación de la Oferta

En oportunidad del análisis sobre el fondo del asunto, el Tribunal hace referencia a la falta de claridad en la redacción de los Pliegos y a la constatación de irregularidades tanto en la evaluación de los antecedentes de los oferentes así como en la oferta elegida,

teniendo en cuenta que al momento de ser interrogados en el procedimiento sumarial, conforme establece la sentencia en análisis "...los tres accionantes admitieron haber intervenido en la elaboración de los pliegos del acto licitatorio".

El Principio de ajuste estricto a los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares tiene su fundamento en que, tal como sostiene Sayagués Laso:

Las cláusulas del pliego son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes, así como del que resulte contratante. Sus reglas deben cumplirse estrictamente. En ello va el interés de todos, pues de lo contrario el procedimiento se desnaturalizaría. (Sayagués Laso, 2002, p. 553).

En este sentido, corresponde destacar que dicho Principio no sólo obliga a los licitantes a cumplir con los requerimientos establecidos en el Pliego, sino que también autolimita las potestades de la Administración para admitir aquellos que no fueron previstos expresamente en el mismo. Dicho Principio resultó vulnerado, por ejemplo, respecto a la apreciación de la oferta de la empresa que resultó adjudicataria, ya que según surge de los términos de la Sentencia "...no se fundamentó el modo en que se llegó a la conclusión de que la misma era "técnicamente aceptable"; "...las "debilidades que contenía la oferta" no fueron aclaradas...", recayendo en conductas que efectivamente demuestran un trato parcial y que se alejan de las reglas contenidas en el Pliego a tales efectos.

El procedimiento de selección del co-contratante es definido como: "El conjunto de trámites que la Administración debe realizar para encontrar la persona o entidad más idónea con quien celebrar un contrato. Por el interés general que representa tiene que elegir contratantes capaces de dar plena ejecución al objeto contractual" (Rotondo, 2005, p. 230). Del mismo modo, en términos de Sayagués: "El criterio para seleccionar el contratante es claro y preciso: debe aceptarse la oferta más ventajosa" (Sayagués Laso, 2002, p. 557).

Tal como dispone el Artículo 68 inciso 2º del TOCAF: "El ordenador efectuará la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la Administración Pública y las necesidades del servicio..." (Uruguay, 2012). Es decir, la apreciación de cuál oferta es la más beneficiosa y adecuada a los intereses de la Administración y a las necesidades del servicio....

...aunque discrecional, no es ilimitada. Esto es así incluso cuando el pliego tiene la cláusula -bastante frecuente- de que la administración elegirá la propuesta que a su solo juicio estime más ventajosa. Esta cláusula da una gran latitud en la apreciación; pero no autoriza a prescindir de la oferta que sea evidentemente la más ventajosa. (Sayagués Laso, 2002, p. 557).

A pesar de no ajustarse estrictamente a las exigencias contenidas en los Pliegos y poseer una serie de debilidades que se dejan de manifiesto, igualmente se sugirió adjudicar la oferta a la empresa que en definitiva resultó seleccionada, afectando los Principios que vienen de exponerse.

### 2.1.2. Principio de Igualdad de los Oferentes

El Principio de Tratamiento Igualitario de los Oferentes nos indica que, en el procedimiento de contratación administrativa, debe avizorarse un tratamiento igualitario y no discriminatorio entre los oferentes, desde el comienzo hasta el final del procedimiento. Es un principio del cual todo el procedimiento licitatorio debe encontrarse impregnado, no solamente en la etapa de preparación de los pliegos, sino en la presentación y análisis de las ofertas; así como en la adjudicación y ejecución de la misma.

En el caso que nos ocupa, y como bien lo detalla la sentencia que se comenta, podemos apreciar que se vulnera el Principio de Igualdad por cuanto se concedieron una serie de prórrogas que implicaron demoras imputables a sucesivos plazos que se le dieron a la firma que luego resultaría adjudicataria para que la misma pudiera cumplir con las exigencias del Pliego: “La empresa que resultara ser la adjudicataria de la licitación [...] no acreditó antecedentes [...]. Frente a lo cual, la CAA concedió no uno, sino tres plazos, lo que sumó un total de 180 días para la presentación del complemento de información”. Frente a estos acontecimientos, no cabe sino tener certezas de que el Principio de Igualdad se vio notoriamente afectado al proporcionarle ventajas respecto a los plazos de presentación de documentación a uno de los oferentes: “El proceder seguido por los funcionarios vulneró el principio de imparcialidad y el de tratamiento igualitario de los oferentes”.

Lo que viene de decirse nos indica que no se deben introducir modificaciones, salvo alguna aclaración, ampliación, o salvedad que se deba realizar, sin que ello suponga una vulneración al Principio de Igualdad y un “adelanto” sobre la eventual ilicitud del acto de adjudicación finalmente emitido. Y, justamente, esto último fue lo que sucedió en el caso que se nos presenta: se concedieron una serie de plazos a quien resultaría ser adjudicataria, para cumplir con los requisitos del Pliego en un momento donde ya no podían haber modificaciones a las propuestas presentadas, tal como se refleja en el pasaje de la sentencia precitado.

Sin embargo, no solamente se ha verificado un incumplimiento al Principio de Igualdad de los Oferentes en la redacción de los Pliegos, sino también en la apreciación de los antecedentes. La empresa que resultó adjudicataria no acreditó los antecedentes con las exigencias que se habían determinado en el Pliego licitatorio, frente a lo cual se le otorgan sucesivos plazos para presentar un complemento de información, y así poder cumplir con las exigencias mínimas requeridas en dicho punto:

En el punto 4.4 [...] se expresa que los antecedentes del oferente deberán incluir “al menos 3 estudios de integridad y vida residual de unidades de generación térmica de más de 40 MW, en los últimos 5 años” y más adelante, establece que: “La firma que realice los trabajos de montaje y desmontaje de los equipos a estudiar tendrá experiencia comprobable en estas tareas, como mínimo habrá realizado el montaje de un turbogruppo a vapor de por lo menos 50 MW en los últimos años”. La empresa que resultara ser la adjudicataria de la licitación P. 35052 no acreditó antecedentes como los señalados precedentemente. Frente a lo cual, la CAA concedió no uno, sino tres plazos lo que sumó un total de 180 días para la presentación del complemento de información...

Tal como lo establece el Artículo N.º 48 del TOCAF, uno de los requisitos a considerar en la redacción de los pliegos, es la valoración de atributos de experiencia e idoneidad del oferente. No todos los oferentes se encontraban en pie de igualdad en este procedimiento de selección, puesto que el trato beneficioso en relación a quien luego resultaría adjudicataria afectó el citado Principio, por flexibilizar requisitos y exigencias de extrema importancia, alejando del camino a otros oferentes que, probablemente, sí cumplían con las exigencias mínimas.

### 2.1.3. Principio de Buena Fe y Transparencia

En materia de contratación, los funcionarios intervinientes deben actuar en base al principio de buena fe y transparencia.

En este sentido, y tal como lo cita la sentencia, la JUTEP expresa que el actuar de los funcionarios sumariados vulneró el Principio de Interés Público. Dispone el Artículo N.º 9 del Decreto 30/003 de 23 de enero de 2003: “En el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público conforme a las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las normas expresadas en la Constitución art. 82 incisos 1º y 2º de la Carta Política”. (Uruguay, 2003).

De este modo, se flexibilizaron de forma tal las exigencias respecto a quien sería adjudicatario que se tuvo que admitir trabajos adicionales, ampliaciones, compras directas, para alcanzar un resultado al que se había comprometido la empresa beneficiada, y solventar un gasto que indudablemente debía ser trasladado a esta última, pero que sin escapatorias, terminó asumiendo UTE.

Como viene de decirse, una serie de actividades encargadas no fueron ejecutadas, y no recibieron ningún tipo de sanción, lo que no solo afecta el principio de transparencia y de buena fe, sino que deja de manifiesto la falta de rectitud de los funcionarios intervinientes, por sopesar y preferir intereses particulares por sobre el interés público de la administración.

Lo que debería haber sido un beneficio para la administración, terminó siendo una contratación extremadamente gravosa, existiendo elementos más que suficientes para calificar la conducta de los funcionarios antijurídica y apartada al principio de buena fe. Tanto es así que, del cúmulo de irregularidades se desencadenó para la Administración un costo equivalente a un 137,5% más de lo que se había estimado asignarle a la adjudicataria.

### 2.1.4. Principios de Eficacia y Eficiencia

El Artículo N.º 19 del Decreto 30/003 dispone: “Los funcionarios públicos utilizarán medios idóneos para el logro del fin de interés público a su cargo, procurando alcanzar la máxima eficiencia en su actuación”.

Según Cajarville (2012):

La eficacia se refiere a aptitud de la actividad como medio para obtener el resultado procurado y a su idoneidad para perseguir los fines impuestos por el derecho. La eficiencia relaciona la actividad cumplida y los medios empleados en su proporcionalidad con los resultados procurados u obtenidos. (p. 188).

En ese sentido, surge de la sentencia de referencia que, con anterioridad, se habían confeccionado Pliegos para una licitación del mismo tenor; y, sin embargo, los mismos no fueron considerados, todo lo cual habría redundado en beneficio de los citados principios. Asimismo, la extensión en demasía en el tiempo entre el llamado, la adjudicación y la ejecución, las ampliaciones de los plazos, el pago de mayores costos, todo lo cual desencadenó en sucesivas pérdidas para la Administración, vulnerando notoriamente los Principios de Eficacia y Eficiencia.

## 2. 2. Control de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento administrativo de contratación:

### 2.2.1. Control administrativo: JUTEP y CNSC

El presente apartado apunta a analizar en forma sintética los órganos que ejercen el control administrativo en relación al procedimiento llevado a cabo en vía administrativa, a saber: la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC). Se plantea asimismo establecer el alcance que tienen sus pronunciamientos en el caso que se somete a estudio.

La Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) fue creada por Ley N.º 19.340 (“Creación de la Junta de Transparencia y Ética Pública como Servicio Descentralizado”), de 28 de agosto de 2015.

El legislador optó por darle la forma de un servicio descentralizado, por lo que integra el esquema de entes descentralizados del ordenamiento patrio, apartándose de la solución que había adoptado la Ley Cristal y respecto a la cual señala Sena: “La JUTEP fue creada en esa instancia como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, vinculándose con éste a través del Ministerio de Educación y Cultura, y como todo órgano desconcentrado sometido a jerarquía del Poder Ejecutivo” (Sena, 2016, p. 195).

En consecuencia, se decidió romper con el vínculo jerárquico y dar paso a un órgano descentralizado, que se encuentra bajo la tutela administrativa del Poder Ejecutivo, conforme lo establece el art. 317 de la Constitución.

Entre los cometidos de la Junta, previstos en su ley de creación y que determinaron su participación en el procedimiento administrativo que dio mérito a esta sentencia, se destacan los referidos en los artículos 2 literal 7) y 3 literal 1) que rezan:

“7. Ejercer la función de órgano de control superior de conformidad con el artículo III numeral 9 de la Convención Interamericana contra la Corrupción con el fin de prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” y

“1. Recabar, cuando lo considere conveniente, información sobre las condiciones de regularidad e imparcialidad con las cuales se preparan, formalizan y ejecutan los contratos públicos de bienes, obras y servicios.”

Como surge de los antecedentes administrativos que se relatan en la sentencia, UTE recibió diversas denuncias por parte de particulares en torno a licitaciones realizadas por el ente y en las que participaron los actores, lo que motivó el inicio del procedimiento administrativo.

La JUTEP participó en dicha investigación y consideró faltas graves y gravísimas las conductas de los funcionarios sumariados, y subraya que algunas de ellas pueden constituir delitos. Asimismo, señala el incumplimiento de todos los principios de ética en la función pública vinculados a la buena administración, tal es el caso de los principios de interés público, eficacia y eficiencia en la contratación, que se recogen en los artículos 9, 19 y 20 del Decreto 30/003, reglamentario de la Ley Cristal.

A nuestro juicio, la JUTEP actuó como órgano de control superior de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 7° del art. 2° de la citada ley a los efectos de detectar una posible práctica corrupta, en la litis, los sendos incumplimientos que se verificaron en materia licitatoria y que serán objeto de otro apartado.

A su vez, obtuvo información sobre los procedimientos en los que intervinieron los funcionarios sumariados, en lo atinente a la preparación y ejecución de los contratos públicos de obras y servicios, como sucede con el contrato que dio mérito a la Licitación Pública P35052. De este modo, cumplió con el cometido previsto en el numeral 1° del art. 3° de la Ley N.° 19.340.

En consecuencia, la JUTEP actuó en el marco de su competencia en concordancia con el art. 190 de la Constitución que recoge el principio de especialidad en nuestro Derecho. El mismo rige para todas las personas jurídicas y determina que ellas sólo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación (Sayagués, 2015, p. 207).

Por otra parte, consideramos que el pronunciamiento de la JUTEP no tiene alcance vinculante, ya que de la norma de creación no se desprende tal solución. En virtud de lo cual, sus dictámenes no obligan al ente que lo recibe, en este caso UTE, que tiene discrecionalidad para acoger el dictamen o expedirse en otro sentido.

Es del caso precisar que el Frente Amplio propuso en mayo del presente año, modificar la naturaleza jurídica de la JUTEP, para que abandone su condición de servicio descentralizado y se convierta en un ente autónomo integrante del sistema orgánico Poder Legislativo. Según lo señaló recientemente el senador Rubio, la integración de sus miembros se hará a imagen de lo que ocurre en la INDDHH.

Participó asimismo en el procedimiento disciplinario instruido la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), órgano creado por el art. 6 de la Ley N° 15.757 (“Ley de creación de la Oficina Nacional del Servicio Civil”), de 15 de julio de 1985.

Dicha norma dio cumplimiento al mandato constitucional que prevé el art. 60 de la CROU al disponer que: “La ley creará el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que tendrá los cometidos que ésta establezca para asegurar una administración eficiente”.

El fin perseguido con la introducción de este instituto en nuestro Derecho, fue el de tecnificar, racionalizar, el ejercicio de la función administrativa (Silva Cencio, 1967, p. 91).

En cuanto a su posición institucional, compartimos los argumentos esgrimidos por Durán al considerar que la Comisión es un órgano independiente de la ONSC y que lo único que tendría en común con ésta es la persona de su Presidente, quien a la vez es Presidente de la Comisión y Director de la Oficina (Durán, 1977, p. 48).

Su intervención en el procedimiento obedeció al cometido asignado en el literal c) del art. 7 de su ley de creación, que establece:

c. Pronunciarse preceptivamente sobre las destituciones de funcionarios antes de la resolución de la autoridad administrativa correspondiente. Si esta autoridad no fuere el Poder Ejecutivo o el Directorio de un Ente Autónomo o de un Servicio Descentralizado, el pronunciamiento sólo se hará a requerimiento del órgano estatal de que se trate.

Según surge de los antecedentes a que refiere la sentencia, con el fin de ampliar el procedimiento sumarial la Comisión sugirió como medida para mejor proveer la realización de un peritaje por ingeniero especializado en centrales térmicas o por la UDELAR.

Sin embargo, UTE no acompañó ese dictamen y dictó el acto por el cual se impuso la sanción a los actores. Es del caso precisar que si bien como se señaló el pronunciamiento de la Comisión es preceptivo en caso que se proponga la destitución del funcionario, como en el caso ello no ocurrió, no existió vicio alguno con motivo de su participación.

En definitiva, entendemos que el procedimiento se ajustó a Derecho, ya que, al tenor de lo dispuesto por el texto legal, lo preceptivo es el pronunciamiento de la Comisión, pero nada se dice con respecto al dictamen. Por ende, coincidimos con lo expresado por el TCA al analizar este punto, indicando que la opinión de la Comisión no es ni obligatoria ni vinculante para el órgano decisor, en la especie, UTE.

150

### 2.2.2. Control jurisdiccional

En relación a este control cabe preguntarse si sería de aplicación en la emergencia el artículo 25 de la Constitución.

La responsabilidad del Estado constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho. Ello supone que la administración tenga la obligación de resarcir patrimonialmente a todo aquel a quien le ha provocado un daño (artículo 24 de la Constitución). Siendo que el Estado como persona jurídica actúa a través sus funcionarios, la responsabilidad estatal se genera cuando los actos u omisiones de esos funcionarios (imputables al Estado), causen perjuicios a terceros.

Toda vez que el Estado indemniza a una víctima lo hace con fondos públicos, los cuales son obtenidos a partir de tributos y precios cobrados a los ciudadanos. En otras palabras, "...cuando responde el Estado, respondemos todos, según nuestro aporte tributario" (Diego Velazco Suarez, 2014, p. 110). Por dicha razón es que la Constitución, en su artículo 25, otorgó al Estado la posibilidad de repetir contra el o los funcionarios intervinientes en la producción del daño que tuvo que reparar:

El funcionario está obligado frente al Estado por una relación de justicia distributiva: la carga de la reparación del daño causado no corresponde a la totalidad de la sociedad, sino al funcionario, que está en una posición especial por haber sido el causante del daño que se debió reparar. (Diego Velazco Suarez, 2014, p. 118).

La administración no está obligada a repetir contra el funcionario público. No obstante, constituye una herramienta de protección a los fondos públicos en tanto le permite no

tener que soportar en forma definitiva ese gasto. Además, supone un incentivo al buen desempeño de la función pública, ya que, frente a la generación de un daño, no solo se verían comprometidos los recursos estatales, sino que también el patrimonio del propio funcionario, ya que éste podría ser llamado a responder en forma personal.

En el caso en estudio, supongamos que alguna de las otras empresas oferentes reclamara al Estado, alegando que el resultado de la licitación le causó un daño, o eventualmente el mismo organismo por los gastos en exceso que debió asumir ¿podría entonces UTE repetir contra los funcionarios intervinientes en el proceso licitatorio? Para que la respuesta sea afirmativa, se deben reunir dos requisitos exigidos por la Carta Magna en su artículo 25: (i) que el daño sea causado por el funcionario en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio (ii) que el funcionario haya actuado con culpa grave o dolo.

No es difícil determinar que el primero de los requisitos se encuentra presente, ya que en el caso los que participaron en el procedimiento son funcionarios públicos, y en ejercicio de funciones asignadas por su jerarca. El requisito número dos es el que requiere mayor análisis, ya que el artículo 25 exige un elemento de carácter subjetivo: la culpa grave o dolo. Se dejan por fuera hipótesis de culpa leve, otorgando cierta seguridad a los funcionarios públicos frente a errores menores en el desempeño de su cargo.

La Constitución no define qué se entiende por culpa grave y dolo. No obstante, pueden encontrarse referencias en otras normas de rango legal, así los artículos 1275 inc. 2, 1344 y 1346 del Código Civil, y artículo 18 del Código Penal. A partir de una lectura contextual de dichos artículos, la doctrina ha sostenido que la culpa es la falta de debida diligencia, y que es grave cuando existe un error grosero o inexcusable. Mientras que el dolo supone una visualización del resultado dañoso y una intencionalidad de lograr ese resultado.

En el caso el Tribunal, basándose en el informe del instructor sumariante, catalogó el actuar de los funcionarios como una falta grave, y aun gravísima. “Se trata de tres funcionarios de jerarquía, con larga experiencia laboral, con sólidos conocimientos técnicos, respecto de los cuales resulta inexcusable que se hayan verificado los extremos que surgen de la investigación administrativa y sumario posterior”. En otras palabras, el estándar de actuación exigido para esos funcionarios es mayor y más severo en virtud de los elementos enumerados. Ser Jefes de Departamento, con experiencia y preparación técnica, hace que el tipo de errores cometidos sean considerados más groseros.

La misma conducta, pero en un funcionario de menor jerarquía, inexperto y sin preparación técnica, sería evaluada con menor rigurosidad. Como principio general, podríamos afirmar que, a juicio del Tribunal, la gravedad de la falta se mide en función de quién la comete, analizando elementos tales como el cargo, los conocimientos, la experiencia, etc.

La culpa no se ve disminuida por ser los funcionarios “mandos medios”, defensa que fue utilizada por los actores. Dice el Tribunal:

...el cargo que ocupan los actores, tomando en cuenta la preparación técnica y la trayectoria de los mismos, permite señalar que la responsabilidad que les ocupa, no se ve eximida por el hecho de que existan sujetos ocupando cargos de mayor jerarquía. En estos casos, suele ocurrir que quienes ocupan los cargos jerárquicos más elevados, confían en las decisiones y el asesoramiento de los técnicos idóneas a cargo.

Que existan jerarcas por encima de los funcionarios no hace que su conducta sea excusable. A juicio del Tribunal no existiría una especie de “compensación de culpas”.

Por los argumentos expresados anteriormente es que consideramos que el artículo 25 de la Constitución sería plenamente aplicable al caso en análisis. La conducta de los funcionarios intervinientes en la licitación, la falta de controles, la falta de un análisis acabado de las ofertas, la ausencia de cuidado de los fondos públicos, y el mal asesoramiento a los jerarcas, entre otras, constituyen faltas graves – o aun gravísimas-, suponiendo, al menos, una falta grosera de la debida diligencia exigida a funcionarios de esa categoría. Su actuar ingresaría entonces en la culpa grave, si es que no lograra probarse una intención de no elegir la oferta más favorable para la administración, en cuyo caso estaríamos frente a un actuar doloso.

### 2.3. La corrupción y el nuevo Código de Ética

El Tribunal al calificar la conducta de los funcionarios, estimó que: “de las declaraciones tomadas a los funcionarios se desprende que **a lo largo del proceso licitatorio los sumariados observaron un actuar que, lejos de velar por los intereses de la Administración (como era su deber funcional), buscó beneficiar y “proteger” los intereses de la empresa que a la postre resultó la adjudicataria** y que, ante la comisión de errores o incumplimientos, no tuvo que responder de modo alguno, sino que de todos los gastos adicionales se hizo cargo UTE.”

La actuación descrita por el Tribunal encuadra en el supuesto de corrupción dado por el art. 12 de la Ley del Código de Ética que señala como principal modalidad de este fenómeno “el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener directa o indirectamente un provecho económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para otro, se haya causado o no un daño al Estado o a la persona pública no estatal”.

A primera vista parecería requerirse dos elementos, el uso indebido y la finalidad de provecho. Pero ello no es así en tanto la mera desviación del poder o de la función ya califica como un uso indebido, contaminando de ilicitud su ejercicio. Así lo señala Raggio al decir que: “se entiende por “uso indebido” en la especie, aquel ajeno a la finalidad para la que debe ser utilizado, definiendo entonces un uso ilegítimo, al concretarse un supuesto de desviación de poder.” (Correa Freitas (Coord.), 2020, p. 119)

Es decir que, para que se configure la falta de corrupción es necesario y suficiente una desviación de poder o de la función específica. Y que esa desviación atine a la obtención de un aprovechamiento personal o de tercero, en el sentido más amplio concebido, sin que sea necesario que se concrete efectivamente.

Tampoco resulta necesario que se demuestre la existencia de un vínculo colusorio entre el funcionario y el beneficiario, sin perjuicio de que ello sería prueba suficiente de la desviación de poder descrita.

En el caso, esa desviación de poder se constató mediante la inducción, a partir de la conducta y actos de los funcionarios, de la finalidad de “*beneficiar y proteger los intereses de la empresa*”.

Esa finalidad espuria se advierte en las siguientes conductas de los imputados a la que refiere el Tribunal en la Sentencia:

- Que “El análisis acrítico a favor del Consorcio adjudicatario resulta claro e irrefutable y genera responsabilidad administrativa. (fs. 1414 Pieza 5 de los A.A.)”
- Que “se abonaron sumas extraordinarias por trabajos de corrección de errores o reparación de daños en la Central Batlle causados por la empresa contratada u ocasionados como consecuencias de esos trabajos, que deberían haber sido asumidos por la empresa contratada y no por UTE.”
- La “ausencia de los controles mínimos en el seguimiento de la Licitación No. 35.052 o la laxitud de los mismos, con respecto al cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas contratadas por UTE”
- “La falta de precisión en la facturación de [AA] conjuntamente con la contemporaneidad de los trabajos de estas terceras empresas, constituye un indicio muy fuerte respecto de la duplicación de pagos para una misma tarea, que se facturaba por las etapas cumplidas y no por el detalle de los trabajos adicionales realizados.”
- Que a pesar de que la empresa incumplió sus obligaciones “no recibió sanción alguna.”

Sobre la conducta de los funcionarios que calificamos de corrupción, la JUTEP se pronunció como señalamos en el capítulo anterior, diciendo que: “surgen incumplidos todos los principios de ética en la función pública vinculados a la buena administración...”.

De los principios a los que refiere la ética en la función pública, el más afectado en este caso resultó ser el principio de probidad, y en gran medida a causa de la conexión conceptual que existe entre la corrupción y este principio.

La probidad se define en el artículo 13 de la Ley del Código de Ética, de forma inmediata a la corrupción:

El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

En consecuencia, bajo la probidad debida, el funcionario debe tener al interés público como norte de su función y del ejercicio del poder, en todo momento y sin excepción.

Es evidente la oposición que supone la corrupción respecto de este principio, en tanto significa la subversión de dicho mandato. Conceptualmente, como señala Correa Freitas (2020):

El fenómeno de la corrupción en la función pública se presenta, entonces, cuando ésta se pervierte, se desnaturaliza, desvirtuándose el fin debido de persecución del interés público, mediante la introducción de un factor distorsivo, que plantea la persecución de una finalidad diferente de parte del funcionario. (p. 116).

La contraposición es tal que dice Fuentes: “Evidentemente si el actuar de los hombres en todas sus actividades tuviera como sustento fundamental el principio de probidad, la corrupción no existiría” (Correa Freitas (Coord), 2020, p. 72).

Siendo que la probidad exige al funcionario dirigir su conducta al interés público, y la corrupción necesariamente implica su menoscabo a favor de un interés particular o privado, en todos los casos en que se constate un acto de corrupción, se estará violentando el principio de probidad.

Pero además, como indicó la JUTEP, la violación de las normas éticas conlleva el quebrantamiento del principio de la buena administración. Este principio “reclama la exigencia de una administración que dé satisfacción de forma eficaz a las necesidades de los habitantes a cuyo servicio tiene que actuar siempre, y no solamente que no entorpezca el disfrute de sus derechos”. (Martínez y Hanna de Rosa (Coord.), 2013, p. 97).

Pero para ello se hace necesaria la exigencia de un estándar superior de conducta de los funcionarios. No basta con sólo realizar la función, sino realizarla de tal forma que ésta conduzca a la efectividad de los derechos de los administrados. Así, “la buena administración impone también un comportamiento ético de los agentes públicos en la forma de tratar los asuntos de su competencia, erradicando la corrupción” (Martínez y Hanna de Rosa (Coord.), 2013, p. 104).

Esto se ve magnificado por el hecho de que la buena administración es el preludeo del interés general (Martínez y Hanna de Rosa (Coord.), 2013, p. 93). De ella se desprenden las condiciones necesarias para materializar el mismo. Y, como vimos, la corrupción y la probidad rotan en el eje del interés público. Por lo que en el campo de las normas éticas se juega en gran medida la vigencia de una buena administración.

El presente caso es un claro ejemplo de que el desarrollo de una buena administración no se reduce al cumplimiento de las normas funcionales, sino que, como se sostiene por la concepción imperante, sin el acatamiento de los mandatos éticos no es posible darle eficacia.

Ello resalta la importancia de haber consagrado normas de contenido ético dentro de los deberes jurídicos de los que ejercen función pública, y de seguir produciendo mecanismos de control preventivos de su incumplimiento. De lo contrario, la función sin la ética resultan en casos como el presente en el que “al finalizar los trabajos UTE abonó a la empresa adjudicataria [AA] un total de US\$ 2.834.372,57, es decir, un 137,57% por encima del costo inicial”.

### 3. El interés público y la contratación administrativa

La sentencia en cuestión juzga la conducta de tres funcionarios de una empresa pública por sus acciones y omisiones durante el llamado público a licitación, concluyendo que los mismos actuaron en perjuicio de los intereses de la Administración contratante. En ella se desarrollan los distintos fundamentos que les permite arribar a la conclusión de que los tres funcionarios actuaron en perjuicio de la Administración.

En oportunidad de analizar el referido proceso, el estudio que realiza el Tribunal sobre la licitación y el control posterior de la empresa contratada, constata una gran variedad de irregularidades que se vinculan con la conducta desarrollada por los sumariados. Entre las ilicitudes e incumplimientos que cometieron estos empleados, el Tribunal hace mención al interés público.

Es de interés público el correcto funcionamiento de la Administración, que las licitaciones se apoyen en datos objetivos y que no se vean influenciados por los intereses personales de los funcionarios que controlan el proceso. La actividad de las empresas estatales, al ser empresas públicas, están directamente vinculadas con el interés público, ya que la celebración de contratos o las gestiones que causen cualquier tipo de pérdida o perjuicio a la empresa implican un perjuicio para el Estado y todo esto se transmite directamente a la población.

Por esta razón se debe tener presente que las infracciones constatadas atentan directamente contra el interés público. Es imprescindible al momento de analizar el concepto de interés público, tener presente que nos encontramos frente a un concepto jurídico indeterminado.

Se entiende por concepto jurídico indeterminado aquel cuyos límites no se encuentran delimitados precisamente en las normas y cuentan con un margen de apreciación muy amplio, siguiendo a García de Enterría

...se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (Dei Cas, 2008, p. 83).

El interés público a los efectos del análisis de esta sentencia actúa como complemento que se debe considerar al momento de analizar los perjuicios provocados contra la administración y la población en general.

En el Resultando III de la sentencia comentada, se hace una primera mención de este concepto cuando se reconstruye el análisis que realizó el sumariante. El sumariante recuerda el artículo 9 del Decreto 30/003 señalando el deber del funcionario de actuar en consideración del interés público: "... las conductas que llevaron a cabo los sumariados ameritaron la sanción impuesta por haber transgredido lo preceptuado en la Ley No. 17.060 y Decreto 30/003 en su artículo 9 relacionado con el interés público". Parte de la sanción impuesta corresponde a la vulneración de este principio, así como de otros principios como el principio de eficacia de la contratación, imparcialidad y buena fe.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el considerando VI literal a "Como acertadamente lo apunta la Junta de Transparencia y Ética Pública el actuar de los funcionarios sumariados vulneró el principio de Interés Público (art. 9 Decreto 30/003)...".

Siguiendo con la línea de pensamiento de la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) el Tribunal entiende que existió una clara vulneración del principio de Interés Público según la definición adoptada en el artículo 9 del Decreto 30/003 y otros principios generales de la Administración pública.

Esta vulneración existió en el momento en que se elaboraron los pliegos del acto licitatorio, la falta de claridad en los pliegos y las numerosas irregularidades que se constataron en la elaboración de los mismos son una clara violación de dicho principio. El contenido de los pliegos constituye una garantía tanto para la Administración como para los proponentes, estas etapas del proceso licitatorio permiten a la Administración

seleccionar la persona o entidad más idónea con quien celebrar el contrato. La alteración y las irregularidades que puedan existir en los mismos atenta directamente contra este propósito. En este sentido, los funcionarios faltaron a sus deberes de imparcialidad en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales y en la rectitud de su ejercicio, causando así no solo un perjuicio a la Administración como también a los demás oferentes.

En nuestro ordenamiento jurídico existen varias normas que tratan el concepto de interés público en relación al ejercicio de la función pública. Entre ellas tenemos la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 también llamada "Ley cristal" que fue creada como normativa preventiva en materia de lucha contra la corrupción a que se hizo referencia en el punto II A. Esta Ley en su artículo 20 inciso segundo define al interés público como:

El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos.

A tal efecto, el Decreto 30/003 reglamentario de la Ley 17.030, amplía el concepto de interés público sin perder de vista el alcance otorgado por la Ley. Esta definición que otorga el decreto reglamentario pretende establecer como uno de los deberes del funcionario público el actuar en defensa del interés público. Este decreto en su artículo 9 dispone:

En el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, conforme con las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las reglas expresadas en la Constitución (art. 82 incisos 1° y 2° de la Carta Política). El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos (art. 20 de la ley 17.060). La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno (arts. 7° y 72 de la Constitución).

Podemos notar que el inciso segundo del artículo citado es una ampliación de las conductas que ya se encontraban en la Ley 17.060, dando así mayor precisión y alcance sobre qué comprende el interés público. Más allá de la regulación normativa que pueda existir de estos principios aún sin ella tendría suficiente fuerza de aplicación por su carácter de principios administrativo, siendo siempre tomado en consideración al momento de juzgar los actos de la Administración.

Siguiendo la definición de Felipe Rotondo, el Derecho Administrativo es una rama autónoma del Derecho Público que regula la organización y comportamiento de las personas públicas, en tanto ejercen función administrativa disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado. Se trata en definitiva de controlar el actuar de la Administración y brindar garantías al administrado, por ello, resulta imprescindible la adecuada vigilancia de que siempre se actúe en protección del interés general.

De esta manera lo entendió el Poder Ejecutivo cuando dictó el decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991, donde en su artículo 2 dice “La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales...”. Como podemos ver la administración se centra en la prosecución del interés general, representándolo como uno de los pilares principales para su debido funcionamiento. Ese servicio al interés general indudablemente está presente en los procedimientos de contratación administrativa que lleva a cabo la Administración.

No cabe duda de que es de interés general que, al momento de seleccionar un contratante, la Administración cuente con un procedimiento competitivo que busca otorgar garantías a todos los interesados, y que pretende arribar a la oferta más adecuada que refleje de mejor forma el equilibrio óptimo de economía y calidad de la contratación procurada, siendo la más conveniente tanto para los intereses de la Administración como de toda la comunidad, satisfaciendo de esta manera el interés general final.

Estos procedimientos se encuentran regulados en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, donde se detalla los procedimientos que debe seguir la Administración antes de seleccionar al contratante. De todas formas, el funcionario público tiene gran incidencia sobre este trámite lo que convierte en esencial su adecuada objetividad y respeto por el procedimiento predeterminado, por lo que deviene de particular atención el ejercicio de las funciones que el mismo realiza en dicho procedimiento. En estos procedimientos existen normas de nuestro ordenamiento jurídico que pretenden delimitar como debe ser su actuar, las que como surge de la sentencia en estudio en el presente caso, no se han respetado.

En la Declaración de Interés General del Código de Ética del Funcionario Público creado por la ley 19.823 como norma de comportamiento, se establecen ciertos parámetros de cómo debe desempeñar su función el funcionario público con relación al interés público. En el primer inciso del artículo 6 se deja bien claro que el interés público es uno de los pilares de la función pública “*El funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público*”. Más adelante en el segundo inciso describe en forma amplia las distintas maneras que se debe actuar para proteger el interés público. Este artículo no pretende delimitar el significado del interés público sino lo que intenta aclarar que se entiende cuando hablamos de actuar en consideración al mismo.

## Reflexiones finales

Como señalamos al comenzar estas apreciaciones con motivo de la sentencia 383/2018 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la contratación pública es una temática compleja y sensible y constituye un instrumento mediante el Estado cumple con los cometidos que le asigna el Derecho Positivo.

Sin ese instrumento no se podrían satisfacer necesidades imperiosas de la comunidad, y por ello la utilización de esa herramienta no puede a la postre provocar un perjuicio o daño indeseable a quien en definitiva se buscaba favorecer.

Sin duda ese interés público a que nos referimos anteriormente está de una manera muy especial presente en materia de contratación pública, interés que como bien dice DURÁN en un contexto de Estado Social y Democrático de Derecho tendrá por finalidad esencial la persona humana, su dignidad y los derechos fundamentales que le son propios. (conf. DURÁN, 2012) No podemos perder de vista ese fin vicarial del Estado que reiteradamente recordaba Mariano Brito así como su carácter instrumental para el interés general (Brito, 2004, p. 219 y ss.).

Los funcionarios públicos que intervienen en los procesos referidos no pueden olvidar que en el ejercicio de esas funciones están contribuyendo a satisfacer ese interés de la comunidad y por tanto deben actuar con estricto apego a las normas y principios que rigen en el procedimiento administrativo común y en especial a los propios del procedimiento de contratación, y en la eventualidad de no actuar conforme a ello el ordenamiento jurídico despliega un amplio abanico de controles a fin de advertir las desviaciones que pudieron ocurrir y de ser posible proceder a corregirlas.

En efecto; ese primer control debe ser ejercido dentro de la Administración contratante a través de los jefes de esos funcionarios que participan en los procesos de selección de los contratantes y, como vimos en el caso en estudio también se ponen en marcha controles a cargo de órganos administrativos especializados en el tema, como asimismo jurisdiccionales.

A través de esos controles se puede, siempre con apego a las garantías del debido proceso, sancionar a los funcionarios que no actuaron acorde a ese interés general, como aconteció en el caso en estudio o eventualmente llegar a desvincularlos definitivamente de los cuadros de la Administración cuando así corresponda.

Pero también se puede, como vimos supra (II.B), lograr una reparación patrimonial del daño causado al Estado, si así se prueba, conforme lo preceptúa el art. 25 inciso 2o de la Constitución.

Sin duda alguna, dicho artículo constituye un eficaz instrumento para poder resarcir de alguna manera a la comunidad toda el daño que le provocó el actuar contrario a derecho de un funcionario negligente que actuó en la oportunidad con culpa grave o dolo.

Finalmente cabe recordar las palabras de Delpiazzo (1999) cuando afirma:

Es obvio que la Administración, por su propia naturaleza instrumental, actúa en función de un fin público, al cual no es ajena su actividad contractual. Por eso, cuando cualquier órgano público actúa con una finalidad distinta o diversa de la propia del servicio de que se traten excediendo de ese modo los poderes que le han sido otorgados, incurre en un vicio que afecta el elemento teleológico del contrato respectivo.

Precisamente, en la desviación de poder se hace uso de facultades legales persiguiendo fines personales del agente público o extraños a la conducta querida por la regla de Derecho. (p. 230 y 231.).

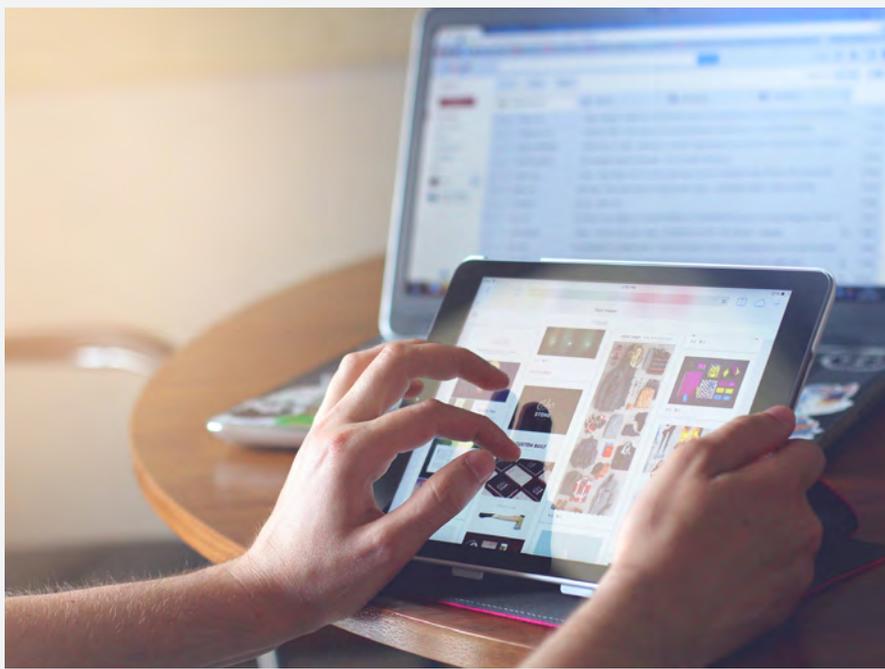
## Referencias Bibliográficas

- Brito, M. (2004). "Estado Institución" en *Derecho Administrativo, Su Permanencia, Contemporaneidad, Prospectiva*. Montevideo, Universidad de Montevideo.
- Cajarville, J. (2012). *Sobre Derecho Administrativo, T. II (3.ª ed.)*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Correa Freitas, R. (Coord.). (2020). *Código de ética en la función pública*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Dei-Cas, B. (2008). El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. *Revista De Derecho*, 7(14), 71-86.
- Delpiazzo, C. (1999). *Contratación Administrativa*. Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho.
- Durán Martínez, A. y Hanna De Rosa, M. (Coordinadores). (2013). *Ética, Estado de Derecho, Buena Administración*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Durán Martínez, A. (2012). *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. Montevideo, La Ley.
- Durán Martínez, A. (1977-1978). Un órgano de protección de los derechos del funcionario público: la Comisión Nacional del Servicio Civil. *La Justicia Uruguaya*, Tomo 76 (1977-1978), 47-51.
- Ettlin, E. (2017). *De la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos*. Montevideo, La Ley.
- Montevideo Portal. (24 de mayo de 2022). Vertiente Artiguista presentó un proyecto de ley para que la Jutep sea un ente autónomo. *Montevideo Portal*. <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Vertiente-Artiguista-presento-proyecto-de-ley-para-que-la-Jutep-sea-un-ente-autonomo-uc822640>
- Sanchez Carnelli, L. (2005). *Responsabilidad del Estado, por su actividad administrativa, legislativa y judicial*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Radio Monte Carlo. (18 de octubre de 2022). El Frente Amplio quiere transformar la JUTEP en un "ente autónomo". *Radio Monte Carlo*. <https://www.radiomontecarlo.com.uy/2022/10/18/nacionales/el-frente-amplio-quiere-transformar-la-jutep-en-un-ente-autonomo/>
- Rotondo, F. (2016). *Estudios sobre la Administración Uruguaya (1.ª ed., Tomo I)*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Rotondo, F. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Montevideo, Ediciones del Foro.
- Rotondo, F. (2021). *Manual de Derecho Administrativo, 11ª edición*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2021.
- Sayagués Laso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo, T.I (8.ª ed.)*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagues Laso, E. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo (10.ª ed., Tomo I)*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

- Silva Cencio, J. (1969). *La descentralización por servicios en la Constitución de 1967*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Uruguay. Ley n.º 15.757: *Ley de creación de la Oficina Nacional del Servicio Civil*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15757-1985/6>. 1985.
- Uruguay. Ley n.º 17.060. *Sobre el Uso Indebido del Poder Público (Corrupción)*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17060-1998>. 1998.
- Uruguay. Decreto n.º 30/003. *Reglamentación de la Ley 17.060, relativa a las normas de conducta en la función pública*. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/30-2003>. 2003.
- Uruguay. Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera n.º 150/012. <https://www.impo.com.uy/bases/tocaf2012/150-2012>. 2012.
- Uruguay. Ley n.º 19.340: *Creación de la Junta de Transparencia y Ética Pública como Servicio Descentralizado*. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19340-2015>. 2015.
- Uruguay. Ley n.º 19.823. *Sobre la Declaración de Interés General del Código de Ética en la Función Pública*. : <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19823-2019>. 2019.
- Velazco Suarez, D. (2014). Fundamentos de la responsabilidad del Estado y del funcionario. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, Volumen 13, número 25.
- Web Oficial del Observatorio de Contratación Pública (2022). Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. <https://um.edu.uy/facultad-de-derecho/observatorio-de-contratacion-publica>.







## INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados



## Equipo de FDER-UM viajó a Londres para participar de la Foreign Direct Investment Moot

*Seis alumnos formaron parte de la competencia de arbitraje de inversión*



El 3 de noviembre un grupo de seis estudiantes de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM estuvo presente en la “Foreign Direct Investment Moot”, realizada en King’s College London, Inglaterra.

Se trata de la competencia del tipo *moot court* más reconocida a nivel internacional en el campo del arbitraje de inversiones. Cada año, aproximadamente 100 equipos de todo el mundo participan en este concurso, organizado desde 2008 por el Centro de Estudios Jurídicos Internacionales (CILS) de Salzburgo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Suffolk, la Facultad de Derecho de la Universidad de Pepperdine, el Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) y el Centro de Derecho Europeo del King’s College de Londres.

Durante la competencia, los estudiantes desempeñan el papel de demandante (*claimant*) y demandado (*respondent*) en una disputa ficticia de arbitraje de inversión. Hay dos etapas: la fase escrita y la oral. En la primera, los equipos preparan memorandos y, en la segunda, alegatos orales. Este año, en representación de la Universidad de Montevideo participaron los estudiantes de 4to año: Dolores Lage, Clementina Litta, Facundo Pereira, Pablo Pastori y las estudiantes de 5to año: Lucía Olloniego y Sabrina Tosi (5to año). También integraron el equipo los *coaches* de FDER: Pilar Álvarez, Candela Rodríguez y Romina Rossi; y la *head coach* Mercedes Jiménez de Aréchaga. El alumno Pablo Pastori quedó seleccionado entre los 50 mejores oradores del torneo.

“Fue mi primera vez en una competencia de arbitraje y una oportunidad muy enriquecedora, tanto a nivel académico como personal. Pudimos conocer gente de todo el mundo y aprender de personas con experiencia en el área”, destacó Lage, quien junto a sus compañeros pudo competir contra equipos de grandes universidades provenientes de todo el mundo. Los estudiantes de la UM se enfrentaron ante alumnos de Chile,

Indonesia, Alemania e Inglaterra; y tuvieron prácticas con participantes de la India, Argentina, República Checa y Canadá.

Por su parte, Álvarez agregó que estaba orgullosa de haber entrenado al equipo de este año y sostuvo: “Una vez más, la competencia probó ser una oportunidad invaluable de aprendizaje para que los estudiantes crecieran como defensores y desarrollaran su pasión por el fascinante campo del Derecho Internacional de Inversiones. ¡Un enorme *gracias* a la Universidad de Montevideo, a Mercedes Jiménez De Aréchaga, por su apoyo, y a todos los miembros del equipo por su enorme trabajo y compromiso!”.



01/12/2022

166

## El Impuesto Mínimo Global: ¿desafío u oportunidad para las zonas francas uruguayas?

*Referentes nacionales e internacionales discutieron acerca de la futura normativa y sus implicancias*



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, organizó un panel de discusión acerca del nuevo Impuesto Mínimo Global impulsado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que se aplicará a empresas multinacionales. El pasado 29 de noviembre un panel de expertos reflexionó respecto a cómo afectará la medida a las zonas francas uruguayas. La actividad se impulsó desde el Postgrado en Tributación Internacional de la FDER-UM.

## Régimen uruguayo de zonas francas y su impacto en la economía nacional

Al comienzo del primer panel, el director ejecutivo de CERES y autor del Informe Especial sobre la Contribución Económica y Beneficios generados por el Régimen de Zonas Francas en Uruguay, Dr. Ignacio Munyo, realizó una síntesis del informe especial y brindó su opinión al respecto. A continuación, expuso el presidente de la Cámara de Zonas Francas, Dr. Enrique Buero, quien dio su visión respecto de los operadores y la industria sobre el tema. Moderó el panel el gerente general de Zonamérica y miembro del Consejo Directivo de la Cámara de Zonas Francas, Ing. Martín Dovat.

Entre los aspectos discutidos, el panel concluyó que, al ser un país pequeño y sin recursos naturales, Uruguay tiene como principal activo el preservar la estabilidad de su sistema jurídico y reglas -escritas y no escritas-. Esto reviste especial importancia en el caso de las normas fiscales, no solo por sus evidentes aristas económicas, sino por la sensibilidad política que conllevan. Hoy las zonas francas uruguayas siguen las reglas (son *compliant*) con los estándares fiscales internacionales y gozan de reconocimiento, lo que supone una legitimación crucial para un régimen que aporta varios puntos del PIB de Uruguay.

## Posibles impactos fiscales del Impuesto Global en el régimen de zonas francas

En el segundo panel, moderado por el director del Postgrado en Tributación Internacional (PTI) de la UM, Dr. Carlos Loaiza-Keel, y el director del Máster en Tributación, Dr. Sebastián Arcia, tomó la palabra la profesora de la UM e integrante de la Asesoría Tributaria de la Dirección General Impositiva (DGI), Cra. Catalina Camejo. La experta habló en el marco de su participación en el equipo del gobierno uruguayo abocado al tema. Camejo expuso particularmente respecto a la experiencia de Uruguay con la Acción 5 BEPS y su impacto en la modificación de la Ley de Zonas Francas sobre el actual proceso respecto al Impuesto Global Mínimo.

Por otra parte, la directora académica del Observatorio de Tributación y Empresa de la UCU e integrante de la Asesoría Tributaria de la DGI, PhD. Andrea Riccardi, se refirió a los desafíos, alternativas y recomendaciones en Latinoamérica y el Caribe frente al nuevo escenario de imposición internacional sobre las sociedades. Riccardi abordó estos aspectos con profundidad en un reciente trabajo de mayo de 2022, en el que participó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Seguidamente, el ex miembro del Consejo para la Defensa del Contribuyente en España, Dr. Abelardo Delgado Pacheco, brindó una visión internacional del fenómeno y se detuvo en el caso concreto de España. El experto comentó sobre el régimen especial en las Islas Canarias por las potenciales similitudes con el régimen uruguayo y experiencias aprovechables.

Los ponentes discutieron respecto a que cualquier revisión futura de la normativa debe emprenderse con un análisis previo profundo del impacto económico de las potenciales medidas, manteniéndose alerta de posibles afectaciones al flujo de inversiones y preservando los activos generados por el país. A su vez, la realidad geopolítica mundial no es clara en cuanto al futuro de las presiones tributarias en esta materia, por lo que Uruguay debe mantener una actitud cauta de *"wait and see"*, sin dejar de anticiparse adecuadamente.

Al finalizar las ponencias, se proyectó un breve video promocional que da cuenta de las novedades que ofrece el Postgrado en Tributación internacional para el próximo curso.

Nota complementaria de Fabiana Culshaw, periodista de El País: La amenaza para las zonas francas uruguayas que generan miles de empleos.



20/01/2023

## La FDER-UM participó en estudio sobre el impacto del Acuerdo Transpacífico en el Uruguay

*En el trabajo, que convocó INAC, participaron también UdelaR y UCU*

La Universidad de Montevideo (UM), la Universidad Católica del Uruguay (UCU) y la Universidad de la República (UdelaR), fueron convocadas por el Instituto Nacional de Carnes (INAC) para elaborar un estudio sobre determinados aspectos del Acuerdo Transpacífico (CPTPP por su sigla en inglés) y sus impactos ante la solicitud de adhesión de Uruguay a dicho Acuerdo.

El área de Comercio Internacional de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) coordinado por el director del Máster en Integración y Comercio Internacional, Dr. Jorge Fernández Reyes, participó en la elaboración del estudio titulado “Uruguay - Proceso de adhesión, acceso al mercado y empresas públicas en el Acuerdo Transpacífico (CPTPP)”. El resultado de la investigación se publicó el 11 de enero por el Instituto Nacional de Carnes y las tres universidades.

La participación conjunta del sector académico universitario público y privado -en una tarea de investigación y análisis de un tema de interés nacional- es una instancia de coordinación y complementación de esfuerzos muy importante y relevante en la investigación académica.

El estudio analizó el proceso de adhesión e integración de Uruguay al Acuerdo desde tres ámbitos distintos, que fueron distribuidos entre las universidades, consistiendo el primer capítulo en una presentación del tema, la historia y los antecedentes del CPTPP, los mecanismos de adhesión al Acuerdo, y las alternativas de Uruguay al respecto; mientras que el segundo capítulo consistió en un análisis de tres capítulos de CPTPP sobre acceso al mercado, facilitación de comercio y reglas de origen.

El tercer capítulo le correspondió a la Universidad de Montevideo, en el que se analizaron las normas del CPTPP sobre “Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Estatales”, su relación con las normas nacionales relativas a las empresas de la misma naturaleza jurídica en el Uruguay, y la evaluación de su compatibilidad o su necesaria adecuación normativa.

Dicho estudio, dedicado a las empresas públicas en el CPTPP, fue realizado con la coordinación del Dr. Jorge Fernández Reyes, con la colaboración del coordinador del área de Derecho Público, Dr. Carlos Delpiazzo; el coordinador de Maestrías y Postgrados de FDER, Dr. Marcelo Sheppard y la profesora adjunta de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, Dra. Natalia Veloso.

13/02/2023 | 12:00

169

## La UM y el Mides firmaron convenio

*Los alumnos podrán realizar pasantías y actividades sociales en el Mides en áreas como “Vivienda con apoyo”, “Mujeres con niños” y “Discapacidad”*



El secretario académico y rector interino de la Universidad de Montevideo, Dr. Enrique Etchevarren, se reunió el 9 de febrero en el salón de actos del Ministerio de Desarrollo Social (Mides) con el ministro de dicha cartera, Dr. Martín Lema, para firmar un acuerdo que permite a los alumnos de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía de la UM realizar pasantías sociales en el Ministerio y a los estudiantes de la Licenciatura en Psicología y la Facultad de Ingeniería de la UM, concretar actividades sociales también en el Mides.

Acompañaron la actividad la subsecretaria de la cartera, Andrea Brugman; la directora nacional de Protección Social, Fernanda Auersperg; el administrador general de la casa de estudios, Diego Moreira y la directora de la Licenciatura en Negocios Internacionales, María Carolina Chifflet.

“El objetivo de las prácticas es que los estudiantes, según su experiencia y las carreras que cursan, colaboren en la mejora de las herramientas y oportunidades de las personas en situación de vulnerabilidad vinculadas a los distintos planes del Mides”, afirmó el ministro, y explicó que el acuerdo permite diversificar las respuestas que se brindan y ampliar la oferta de cursos de formación a los participantes para generar más oportunidades laborales.

Por su parte, Etchevarren manifestó que las pasantías sociales forman parte del programa curricular académico de la UM y agradeció las oportunidades que este tipo de acuerdos brindan a su institución: “el contacto con la realidad y la ayuda a los sectores más vulnerables son tareas de primer orden”.

### **Sobre los programas:**

En 2023 los alumnos se desempeñarán en distintas áreas: - Vivienda con apoyo  
- Mujeres con niños  
- Discapacidad.

En el caso de las primeras dos, la meta es que los estudiantes se capaciten previamente en el manejo de finanzas y negocios para que los participantes puedan aprender de dichas temáticas y conseguir una mayor autonomía. Con respecto a la tercera, la Facultad de Ingeniería de la UM ofrecerá asesoramiento y capacitación al Centro Nacional de Ayudas Técnicas y Tecnológicas (CENATT) para mejorar la eficiencia en materia de prótesis.

Lema destacó el compromiso social de la UM y explicó que el Ministerio indicará las tareas que deberán desarrollar los alumnos. La pasantía concluirá una vez que completen las 20 horas individuales y hayan cumplido con los objetivos planteados.

10/03/2023

## **FDER realizó un seminario de discusión sobre el caso Báez Sosa**

*El Dr. Carlos González Guerra analizó la sentencia en el marco del lanzamiento de la edición 2023 del Postgrado en Derecho Penal Económico*

La Facultad de Derecho de la UM brindó un seminario de discusión sobre el fallo del caso Báez Sosa que se dictó en febrero. El 7 de marzo, el subdirector del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Austral, Dr. Carlos González Guerra, analizó la sentencia del caso argentino y reflexionó sobre la interpretación de la dogmática para aplicarla a la política criminal. En el panel estuvo presente el coordinador académico de Maestrías y Postgrados de Derecho, Dr. Marcelo Sheppard; el director del Postgrado, Dr. Jorge Barrera y el profesor titular de Derecho Penal, Dr. Pedro Montano. La actividad se realizó en el marco del lanzamiento de la edición 2023 del Postgrado en Derecho Penal Económico.



El Dr. Jorge Barrera, moderador de la conferencia, presentó al Dr. González Guerra y subrayó la importancia de tener una formación jurídica sobre la teoría del delito: “Hacemos mucho énfasis en la praxis. Le damos mucha importancia a la teoría del delito, pero también en cómo esa teoría se refleja en nuestra realidad cotidiana”.

### De la dogmática a la praxis penal: Caso Báez Sosa

Al comienzo, el Dr. González Guerra explicó que el Derecho está orientado a la solución de problemas y remarcó la importancia de un Postgrado orientado a la práctica profesional y con método del caso. Subrayó que la teoría del delito clásico cerrada es influenciada por la política criminal. “La posición que cada uno de ustedes tenga sobre el fin de la pena va a influir naturalmente en la interpretación dogmática de cada uno de los estratos de la teoría del delito”, dijo a los asistentes y comentó que, el punto de partida, es pensar en una dogmática aplicada y abierta a los fines de la política criminal y a los fines de la pena, cuestionándose el por qué y el para qué de la misma.

Seguidamente, el profesor hizo un análisis de la sentencia del caso Báez Sosa, en el que planteó cuatro temas distintos: la repercusión mediática del caso, el aspecto procesal y las nulidades, los resultados de la dogmática y los fines de la pena.

En cuanto a la repercusión, reflexionó sobre la construcción de una idea colectiva respecto a cómo tiene que ser la resolución del caso e hizo énfasis en la discusión sobre si tuvo que ser a través de un sistema de juicio por jurados o no. Habló de los juicios paralelos y el sesgo de confirmación por parte de la ciudadanía. Seguidamente, recordó los aspectos que se usaron en el fallo y sobre los que el abogado defensor planteó nulidad por el principio de exclusión probatoria (la declaración de los imputados sobre la pertenencia de las prendas de ropa y las claves de sus teléfonos celulares). El profesor reflexionó sobre cómo se utilizaron otros métodos para comprobar los mismos datos y validar las pruebas al momento del fallo.

Seguidamente habló sobre la dogmática y repasó las acciones del tribunal. Por último, reflexionó sobre los fines de la pena, el mensaje preventivo y sus dos dimensiones: la dimensión comunicativa que se da al momento de la declaración de la culpabilidad y la dimensión aflictiva que se da en algunos casos.

Al finalizar la exposición, se realizó una ronda de preguntas entre los asistentes y el panelista.

## FDER realizó un conversatorio sobre tres proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo

*La Dra. Cristina Mangarelli, el Dr. Gustavo Gauthier y el Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe, expusieron en el marco del lanzamiento de la edición 2023 del Postgrado en Derecho de Trabajo Aplicado*



172

La Facultad de Derecho de la UM brindó la conferencia: “Negociación colectiva, trabajo mediante plataformas digitales y reforma de la seguridad social”. El 14 de marzo, la ex decana y catedrática de Derecho del Trabajo en la Universidad de la República, Dra. Cristina Mangarelli; el presidente de la Asociación Uruguaya del Derecho y de la Seguridad Social, Dr. Gustavo Gauthier y el profesor de la UM y especialista en materia de seguridad social, Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe, reflexionaron sobre tres proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo. El evento se realizó en el marco del lanzamiento del Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado. Los co-directores del postgrado, Dr. Matías Pérez del Castillo y Dr. Santiago Pérez del Castillo, estuvieron presentes en el evento, el primero como moderador del panel.

Se reflexionó sobre tres proyectos de ley. Por una parte, el que propone modificar la Ley N° 18.566, de Negociación Colectiva, con media sanción por la Cámara de Diputados. En segundo lugar, el proyecto “Ley de protección y regulación de los trabajadores de plataformas digitales”, remitido en setiembre de 2022 a la Cámara de Diputados. Por último, el proyecto de reforma de la seguridad social, que cuenta con media sanción en el Senado.

Estuvieron presentes jerarquías del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como el director nacional del Trabajo, Dr. Federico Daverede y el inspector general del Trabajo y Seguridad Social, Dr. Tomás Teijeiro.

## Sobre la propuesta de negociación colectiva

La Dra. Cristina Mangarelli calificó como “sobrio” el proyecto de ley que propone modificar la N° 18.566. Destacó que corrige de forma adecuada cinco de las observaciones que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizó a Uruguay, producto de un reclamo presentado en ese ámbito por parte de las Cámaras Empresariales.

Advirtió, sin embargo, que no contempla la modificación de las competencias de los consejos de salarios, las cuales también fueron observadas por la OIT, y opinó que el sistema de negociación colectiva uruguayo debería priorizar la negociación colectiva bipartita, sin la intervención del Poder Ejecutivo, tal como lo establece el convenio internacional 154 de la OIT.

## Propuesta sobre trabajo mediante plataformas en línea con la OIT

El proyecto de trabajo en base a aplicaciones fue analizado por el Dr. Gustavo Gauthier, especialista en tecnología y trabajo, quien destacó el hecho de que la propuesta no se pronuncie sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une a los trabajadores (conductores o repartidores) con las empresas titulares de las plataformas, aceptando que puedan existir tanto relaciones de tipo dependiente como las denominadas como trabajo autónomo. En tal sentido, explicó que el proyecto de ley propone ciertas condiciones de trabajo para quienes sean empelados, y otras para quienes sean trabajadores autónomos. Recordó que Uruguay siguió el camino de otros países de la región que han aprobado normas similares, como el reciente caso de Chile.

Explicó que el proyecto procura asegurar condiciones de trabajo justas, decentes y seguras para una u otra forma de trabajo. En tal sentido, destacó que sigue la línea de la OIT en lo que refiere a buscar una protección mínima para el trabajo desarrollado mediante este tipo de plataformas.

## Reforma de la seguridad social

Por último, el Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe hizo referencia al proyecto de reforma de la seguridad social. Como principal punto, destacó que Uruguay se dirige hacia un aumento en la edad jubilatoria. Recordó casos de países en donde la edad jubilatoria mínima ya se encuentra en los 65 años o más. Por otra parte, el especialista llamó a revisar ciertos casos puntuales en los que, por el tipo de trabajo, puede ser necesario revisar la edad mínima jubilatoria, puesto que el esfuerzo físico requerido para ciertas actividades puede implicar que los trabajadores se vean en la necesidad de jubilarse de forma previa.

A su vez, mencionó otros asuntos relevantes del nuevo sistema de seguridad social proyectado, como ser un único sistema jubilatorio común, aplicando las mismas reglas tanto para el Banco de Previsión Social como para otras cajas para estatales (como la Caja Bancaria, la Caja Profesional y la Caja Notarial), así como también la eventual creación de una Unidad Reguladora que se encargue del seguimiento y control del funcionamiento del sistema.

## Libro sobre la vida de Mariano Brito

*La UM realizó el lanzamiento de un libro sobre la vida del Dr. Mariano Brito, primer rector de la institución, en el marco del Acto de apertura del curso académico 2023*



La Universidad de Montevideo encargó la tarea de escribir un libro sobre la vida del Dr. Mariano Brito al escritor Fernando Díaz Gallinal, obra que tomó forma con la colaboración de cerca de cincuenta testimonios distintos, y el aporte de destacadas figuras del ámbito público y privado.

El libro contiene una síntesis biográfica, descripciones sobre su persona profesional y privada, testimonios y anécdotas de allegados. Además, incluye una profunda introspección sobre su trabajo en la academia y especialmente sobre su legado en la Universidad de Montevideo, en la que ejerció como rector desde 1997 hasta 2009. El texto aborda también el perfil político de Brito y memorias sobre su labor durante el gobierno colorado de Sanguinetti y el de Lacalle Herrera, así como su relación con el primer presidente del Frente Amplio, Dr. Tabaré Vázquez, entre otras temáticas.

La presentación de la obra tomó lugar en el auditorio de la sede central del LATU el 22 de marzo, en el marco de la ceremonia del Acto de apertura del curso académico 2023. En el evento, un panel integrado por Díaz Gallinal, el Dr. Carlos Delpiazso (amigo y colega de Brito) y Marianne Schneeberger (ahijada de Brito) dialogaron sobre el proceso de escritura y aspectos personales del homenajeado.

El libro, en su primera edición, se encuentra disponible para consulta en la Biblioteca de la sede central de la Universidad de Montevideo, ubicada en el Parque Batlle.

### Sobre Mariano Brito

Mariano Romeo Brito Checchi nació en Montevideo el 24 de enero de 1930 y falleció el 31 de enero de 2014. Fue un destacado abogado, profesor de Derecho especializado en Derecho Administrativo y político uruguayo perteneciente al Partido Nacional. Fue el primer rector de la Universidad de Montevideo entre 1997 y 2009.

Fue doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República, donde también ejerció la docencia durante más de cuarenta años. En 1960 se casó con

Susana Molinari, con quien constituyó un matrimonio ejemplar. Desde 1997 hasta 2009, fue el primer rector de la Universidad de Montevideo. En el ejercicio de la función pública fue sucesivamente asesor letrado de la Presidencia de la República, secretario de Presidencia, procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y ministro de Defensa durante la presidencia de Luis Alberto Lacalle Herrera. Fue hombre de familia y un gran promotor y defensor de la vida y la institución familiar. Falleció en Montevideo el 31 de enero de 2014.



Tapa del libro. Fernando Díaz Gallinal (autor de la obra) durante la presentación en la sede central del LATU.

30/03/2023

## Lanzamiento del Posgrado en Traducción

175

*Docentes del programa expusieron acerca de la importancia del uso de las tecnologías en la profesión y de entender la traducción como un acto de comunicación*



La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo lanzó el nuevo Posgrado en Traducción. El evento contó con la participación del traductor público, Mag. Damián Santilli, y el productor en Zur Films, Lic. Martín Otegui, docentes del posgrado, quienes expusieron acerca del uso de las tecnologías en la práctica profesional y la necesidad de entender la traducción como un acto comunicativo.

Estuvieron presentes en la jornada del 21 de marzo las directoras del posgrado, Beatriz Sosa Martínez, Sylvia Mernies y María Brugnini.

## ¿Es posible traducir sin dominar la tecnología en el siglo XXI?

Por una parte, Santilli reflexionó sobre los diferentes roles que se adoptan en el proceso de traducción y cómo incide en ellos la tecnología. Subrayó que no es posible traducir sin dominar la tecnología, y que en los distintos rubros es importante hacer un uso coherente y ético. A su vez, agregó que la traducción automática y otras IA no son reemplazos, sino herramientas que deben usarse para favorecer la labor.

Explicó que, en los distintos sectores laborales, la incidencia tecnológica varía, siendo la traducción audiovisual el rubro que se encuentra casi por completo incidido por estas herramientas. En este sentido, comentó que en grandes productoras muchas veces se les da más importancia a cuestiones técnicas específicas que a la traducción en sí. Por otro lado, a diferencia de la anterior, la traducción literaria es el sector con menor incidencia de la tecnología.

### Traducir es comunicar

Otegui explicó que, al traducir, se está comunicando, ya que se interviene en el mensaje transmitido por el emisor: “Ese mensaje, además, tiene siempre una intención, un punto de vista”. De esta manera, la traducción debe asumirse como una transformación del mensaje que respeta muchos elementos, entre ellos, la intencionalidad.

El docente distinguió cuatro modos textuales y discursivos en los que se puede clasificar un texto (descripción, narración, argumentación y exposición), y que a la hora de traducir cada uno de ellos, se debe tener en cuenta aspectos distintos. Cuando el texto es descriptivo, se hace hincapié en el aspecto objetivo de las cosas. En la narración, intervienen los acontecimientos. Cuando se trata de una argumentación, es imprescindible entender la opinión y su intención de convencimiento. Y un texto expositivo explica el porqué de una situación. Por esto, resumió que lo importante es entender cuál es la voluntad del texto a traducir para determinar qué herramientas usar para que el mensaje llegue de la mejor manera posible.

### Sobre el Posgrado en Traducción

Se trata de un programa enfocado en la traducción como un acto comunicativo. Por esto, el Posgrado en Traducción aborda la tarea de traducir desde una perspectiva interdisciplinaria, con cursos enfocados en los aspectos teóricos y prácticos de la traducción, dividido en dos orientaciones: la traducción audiovisual y traducción jurídico-empresarial.

Está dirigido a profesionales con formación en traducción, lingüística o disciplinas afines o no afines, con un interés por la traducción.



## Docente de FDER participó en un encuentro para la promoción del trabajo pro bono en Latinoamérica

*La Prof. Sofía Maruri representó a la FDER-UM en el encuentro de líderes realizado en Bogotá*



Sofía Maruri, abogada y profesora de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UM, participó del Encuentro para la promoción del trabajo pro bono en Latinoamérica, organizado por Vance Center y Red Pro Bono de las Américas en la ciudad de Bogotá (Colombia).

“La UM participa en esta actividad por su rol como *Clearing House* o Secretaría Legal de la Fundación Pro Bono Uruguay. Este rol tiene como fin ser un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los estudios jurídicos que con su trabajo pro bono pueden asumirlo”, explicó Maruri.

En el encuentro, que se desarrolló el 21 y 22 de marzo, participaron abogados representantes de fundaciones que promueven el trabajo pro bono en Latinoamérica, provenientes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Venezuela.

En el evento se desarrollaron paneles sobre “Transformación Digital y Acceso a la Justicia”, realizado en las oficinas de la Cámara de Servicios Legales de la ANDI, y “Trabajo pro bono para el fortalecimiento de la justicia”, que tomó lugar en las oficinas del estudio jurídico Baker McKenzie.

Por otro lado, en la Universidad del Rosario se llevó a cabo una reunión de direcciones ejecutivas de la Red Pro Bono de las Américas, bajo la dinámica de conversación “Café del Mundo”. En ella, los equipos de los distintos países compartieron los proyectos que llevaron a cabo el año pasado y los desafíos que tienen para 2023.

Finalmente, en la misma institución, se realizó un taller de Design Thinking, en la cual las direcciones ejecutivas de las distintas fundaciones pro bono trabajaron en un taller con dicha metodología para identificar los desafíos comunes de la región en el acceso a la justicia. Asimismo, ahondaron en soluciones prácticas y trazaron una línea de trabajo para los siguientes años.

## La FDER presenta un nuevo postgrado en Derecho Contractual

*El programa está dirigido a abogados, escribanos, jueces y operadores jurídicos que deseen profundizar sus conocimientos en el área*

El Postgrado en Derecho Contractual que ofrece la Facultad de Derecho de la UM tiene como objetivo que el alumno se familiarice con los conceptos relevantes y las principales figuras contractuales, especialmente aquellas vinculadas al asesoramiento empresarial, tales como contrato de compraventa, compraventa de acciones, fideicomiso, seguros, construcción, contratos administrativos y contratos relativos a la propiedad intelectual.

El Postgrado también contiene módulos específicos sobre contratos de consumo, contratos internacionales, redacción de contratos y cláusula arbitral con la finalidad de que el alumno adquiera un conocimiento íntegro, a la vez que un alto grado de especificidad de los distintos aspectos contractuales relativos al asesoramiento contractual de carácter empresarial.

Además, se incluye un módulo de teoría general del contrato y otro de responsabilidad civil contractual con el propósito de reforzar y actualizar los conocimientos en estas áreas centrales del Derecho Contractual.

### Sobre el programa

Tiene una duración de 180 horas de clase presenciales, equivalentes a 18 créditos académicos, de orientación temática y de currícula cerrada, los cuales se obtienen de cursar y aprobar las materias obligatorias previstas.

Para la evaluación del alumno, se tendrá en cuenta la asistencia y participación en clase, el dominio del material bibliográfico recomendado, la claridad expositiva y la realización de una prueba al final de cada asignatura mediante casos prácticos.

25/05/2023

## “Caso Lucio, presunción de inocencia y perspectiva de género”

*FDER dictó seminario a cargo de la Dra. Julieta Makintach*



La Facultad de Derecho de la UM brindó una clase abierta sobre el caso argentino de Lucio Dupuy, el pasado 15 de mayo, a cargo de la Dra. Julieta Makintach, en el marco del lanzamiento del segundo módulo del Postgrado en Derecho Penal Económico, que tratará sobre Delitos Económicos. Formaron parte del panel: el coordinador académico de Maestrías y Postgrados de Derecho, Dr. Marcelo Sheppard; el profesor titular de Derecho Penal, Dr. Pedro Montano y el director del Postgrado, Dr. Jorge Barrera, quien además moderó el evento.

Se trata de la segunda jornada internacional acerca de temas de interés sobre dogmática penal aplicada a la praxis cotidiana. En esta ocasión, la ponente habló sobre la presunción de inocencia y perspectiva de género en la sentencia del caso argentino, dictada en febrero 2023. En dicho caso, una pareja de dos mujeres mató brutalmente a golpes a un niño de cinco años, hijo de una de ellas, tras someterlo a múltiples torturas, actos de violencia física, psicológica y de abuso sexual. Fue un juicio llevado a cabo en la ciudad de Santa Rosa (la Pampa) bajo mucha presión mediática que generó conmoción social en Argentina y la región.

Durante la charla, la jueza comentó que luego de leer la sentencia le surgieron tres cuestiones para debatir: Por un lado, la posibilidad de atribuirle a Magdalena Espósito, madre de Lucio, una responsabilidad de comisión por omisión; por otro, la chance de atribuirle a Espósito y su pareja, Abigail Páez, el delito de homicidio por odio al género masculino; y, por último, el análisis de la perspectiva de género.

Sobre el primer tema, Makintach destacó que lo primero que debió evaluar el tribunal fue si se dieron los requisitos típicos de una responsabilidad en comisión por omisión de los delitos de homicidio y abuso sexual; y luego si los hechos resistían al principio de congruencia. “La sentencia dice: *la mamá mató a golpes a su hijo*. Ese es un comportamiento activo, pero ella nunca lo golpeó, fue su pareja. Sin embargo, no hacer nada para evitarlo concluyó en su muerte”.

En cuanto al segundo punto, la querrela peticionó adicionar como agravante del homicidio: *odio por razones de género masculino*, objetivado por los ataques que el niño recibió en su zona genital. “Esta circunstancia aparece receptada en nuestra legislación, inciso N°4 del artículo 80 del CP argentino, pero no tiene aplicación práctica ni tratamiento doctrinario alguno. El tribunal lo descartó como posible, entendiendo que toda la maniobra formaba parte del ensañamiento. Son pocos los casos de homicidio al varón por ser varón y es un tema poco explorado. Suceden tantos femicidios que no vemos otra cosa. Sin embargo, en este tipo de encuentros propongo que lo veamos, al menos, como una posibilidad”.

El último tema analizado por la doctora fue la perspectiva de género que sobrevolaba el caso: “Creo que la mirada de género es necesaria por la cantidad de patrones y estereotipos de una sociedad patriarcal que existen y deben ser visibilizados, pero eso no significa que vale todo. Se trata de una pareja de dos mujeres y nadie dice nada, como si no se pudiera hablar del tema. Yo los invito a hacer el juicio de reproche en todas las gamas y posibilidades porque el avance de la dogmática penal requiere que lo pongamos sobre la mesa”.

Makintach recuerda que, a último momento, la madre de Lucio dijo que vivió una situación de violencia de género, así que por eso tenían que tener en cuenta la perspectiva.

“El tribunal dijo: ¿violencia de género de quién? ¿del padre a quien no ve hace tres años y del que se separó cuando Lucio tenía un año? No fue planteado como teoría del caso inicial, entonces tampoco se sometió a confronte. A mi criterio, fue una decisión acertada”.

Asimismo, comentó que aplica la perspectiva en el tribunal casi a diario porque el 80% de los casos que atiende en el juicio oral son de violencia de género contra la mujer y abuso sexual infantil. “El juzgamiento con una perspectiva de género y de infancia requiere poder detectar y visibilizar indicios; patrones; contexto situacional donde se desarrollaron los hechos; conocimientos propios de la problemática, como el síndrome de la indefensión aprehendida; los ciclos y tipos de violencia; las fases del maltrato infantil, entre otros. Hablar de ellos es algo que celebro. Simplemente, no hay que creer que la perspectiva de género flexibiliza garantías constitucionales y no necesita el mismo estándar probatorio que los demás casos”.

Y concluyó: “Creo que es importante continuar debatiendo la problemática de género junto con la de la infancia, de manera integral, para otorgar mejores derechos a todos y no anular unos por sobre otros. Ambos sectores son vulnerables, presentan rasgos comunes y, en un punto, los niños maltratados en la infancia pueden ser luego maltratadores o sometidos al mismo ciclo de violencia como modo de vida aprehendida. He aquí el defecto estructural de un fenómeno social que debemos visibilizar para brindarle la protección que merecen por parte de los operadores del sistema, tanto en la investigación diligente, como en el prevenir, detectar y facilitar el acceso a la justicia”.

30/05/2023

180

## Alumnos de FDER obtuvieron premio en competencia internacional de DD.HH. en Washington DC

*Cuatro alumnos de la UM recibieron el premio al mejor memorial del Estado en español en la 28ª Competencia Internacional de DD.HH. en American University*



Este es el tercer año que alumnos de la Facultad de Derecho de la UM participan en la Inter-American HR Moot Court Competition. La primera vez fue en 2021 en formato online y, la segunda, en 2022 de forma presencial. En esta edición participaron Delfina Bisio, Ricardo Devita Scholderle, Sofia Martinez y Santiago Nazur. Guiados por la Dra.

Sofía Maruri, profesora de Derechos Humanos de la UM, compitieron con universidades de toda América. La Dra. Luisa Peirano, directora de Relaciones Internacionales de la UM, asistió como observadora en la competencia.

La Inter-American HR Moot Court Competition vivió su vigésimo octava edición del 22 al 26 de mayo en la prestigiosa American University, ubicada en Washington D.C., en la que participaron más de sesenta universidades. El domingo 21 de mayo se llevó a cabo la inauguración del encuentro internacional con un homenaje a la profesora *Elizabeth Anne Abi-Mershed*.

## Sobre la competencia

El desafío consistió en la simulación de un litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se dividió en dos fases. En primera instancia, tomó lugar la presentación de un memorial escrito con los argumentos de la parte a la que tocaba representar a cada equipo y, posteriormente, la exposición de los alegatos orales de dicha representación ante un tribunal de jueces, compuesto por abogados y expertos en derechos humanos. “El intercambio con los jueces y otros participantes permite entablar contactos, que quién sabe si en un futuro se transformarán en colegas”, destacó la alumna Sofía Martínez.

Los alumnos de FDER disputaron en última instancia con estudiantes de la Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas en Río de Janeiro, quienes posteriormente se coronarían como campeones.

Por su parte, los alumnos de la UM obtuvieron el premio por el primer puesto al mejor memorial escrito de los Representantes del Estado. “Destaco el crecimiento personal porque esta competencia me permitió confiar más en mis habilidades y conocimientos”, reflexionó Martínez al enfrentarse a momentos de mucha presión debido a las preguntas de jueces incisivos.

Considerando que en Uruguay este campo aún no se encuentra muy desarrollado y son pocos los abogados que se animan a litigar ante la Corte Interamericana de DD.HH., Ricardo Devita, alumno de la FDER y orador en la competencia, celebra la posibilidad de poder participar en una instancia como esta: “El hecho de que, siendo estudiantes aún, podamos conocer este ámbito, habla del paso adelante en el que siempre está la UM para que sus alumnos estén preparados para cualquier desafío”.

## Visitas a lugares emblemáticos y asistencia a eventos destacados

Además de competir en varias instancias del concurso, los alumnos de la UM aprovecharon su estadía en Washington D.C. para visitar el Departamento de Justicia, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y un estudio de abogados que trabaja en el litigio de casos relacionados a derechos humanos. Asimismo, la Dra. Peirano, los alumnos de la UM y la Prof. Maruri visitaron la Embajada del Uruguay en Washington, donde compartieron un encuentro con el embajador de Uruguay en los Estados Unidos, el Dr. Andrés Durán.

También estuvieron presentes en el lanzamiento del libro titulado “Comentario al Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, realizado el 22 de

mayo en el Washington College of Law de American University. El evento, auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer, contó con el uruguayo Jean Michel Arrighi -secretario de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos OEA- como panelista.

“Todas estas visitas, sin dudas, nos enriquecieron y sirvieron para ampliar horizontes”, afirmó Ricardo Devita.



Visita a la Embajada de Uruguay en Washington DC



Alumnos de FDER obtuvieron premio en competencia internacional de DD.HH. en Washington DC



Sofía Martínez y Ricardo Devita preparan una audiencia oral para exponer ante el tribunal de jueces







## TESINAS DE MASTERS

FERNANDA NAN

Tendencias en legislación ambiental internacional y posicionamiento del Uruguay



Fernanda NAN

Universidad de Montevideo (Uruguay)

nanfermandav@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0000-8552-4177>

Recibido: 09/05/2023 - Aceptado: 10/06/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Nan, Fernanda (2023). Tendencias en legislación ambiental internacional y posicionamiento del Uruguay.

*Revista de Derecho*, 22(43), 187-214. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.9>

## Tendencias en legislación ambiental internacional y posicionamiento del Uruguay \*

187

**Resumen:** En esta tesina se profundiza en ciertos instrumentos jurídicos que dan respuesta a la actual crisis climática tanto a nivel internacional como nacional.

En el decurso de ese estudio se ilustra el posicionamiento de liderazgo que lleva Uruguay como respuesta al Cambio Climático, de forma de arribar como conclusión a responder la pregunta objeto de investigación de este trabajo.

Asimismo, se incluye una perspectiva internacional desde Compliance conjuntamente a cuestiones generales en el ámbito internacional de la protección ambiental y la repercusión de la nueva legislación europea en términos de sustentabilidad.

Finalmente, la tesina incluye una mirada ilustrativa de las acciones realizadas en el Uruguay en la temática ambiental.

**Palabras clave:** dióxido de carbono, cambio climático, legislación

## Trends in international environmental legislation and

\* Trabajo Final de Máster presentado para optar al título de Máster en Derecho -LL.M en la Universidad de Montevideo, en enero de 2022. Profesor tutor: Dr. Pedro Montano.

## Trends in international environmental legislation and Uruguay's position

**Abstract:** This thesis explores certain legal instruments that respond to the current climate crisis at both the international and national levels.

In the course of this study, Uruguay's leadership position in response to climate change is illustrated, in order to arrive at a conclusion to answer the research question of this work.

It also includes an international perspective from Compliance in conjunction with general issues in the international sphere of environmental protection and the repercussions of new European legislation in terms of sustainability.

Finally, the dissertation includes an illustrative view of the environmental issues and actions carried out in Uruguay.

**Keywords:** carbon dioxide, climate change, legislation

## Tendências na legislação ambiental internacional e o posicionamento do Uruguai

**Resumo:** Esta tese explora determinados instrumentos jurídicos que respondem à atual crise climática, tanto em nível internacional quanto nacional.

No decorrer deste estudo, a posição de liderança do Uruguai em resposta às mudanças climáticas é ilustrada, a fim de chegar a uma conclusão para responder à pergunta objeto de pesquisa deste trabalho.

Também inclui uma perspectiva internacional da *Compliance* junto com questões gerais no âmbito internacional da proteção ambiental e as repercussões da nova legislação europeia em termos de sustentabilidade.

Finalmente, a dissertação inclui uma visão ilustrativa das ações realizadas no Uruguai em questões ambientais.

**Palavras-chaves:** dióxido de carbono, mudança climática, legislação

## 1. Introducción

El presente trabajo parte de una iniciativa personal, académica y profesional que llevó a la suscrita, en previas oportunidades de investigación, a procurar una aproximación al régimen internacional subyacente al calentamiento global y a sus diversas perspectivas teóricas. Investigaciones que le llevaron a adquirir no sólo importantes conocimientos académicos sino también trabajar en el tema ambiental en varias organizaciones, tales como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI), la presidencia del World Trade Center (WTC), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Agencia Alemana para la Cooperación Internacional (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* -GIZ) y en una de las empresas líderes del rubro de energías alternativas a nivel mundial.

De este recorrido, surgió el interés en profundizar en los instrumentos jurídicos que dan respuesta a la actual crisis climática tanto a nivel internacional como en su repercusión en el Uruguay, su país natal.

En primer lugar, la suscrita pudo concluir que Uruguay se posiciona hoy ante el cambio climático de manera particular. Por un lado, es un reservorio de la naturaleza y de la biodiversidad mundial –lo cual lo hace poseedor de ventajas comparativas. Por otro lado, al tener un importante territorio ganadero, debe hacer frente a la contaminación generada por las emisiones en la atmósfera de metano y de derivados de dióxido de carbono (en adelante “CO<sub>2</sub>”) generados en la rumia y en la excreción de los vacunos. Similar situación ocurre en el sector agrario. Por ejemplo, el cultivo de arroz no solo es un importante emisor de gas metano, sino que también los químicos que requiere para su crecimiento son altamente contaminantes. Se ha constatado que la contaminación atmosférica generada por estos gases de efecto invernadero contribuyen directamente al cambio climático y a la disminución de la capa de ozono.

Asimismo, la autora pudo apreciar que los países exportadores de productos agropecuarios a países desarrollados, en especial de la Unión Europea, se han visto perjudicados por medidas no arancelarias de carácter ambiental. Estas disposiciones han comenzado a aplicarse como consecuencia de la presión de grupos ambientalistas y de consumidores. Estas medidas, obviamente afectan el flujo comercial de estos productos por considerarlos contaminantes o porque se han producido en base a tecnologías contaminantes. Por tal motivo, los países exportadores de los mismos deben acreditar determinados estándares ecológicos de cuidado del ambiente en su producción para poder ingresar en esos mercados. Estos “estándares” suelen ser llamados bajo la denominación de etiquetas *ecofriendly* (amigables con el ambiente)– ecológicas o verdes.

En el marco de su Maestría en Derecho y al haber optado por cursos y seminarios de derecho ambiental, la suscrita consideró que el estudio a realizar, se debía canalizar en un análisis de aspectos jurídicos medioambientales y de la situación del Uruguay ante estas normas. Consecuentemente, los interesados puedan obtener mayor conocimiento acerca de cómo se puede insertar en la incipiente, creciente y prometedora economía “verde” o sustentable, tanto a escala nacional como internacional y base ello, poder elaborar las políticas y normas adecuadas.

En la búsqueda del objetivo mencionado anteriormente, se obtendrán datos de distintas fuentes, cuyos intereses, si bien no necesariamente son iguales, tienen un solo fin, que es alcanzar el Bien Común; mediante el respeto del ambiente y el beneficio de los comerciantes y/o productores agropecuarios. Lo que faltaría entonces es buscar un equilibrio entre estos intereses y traducirlos en un Ganar-Ganar para toda la sociedad uruguaya.

## 2. Planteamiento de problema de investigación

**Objetivos Generales:** Describir el marco legislativo ambiental a nivel internacional y su implicancia en el Uruguay.

### Objetivos Específicos

- Sistematizar generalidades del cambio climático
- Conceptualizar la protección internacional del medio ambiente.
- Posicionar al Uruguay ante la crisis climática.
- Presentar someramente la legislación y política ambiental del Uruguay.
- Ilustrar el desempeño ambiental de algunas empresas uruguayas.

### Pregunta de Investigación:

¿La prometedora legislación ambiental internacional, además de representar desafíos, brindará también oportunidades para Uruguay?

### Justificación de la investigación:

En oportunidad a los casi ya 12 años de experiencia laboral en el área comercial, social y ambiental tanto de la región latinoamericana como mundial, se realizará un trabajo final de master que permita presentar cómo los impactos ambientales repercuten en la instrumentalidad jurídica y por ende en el comercio y economía del Uruguay.

La originalidad de este trabajo se encuentra en el enfoque multidisciplinar que se le otorga al impacto ambiental conjuntamente a sus instrumentos legislativos—sean estos positivos o negativos—, en su relación con el desarrollo del comercio y sus implicancias en el Uruguay.

A priori se podría afirmar que el impacto ambiental afectaría el sector agropecuario y el comercio internacional del Uruguay, afectando sus principales rubros de exportación: cosechas, ganado, pesca, etc.

Por otra parte, las cadenas productivas de la región pueden incidir negativamente en el ambiente. Al ser América Latina una región ganadera, se ve en la necesidad de hacer frente a la contaminación generada por las emisiones en la atmósfera de metano y de derivados de dióxido de carbono (en adelante “CO<sub>2</sub>”) generados en la rumia y en la excreción de los vacunos. Similar situación ocurre en el sector agropecuario. El cultivo de arroz no solo es un importante emisor de gas metano, sino que también los químicos que requiere para su cosecha son altamente contaminantes. Asimismo, el

transporte internacional necesario para movilizar la producción latinoamericana incurre necesariamente en el aumento de la huella de carbono.

Es innegable que los factores previamente mencionados posicionan a Uruguay como actor regional exportador- en situación de desventaja ante la Política Agrícola Común (en adelante “PAC”) de la Unión Europea (en adelante “UE”). A su vez, la nueva legislación germánica y de la Unión Europea en referencia a la debida diligencia ambiental y de Derechos Humanos comenzará en el año 2023 a generar efecto cascada en tierra uruguaya.

Sin embargo, este escenario también permite divisar oportunidades, ya que, con las políticas adecuadas, y/o nueva jurisprudencia, Uruguay se puede convertir en gran reserva mundial de recursos naturales y proveedora de energía limpia. He aquí el principal motivo de este trabajo.

Para concluir, y no por ello menos importante, la crisis reciente del Covid 19 ha dejado en evidencia la importancia de las cadenas de suministro. Por tanto Uruguay, como proveedor y exportador de bienes y servicios de la Unión Europea y Alemania -su mayor economía- en particular, debe adaptarse a las nuevas leyes de Debida Diligencia en Derechos Humanos y ambiente pues le atañerá a partir del año 2023.

**Viabilidad de la Investigación:** A consecuencia de la creciente concientización de los efectos dañinos que tiene para la humanidad y su civilización el daño al ambiente, se entiende que este trabajo cuenta con una alta viabilidad. Se trata de una primera aproximación a la temática, permitiendo servir de base a profundas y subsiguientes investigaciones.

Diversas instituciones, tanto en el ámbito privado como público, el tercer sector y la academia están ávidos de mayor conocimiento y herramientas prácticas de evaluación y medición de sus propias políticas.

En este sentido, se entiende que aún restan caminos a recorrer de modo de igualar y cerrar brechas entre la legislación ambiental uruguaya y lo exigido por estándares internacionales.

### 3. Marco teórico

#### Capítulo I: Elementos claves del impacto ambiental

##### Generalidades

El calentamiento global es el aumento en el largo plazo de la temperatura media del sistema climático de la Tierra. El mismo ha existido desde siempre, sin embargo, debido a las actividades y emisiones masivas del hombre este fenómeno se ha incrementado.

El calentamiento global se genera por distintos gases de efecto invernadero: a) Dióxido de Carbono (producido por el uso del carbón, del petróleo y del gas natural en las industrias, las usinas de electricidad y los vehículos de transporte); b) Óxido de nitrógeno (producido por los fertilizantes) y, c) Gas metano (producto de la digestión entérica que realizan los rumiantes y por la descomposición de basura en los vertederos).

Por otra parte, la deforestación de bosques incide también en la contaminación del aire, ya que, al eliminarlos, cesa su función de convertir el CO<sub>2</sub> en oxígeno a través del proceso de la fotosíntesis, y evitar así la concentración de gases de efecto invernadero. Esta situación está acelerando el aumento de las temperaturas terrestres y la disminución de la biodiversidad, lo cual incide directamente en todos los seres vivos.

Conforme la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, EPA (2021), el calentamiento global tiene como principales consecuencias:

- El derretimiento de los glaciares, lo cual causa el aumento del nivel del mar considerablemente, provoca inundaciones y deja a los seres vivos sin la principal reserva de agua dulce del planeta.
- El cambio climático, que es causa de los gases acumulados en la atmósfera, aumenta la temperatura, afecta los climas de diferentes zonas geográficas y a la flora y fauna que ahí se encuentren.
- El cambio en el ciclo hidrológico: Las repercusiones de este punto van desde un cambio en el pH del agua provocando lluvia ácida hasta huracanes y tormentas más intensas debidas al calor.
- Falta de alimentos: Esto solo afectaría a los países menos desarrollados que dependen totalmente de las actividades agrícolas, ya que el calor destruye los cultivos o hace escasear el agua para riego.

Existen diferentes soluciones para reducir o evitar que continúe el aumento de la temperatura en el planeta, tales como:

- Regular las emisiones de CO<sub>2</sub>: Procurar evitar el uso de automóviles utilizando bicicletas u optando por cambiar nuestro auto convencional por uno eléctrico o híbrido. Controlar las emisiones causadas por la industria en general ya que las cantidades de estas son exageradas.
- Plantar más árboles: De esta manera el exceso de CO<sub>2</sub> en el ambiente empezaría a decrecer y los árboles actuarían como termorreguladores.
- **Reducir el uso de electricidad: Evitar dejar luces encendidas y desconectar aparatos eléctricos cuando no están en uso, intercambiar los focos comunes por focos LED que tiene un consumo energético mucho menor.**
- Generar menos basura: Al comprar un producto tiene en mente si puede ser reutilizado o reciclado, preferir envases de vidrio en lugar de uno plástico ya que los primeros son mucho más fáciles de reciclar **o comprar desechables biodegradables.**

Además de las acciones que se pueden realizar individualmente, existen organismos internacionales que marcan la pauta para coordinar el combate, ya que la degradación ambiental presenta desafíos sin precedentes para la comunidad internacional en su conjunto. Existe la opción de continuar con los mismos patrones de producción, energía y consumo, lo cual ya no es viable, o transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible e inclusivo. La desigualdad existente en el mundo, es una especial limitación para cambiar el paradigma de desarrollo. Existen brechas en productividad e infraestructura, así como en la calidad de los servicios de educación y salud, todo lo cual genera un impacto más fuerte del cambio climático en los eslabones más pobres de la sociedad.

## Capítulo II: Políticas y normas claves para combatir el impacto ambiental.

En este Capítulo, se revisarán las principales políticas y marcos jurídicos sobre el ambiente correspondientes al ámbito internacional, al de la Unión Europea, y al nacional (Uruguay).

### 1.1. Cuestiones Generales en ámbito internacional de la protección ambiental

Según Diez de Velasco, Manuel (2009) el ambiente humano resulta de la interacción de la Humanidad con la naturaleza. Debido a alteraciones que perjudican su equilibrio ecológico, determinadas formas abusivas de explotación de recursos naturales, la utilización de sustancias potencialmente dañinas y la preferencia por energías <no limpias> inevitablemente se han causado daños al ambiente, a personas y bienes, dentro de un país o por encima de sus fronteras. Además, han aparecido peligros graves para el equilibrio del ecosistema planetario en su globalidad (pp. 762).

En este contexto se ha desarrollado el *Derecho Internacional del medio ambiente*; formulando en sus inicios textos normativos de valor no estrictamente no obligatorios (*soft law*). Se planteó como sector de las normas del ordenamiento jurídico internacional que tiene por objetivo la protección ambiental. Uno de sus objetivos es combatir la contaminación en todas sus formas. La noción de contaminación está vinculada directamente a la de *daño* (potencial o real). Dentro de las estrategias no es simplemente la justa *reparación*, sino esencialmente la *prevención* de los daños y la *distribución equitativa* entre los Estados de las cargas y beneficios de la utilización de los recursos ambientales.

Por otra parte, la dimensión ambiental, ha ido de modo tímido tomando fuerza a nivel internacional y ya comienza a proteger de modo expreso el derecho humano a un ambiente sano; contando ya con *Environmental Rights*.

193

Haciendo un poco de historia:

Hasta el año 1969, la cuestión ambiental transitó por una etapa en la cual no se la veía como objetivo jurídico sino más bien de la ciencia; se lo podría llamar etapa de *inocencia* ambiental. No obstante, a fines de los años sesenta comienza a verse como un tema social, para luego convertirse en un tema político y jurídico, a fin de resolver cuestiones puntuales y necesarias. Es así como el 1 de enero de 1969, en Estados Unidos, se aprueba la *National Environmental Policy Act* o Ley Sherman. Primera norma que aborda la temática, no en sectores parciales, sino como un bien jurídico único. Por tanto, se sostiene que el derecho ambiental tiene en este instrumento su fecha de nacimiento.

La primera reunión mundial que colocó las cuestiones ambientales en primer plano de las preocupaciones internacionales fue la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972. Allí se adoptaron principios para la gestión racional del medio ambiente. Allí se aprobó la Declaración de Estocolmo, que marcó el inicio de un diálogo entre los países industrializados y en desarrollo sobre el vínculo entre el crecimiento económico, la contaminación del aire, el agua y los océanos y el bienestar de las personas de todo el mundo. Otro de los principales resultados de la Conferencia de Estocolmo fue la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

En 1983, las Naciones Unidas establecieron la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, presidida por Gro Harlem Brundtland (Noruega). Esta, en 1987 presentó el Informe Brundtland para las Naciones Unidas, el cual enfrenta y contrasta la postura del desarrollo económico -de ese momento- junto con el de sostenibilidad ambiental. Llamado originalmente “Nuestro Futuro Común” (*Our Common Future*, en inglés), en este informe se utilizó por primera vez el término “desarrollo sostenible”. Fue definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones. Se tomó la conclusión de que para satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias, la protección del ambiente y el crecimiento económico tenían que abordarse como una sola cuestión.

A partir de allí el derecho ambiental se desarrolla y se refleja en la región latinoamericana con efecto cascada. A modo ejemplificativo, se aprecia que Venezuela dicta ley en el año 1976 y Brasil en 1981.

De resultados del Informe Brundtland, en 1988 nació el Grupo Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC), creado por la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y la ONU Medio Ambiente con el objetivo de brindar una fuente objetiva de información científica. Pero el hito fundamental para este tema data desde junio de 1992, cuando la Asamblea General de la ONU convocó en Rio de Janeiro la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), conocida como Cumbre para la Tierra. En ella se identificaron tres procesos biofísicos de alto riesgo: la desertificación, la pérdida de biodiversidad y el cambio climático.

Cabe señalar que en la Cumbre para la Tierra de 1992 se aprobaron tres grandes instrumentos: el Programa 21 (plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible); la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (conjunto de principios en los que se definían los derechos civiles y obligaciones de los Estados) y una Declaración de principios relativos a los bosques. Se abrieron a la firma además dos instrumentos con fuerza jurídica obligatoria: la Convención Marco sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Al mismo tiempo se iniciaron negociaciones con miras a una Convención de lucha contra la desertificación, que quedó abierta a la firma en 1994 y entró en vigor en 1996.

En 1995, en el marco de la Convención sobre Cambio Climático, en Berlín tuvo lugar la primera Conferencia de las Partes -*Conference of Parties* (COP)- la cual desde entonces se sigue realizando anualmente. Hubo dos COP claves: la COP 3 de Kyoto (1997) y la COP 21 en París (2015). Durante las mismas se aprobaron dos grandes acuerdos mundiales para afrontar el cambio climático:

- a) El protocolo de Kioto, que diferencia entre “países emisores” (países desarrollados, con alto nivel de riqueza y con gran nivel de emisiones de gases de efecto invernadero) y países en desarrollo, obligando sólo a los países ricos a reducir sus emisiones.
- b) El Acuerdo de París, entró en vigor en el año 2020, si bien no se hace diferencia entre países desarrollados y en desarrollo, no obliga a cumplir con las normas. Además, en él se acordó disminuir las emisiones, de modo que la temperatura global no subiera por encima de 2°C a finales de siglo. En la COP 26, realizada en noviembre de 2021, se pudo terminar el reglamento para la implementación del Acuerdo de París.

El mismo año de la aprobación del Acuerdo de París (2015), los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, junto con un gran número de actores de la sociedad civil y el sector privado, entablaron un proceso de negociación colectiva que resultó en la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con sus Objetivos (en adelante “ODS” por sus siglas). Esta Agenda incluye 17 Objetivos y 169 metas e integra dimensión económica, social y ambiental.

En lo que atañe a la tan esperada firma de TLC entre el bloque del Mercosur y la UE, en noviembre del 2021 durante la XII Comisión Mixta Uruguay - Unión Europea representantes de Uruguay y de la UE intercambiaron opiniones en torno a las iniciativas conjuntas en materia de cuidado del ambiente, el desarrollo sostenible y el cambio climático.

Debido a los incidentes acontecidos en la amazonia brasilera, en el 2020 Francia rechazó el acuerdo de los bloques por razones ambientales. Francia requiere el compromiso de contar con el objetivo de frenar la deforestación, el respeto a los acuerdos de París sobre el clima y que los productos importados de esos países latinoamericanos cumplan las normas sanitarias y ambientales europeas.

Mayor atención le ha de colocar el Mercosur dado que Francia, el país más crítico al acuerdo, ha asumido la presidencia pro tempore de la UE desde enero 2022.

De ratificarse el acuerdo, como bloque, el Mercosur sería el quinto socio más fuerte de la UE.

## 1.2 Perspectiva internacional desde Compliance e instrumentos jurídicos

Cada vez se presentan más evidencias de que la agenda política internacional está atravesada por el cuidado del ambiente. La crisis del Covid-19 ha puesto de manifiesto una preocupante fragilidad y la existencia de riesgos importantes relacionados con cadenas de suministro muy fragmentadas y no diversificadas. La crisis expuso la vulnerabilidad de los trabajadores y pone de relieve las violaciones de los derechos humanos y las repercusiones adversas en materia social, de salud y de seguridad de las operaciones comerciales en las cadenas de suministro actuales en todo el mundo.

En el marco de elaboración de este trabajo, se consultó a la Sra. Dorothea Garff (abogada alemana con título revalidado en Argentina) del Estudio Beccar Varela quién brindó su mirada respecto a las nuevas normativas de Compliance de Alemania, en especial a la **ley alemana de “Debida Diligencia empresarial en la Cadena de Suministro” (LkSG - Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)**. El borrador de esta ley fue aprobado el 3 de marzo del 2021 por el gabinete federal alemán; adoptado el 11 de junio del 2021 y entrará en vigor en enero del 2023.

Si bien no genera un nuevo tipo de responsabilidad civil o penal por la Ley, a diferencia de la ley europea que sí proyecta responsabilidad civil, la ley alemana sí crea nuevas obligaciones. Presenta sanciones por incumplimiento como multas de hasta 2% de la facturación y exclusión de contrataciones con el Estado.

Esta normativa alemana genera un marco de responsabilidad ampliada a nivel internacional debido a su extraterritorialidad pues las casas madres se harán responsables de toda su cadena de suministro, desdibujándose las fronteras geográficas y del estado nación.

¿A qué empresas alcanza por ley? Alcanza a aquellas radicadas en el país germánico, incluyendo sus sucursales. A partir del año 2023 serán las empresas con más de 3.000 empleados (900 empresas). A partir del 2024 serán las empresas con más de 1.000 empleados (4.800 empresas) y luego se evaluará el ámbito de aplicación.

Esta ley presenta responsabilidades para toda la cadena de valor, pero con requerimientos escalonados:

- 1er. Propio ámbito de la empresa, incluyendo sucursales (medidas internas)
- 2do. Proveedores directos (medidas externas)
- 3ero. Proveedores indirectos (medidas externas y colectivas, solo en caso de que haya potenciales riesgos).

A su vez, contempla otras variables como el tipo y envergadura de la actividad comercial; la posibilidad de influenciar la causa del riesgo / de la infracción; el nivel del posible impacto y el tipo de participación de la empresa en la posible afectación.

Haciendo un poco de historia, se procede a estudiar sus antecedentes jurídicos. En el 2016 el gobierno alemán estableció la Debida Diligencia respecto a los Derechos Humanos y estableció que en caso de que la mitad de las empresas con sede en el país germano no lo hayan implementado aún, examinará medidas adicionales como la legislación. Como solo se llegó a un 19%, en febrero del 2019, en el Ministerio de Desarrollo y Cooperación de Alemania (BMZ) presentó un proyecto de ley sobre Debida Diligencia en Derechos Humanos y Ambiente.

El incumplimiento de la ley podría dar lugar a multas de hasta cinco millones de euros, encarcelamiento y exclusión de las contrataciones públicas en Alemania. A finales de ese año, los ministerios de Trabajo y Desarrollo se comprometieron a elaborar la Ley de Debida Diligencia en la cadena de suministro.

Dada la pandemia sanitaria actual, se han incrementado a nivel global los estallidos sociales, paros o interrupciones en las cadenas de producciones, repercutiendo en todas las partes interesadas del negocio. En las cadenas de suministro es dónde se produce gran parte del impacto negativo sobre las personas y el ambiente. Por ello, la sostenible gestión de la cadena de suministro permite generar “valor compartido” para la sociedad al tiempo que se presenta como una oportunidad de negocio.

Quien suscribe entiende que tiene realmente sentido comenzar ahora a gestionar la cadena de suministro para evitar posibles costos de incumplimiento y crear una reputación positiva. Es una oportunidad de posicionarse para el futuro, al tiempo que se aumenta la confianza en sus clientes y consumidores. Concretamente, es recomendable ya incorporar la variable ambiental en los costos de producción.

A continuación, se presentan algunas tendencias precedentes en el marco de la evolución jurídica europea:

I) California Transparency in Supply Chains Act (2012; Estados Unidos).

II) Modern Slavery Act (2015; Gran Bretaña)

En 2016 adoptó la Cláusula de Transparencia en la Cadena de Suministro.

III) Loi du Devoir de Vigilance (2017; Francia)

Francia ha sido el primer país en adoptar una legislación vinculante de este tipo.

Ley por la que se establece una obligación de vigilancia para las empresas matrices y subcontratistas. La ley supone un hito hacia la mejora del respeto corporativo por los derechos humanos y el ambiente.

Sin embargo, la carga de la prueba sigue recayendo sobre las víctimas, que a menudo carecen de los medios para buscar la justicia, acentuando aún más el desequilibrio de poder entre las grandes empresas y las víctimas.

Al respecto, grupo de indígenas de Brasil y Colombia acusan al grupo Casino francés –cadena de supermercados multinacional– por producir deforestación, acaparar tierras y vulnerar los derechos de las comunidades.

- IV) Wet Zorgplicht Kinder arbeid Child Labour Due Diligence Law (Holanda; no entró en vigencia aún).
- V) La Directiva de la Unión Europea; es también reciente como la germana. La Comisión Europea presentó la propuesta legislativa para la Cadena de Suministro en 2021. La adopción está prevista para 2024. La base es la “Directiva de la UE sobre Debida Diligencia obligatoria en materia de derechos humanos, ambiente y buena gobernanza” publicada el 10 de marzo del 2021.

Está prevé ser más estricta y abarcativa a la alemana en sus estudios de Debida Diligencia pues incluirá a los proveedores indirectos y contemplaría la Responsabilidad Civil también como sanción.

Así fue anunciado durante la charla informativa de la Cámara de Comercio e Industria Uruguayo-Alemana sobre la Gestión Sostenible en la Cadena de Suministro impartida por Markus Buderath; en representación de adelphi en julio del 2021. Adelphi es una consultora alemana, *think-and-do tank* que se dedica al clima, medioambiente y desarrollo en Europa.

Es menester recalcar que la visión sostenible ha de ser acompañada con una mirada holística y sistémica en todas las etapas de la cadena de suministro, desde los proveedores hasta la extracción de materias primas (dada su interconectividad, se presenta gran importancia en la región latinoamericana).

Los riesgos deben ser abordados con una perspectiva abarcativa, incluyendo también los potenciales y transversales; como lo es la logística y el reciclaje. A modo de ejemplo, ya no se trata solo de si cumplen los valores límites de contaminación del agua, sino de qué acceso tienen los afectados al agua potable y si pueden hacer efectivo su derecho a este bien público.

Al respecto del uso y acceso al agua potable, es pertinente recordar que en el 2010 la ONU declaró el acceso al agua y al saneamiento como un derecho humano. Es decir, el agua ha de ser considerada como un bien común de dominio público.

Sin embargo, los derechos al uso del agua comenzaron a cotizar en Wall Street en el año 2021 dentro del mercado de futuros de materias primas. Dichos derechos se otorgan mediante concesiones o licencias ambientales.

Conforme informe de UNEP (2019, p.26):

si bien la cooperación internacional contribuyó a que numerosos países concertaran más de 1.100 acuerdos ambientales desde 1972 y a que se elaboraran múltiples leyes marco sobre medio ambiente, ni el multilateralismo ni la asignación de fondos han dado lugar a la creación de organismos ambientales sólidos capaces de hacer cumplir las leyes y los reglamentos con efectividad.

Sin embargo, se aprecia una tendencia creciente en la elaboración de leyes ambientales conjuntamente a su concientización.

## 2. Repercusión de la nueva legislación europea en términos de sustentabilidad

Según informe anual de Comercio Exterior de Uruguay XXI, la Unión Europea se presenta en tercer lugar como socio comercial del Uruguay y Alemania se encuentra en quinto lugar.

Muchas industrias de América Latina están históricamente interconectadas con la industria europea, especialmente con la alemana; como lo es por ejemplo la industria automotriz y la minera.

Es menester recordar que América Latina es un eslabón importante en la cadena de suministro para Europa en lo que atañe al sector minero, forestal, alimenticio, metalúrgico y textil.

Estas nuevas legislaciones en términos de sustentabilidad a mediano y largo plazo ayudan a ahorrar costos. Evitan accidentes y sanciones, permiten el acceso a nuevo grupo de clientes y/o generan la retención de los existentes, aumenta el sentido de pertenencia de los colaboradores con la colateral disminución de la tasa de rotación y el acceso a nuevas y confiables fuentes de financiamiento.

Ha sido comprobado que un actuar responsable con la sociedad y el ambiente, basado en la sostenibilidad, reduce los riesgos reputacionales. A su vez, mediante productos sostenibles, la institución se puede posicionar como pionero ante los competidores. En el campo ambiental, se aconseja comenzar por temáticas de ahorro energético y reciclaje debido a sus rápidos y tangibles resultados.

Cada vez más se requiere innovación y cooperación en la temática, vislumbrándose a las cámaras, asociaciones y/o fundaciones vinculadas a la sostenibilidad como buenos socios de negocios.

Las empresas europeas, conjuntamente a su cadena de valor -siendo en la mayoría de los casos empresas latinoamericanas- tienen la oportunidad única de tomar la legislación que se avecina como un diferencial que les otorga una fuerte ventaja competitiva.

Aquí uno se permite reflexionar sobre la importancia que crea este tipo de normativa. Es muy enriquecedor ver a Compliance como *Profit Center*, como creador de valor -creador de ganancias- y no solo de gastos. Se trata de una cadena similar a la de economía circular.

## 3. Uruguay y su posicionamiento legislativo - ambiental

Uruguay no es ajeno, es parte de los convenios internacionales más importantes en materia ambiental. Su compromiso data desde el Acuerdo de París, tratado internacional sobre el Cambio Climático jurídicamente vinculante; firmado por 189 países el 12 de diciembre del 2015 en la COP21. Sin embargo, el Acuerdo de París recién entró en vigor en enero del 2021 dado que la segunda fase del Protocolo de Kioto finalizaba en diciembre 2020. Uruguay lo ha ratificado y ha aprobado programas locales para acelerar el cumplimiento de los ODS 2030 de Naciones Unidas.

Dentro de los acuerdos ambientales multilaterales (MEAs, por sus siglas en inglés), Uruguay acompaña con tímida presencia las listas del Protocolo de Kyoto debido al poco daño contaminante que genera por su pequeño tamaño y su poco desarrollo industrial. Por el contrario, en Uruguay nuestros proyectos venden captura de Bonos de Carbono a los países del hemisferio norte.

A modo de ejemplo, en Uruguay, quien suscribe anualmente acompaña a consultores de Naciones Unidas a auditar la contribución de proyectos de energía renovable con el Mercado de Carbono a través del Mecanismo de Desarrollo Limpio (en adelante “MDL”). Aquí en estas transacciones se aprecia el principio contaminador-pagador de los países desarrollados del hemisferio norte.

Hasta el año 1990, Uruguay contaba solo con normativa ambiental de carácter sectorial, lo cual fue cambiando, en especial por la influencia de las normas internacionales.

Ver Cuadro I a continuación:

Cuadro I

| AÑO  | NORMA   |
|------|---|
| 1935 | Ley de Protección de la Fauna Natural (Ley 9.481)   |
| 1967 | Regularización de comercialización de agroquímicos (Ley 13.640).  |
| 1978 | Código de Aguas (Decreto-Ley 14.859).   |
| 1981 | Ley de Conservación de los Suelos (Decreto-Ley 15.239)  |
| 1990 | Creación del MVOTMA (Ley 16.211)<br><i>Art. 6: El MVOTMA controlará el cumplimiento de las actividades públicas o privadas con las normas de protección al ambiente.</i>  |
| 1991 | Creación de la Policía Ambiental (Ley 16.226)<br><i>Art. 302: Establece funciones de policía de los funcionarios de DINAMA respecto de las materias bajo jurisdicción administrativa de esa dependencia.</i>  |
| 1994 | Evaluación del Impacto Ambiental (Ley 16.466)   |
| 1994 | Ratificación Convención ONU sobre Cambio Climático (Ley 16.517).  |
| 1997 | Reforma art. 47 Constitución. – Reforma constitucional 1996<br>art. 47 inciso 1°:<br><i>“La ley (...) podrá prever sanciones para los transgresores”.</i><br><i>Para el año 1996 ya existían sanciones, quiso dar mandato a la posibilidad de establecerla.</i> |
| 1999 | Movimiento transfronterizo de desechos peligrosos (Ley N° 17.220).  |
| 2000 | Protección al ambiente (Ley 17.283) LGPA<br>-Ley General de Protección del Ambiente:<br>reglamenta el art. 47 de la Constitución (2000), solo prevé sanciones administrativas para Uruguay Natural.   |
| 2000 | Aprobación del Protocolo de Kioto (Ley 17.279).   |
| 2007 | Tratamiento de agro combustibles (Ley 18.195).  |
| 2018 | Control de bolsas plásticas (Ley 19.655).   |
| 2019 | Directriz Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible del Espacio Costero (Ley 19.772)   |
| 2019 | Gestión integral de residuos (Ley 19.829)   |
| 2020 | Creación del Ministerio del Ambiente (Ley 19.889) con art. 291. julio   |
| 2021 | Reglamento de Calidad de Aire y emisiones atmosféricas (Decreto N°135/021).   |

Fuente: Elaboración propia

Uruguay cuenta con política ambiental basada en la Constitución, en leyes sobre la materia, normas de derecho administrativo, normas de carácter local y convenios. Es decir, la legislación ambiental uruguaya encuentra cabida en la Constitución, en leyes, en convenios internacionales, decretos nacionales y departamentales y en las propuestas del grupo Gesta.

En 1997 la reforma constitucional dio redacción al art. 47 el cual dispone que „la protección del medio ambiente es de interés general” y que “las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación grave al ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

Mediante la ley, 16.221 sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Uruguay ratificó el Convenio de Basilea en 1991. De esta manera cumple creando responsabilidad ambiental por daño.

En paralelo, el Art.9 de la Ley 17.220 del 11.11.1999 dispone del delito de introducción al territorio nacional de desechos peligrosos.

El que introdujere en cualquier forma o bajo cualquier régimen en zonas sometidas a la jurisdicción nacional, los desechos peligrosos definidos en el artículo 3° de la presente ley, será castigado con doce meses de prisión a doce años de penitenciaría.

Sus circunstancias agravantes especiales son: 1. si del hecho resultare la muerte o la lesión de personas; 2. si del hecho resultare un daño al ambiente. La persona jurídica que interviniera de cualquier manera en la introducción de desechos peligrosos tendrá multa de 1000 UR hasta 10.000 UR.

Por desechos peligrosos se entiende todas aquellas sustancias u objetos cualquiera sea su origen que constituyan un riesgo para el ambiente incluyendo salud humana, animal o vegetal.

Siguiendo los lineamientos del Prof. Dr. Langon y el principio de que “el que contamina paga” mediante la creación de un delito de mera conducta, es decir de peligro abstracto o hipotético. Se ha tratado de evitar que Uruguay se transforme en “basurero” internacional.

En el marco de este trabajo, fue consultada la Dra. Ing. Elizabeth González, docente de la Facultad de Ingeniería de la UdelaR. Ella compartió que puede existir el riesgo latente de que residuos contaminantes ingresen bajo la declaración de materia prima.

Uno de los mayores problemas que presenta nuestro país, conforme Dr. Gastón Casaux, entrevistado durante la elaboración del presente trabajo, es el vacío normativo en referencia al control de agrotóxicos y la elaboración de su registro único. Urge la elaboración de un registro de fungicidas, plaguicidas, glifosato. Estos agroquímicos deben estar inventariados con su control temporal y cuantitativo; se espera un decreto para su control y la existencia de la figura del *ombduspersion* (defensor de la sociedad)- como existe en otros países- para su regulación.

A su vez, el Dr. Gastón Casaux, comenta que sería necesario armonizar el monto de las multas del Ministerio de Ambiental con las de los otros ministerios.

Los dictámenes de Justicia Ambiental no son vinculantes, sin embargo, han tenido una gran incidencia en el desarrollo de las legislaciones. Se ha logrado que en setiembre del

2019, con la Ley N° 19.773, Uruguay aprueba el Acuerdo de Escazú; firmado en Costa Rica; país con gran cantidad de áreas protegidas.

Este acuerdo garantiza, en América Latina y el Caribe, derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales. Es el único acuerdo vinculante emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), el primer acuerdo regional ambiental de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas para los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.

El Dr. Gastón Casaux afirma que este acuerdo es una verdadera joya. De todos modos, en Uruguay aún falta capacitación de jueces y fiscales en el ámbito ambiental.

El Dr. Casaux comenta que desde el año 1994 el presidente Lacalle padre ha trabajado con buena legislación ambiental conjuntamente a normas departamentales. En el 2000 se establecen nuevas leyes de áreas protegidas y hoy se cuenta con la Ley 19.772 para el cuidado de costas. Esta ley tardó dos períodos de gobierno para llevarse a cabo y cuenta con un monitoreo de costas. Uruguay es una de las zonas más antiguas en materia de suelos. Costa Rica y Panamá, al igual que algunos países de África, son los países con mayores áreas protegidas.

Se debe mirar con cuidado que, conjuntamente a la creación del nuevo ministerio ambiental, es posible que se hayan bifurcado competencias y algunas hayan quedado en el MVOTMA. Durante este período de transición habría que analizar detalladamente los Estudios de Impacto Ambiental de modo de homologar los requisitos.

Hace ya buen tiempo que se abogaba por la inclusión de un capítulo de Derecho Ambiental con sanciones en el Código Penal, habiéndose presentado un proyecto de Ley en agosto del 2020 con la eventual implicancia de responsabilidad penal para los representantes legales de las personas jurídicas.

Asimismo, distintos proyectos se han presentado en el Parlamento en el 2016 y 2017. En el 2016, para el fiscal Jorge Díaz, „el ambiente es un ser jurídico que merece ser tutelado desde el punto de vista penal“; ya opinaba que se necesita revisar su legislación ambiental y crear la figura del delito ambiental.

Con la aprobación de la Ley de Gestión Integral de Residuos (Ley 19.829) en 2019, surgió una gran necesidad de intercambio y capacitación de las intendencias. El gobierno uruguayo, junto con actores relevantes del sector, se encuentra elaborando el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos (PNGR), requerido por la nueva ley.

A su vez, la ley prevé un impuesto para los productores de envases que no desarrollen sistemas de reciclaje de los materiales que comercializan.

En paralelo, el Ministerio de Ambiente firmó una resolución que prohíbe la fabricación, importación, venta y entrega de sorbitos de plástico a partir del 31 de enero 2022. A su vez, se instalará un sello ambiental para favorecer la reducción del consumo de plástico de un único uso. Para ello, los servicios de gastronomía, hotelería y comercios deberán sustituir de forma total o parcial el uso de plástico en vajilla descartable y embalaje plásticos, así como participar o crear campañas de concientización en consumo sustentable.

Actualmente, como consecuencia del apoyo de la Unión Europea (en adelante “UE”) por medio de talleres de Economía Circular se intenta resguardar el ambiente al tiempo que se genera empleo. Se hace presente el Pacto Verde Europeo conjuntamente al etiquetado. A su vez, varios actores institucionales, algunos bajo el marco de *Think Tank*, se encuentran investigando acciones de impacto y economía verde.

Al respecto, en el marco de elaboración de este trabajo, se consultó a el Sr. Mischa Groh y a la Sra. Franziska Gruber de la Cámara de Comercio e Industria Uruguayo-Alemana (AHK por sus siglas en alemán).

En el contexto de la nueva Ley de Gestión Integral de Residuos aprobada en 2019 (la cual prevé un impuesto para los productores de envases que no desarrollen sistemas de reciclaje de los materiales que comercializan), y bajo el actual desarrollo del Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos, es que la Cámara binacional contribuye con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) mediante programas internacionales de intercambio en el ámbito de la economía circular y la gestión de residuos.

Gracias al apoyo del Ministerio alemán del Medio Ambiente (BMU), y la estrecha cooperación con la Intendencia de Rivera, es que la Cámara ha podido llevar a cabo estos proyectos. En el presente año se proyecta mentoría de soluciones circulares para las instituciones interesadas, proyecto piloto de compostaje casero conjuntamente a la Intendencia de Rivera y grupos para intercambio de experiencias y formación complementaria.

Es interesante recordar que la legislación europea presenta un marco robusto en lo que atañe a la jurisdicción de delitos ante el ambiente. Este marco puede ejercer de guía y hasta de presión por dicho bloque. De hecho, ya se ha retardado la concreción de la firma por este punto.

Es menester recordar que la protección y garantía del ambiente se encuentra radicada en la sociedad, puesto que son los denominados derechos colectivos, dentro de la tercera generación de derechos.

Asimismo, Uruguay ha sancionado otras normas ambientales e impositivas para combatir el Cambio Climático. En CPA Ferrere (2021) han identificado las siguientes:

- Impuesto sobre paquetes y bienes de un solo uso, incluido en la disposición de residuos.
- Exenciones de impuestos para promover vehículos eléctricos y un programa de subvenciones para autobuses públicos de motor eléctrico.
- Prohibición de uso de bolsas de plástico no biodegradables y un arancel de 0,11 USD por bolsa de plástico biodegradable.
- Identificación del gasto público destinado a adaptar y mitigar el Cambio Climático.
- Publicación del primer Contenido Nacional Determinado requerido por el Acuerdo de París.

Ahora bien, es menester analizar cuál es el bien jurídico tutelado y ponerse de acuerdo. Poniéndose hasta filosóficos, podría ser la Madre Tierra, el lado femenino de Dios -la Naturaleza-; la persona, la vida y la salud de seres, el patrimonio, la administración pública, el ambiente, el agua, el aire, los animales, las plantas, el paisaje y el ruido.

Hay una posición intermedia que presenta el bien jurídico colectivo, supraindividual.

Lo que se pretende proteger en un ambiente que no tiene dueño, será la noción de ambiente que debemos encontrar. El derecho positivo uruguayo lo soluciona definiendo el bien jurídico supraindividual e intergeneracional a proteger como el ambiente, la salud humana, animal y vegetal.

El Dr. Gastón Casaux coincide que ya es hora de otorgarle al ambiente un capítulo aparte y con sanciones específicas, más allá de que él lo encuentra muy vinculado a la salud por su labor cotidiana.

En el entendido del Prof. Dr. Langon Cuñarro (+) el bien jurídico a ser protegido es la Seguridad Pública, pudiendo estar también la Salud Pública y se estaría ante la automatización de lo que estrictamente sería un “contrabando”. Hoy por hoy, dada la agenda internacional, ya podemos hablar de protección al ambiente como tal.

A diferencia de otros países, en Uruguay no se reconoce la protección del ambiente como un derecho sino como una cuestión de interés general. El Profesor Dr. Marcelo J. Cousillas, durante la asignatura de Derecho Ambiental del presente Máster en Derecho de la UM comentó que el Derecho Ambiental uruguayo se sustenta cardinalmente en principio Preventivo -principios 21 (Estocolmo) y 2 y 17 (Río) y es el que lo diferencia de otras ramas del derecho pues implica poder intervenir antes de que se produzca la afectación ambiental. También se sustenta en otros principios, a saber: Precautorio, principio 15 (Río)-, de Incorporación -principio 16 (Río)-, de Participación, de Transectorialidad, de Información, de Cooperación Internacional y de Distinción – principio 19 (Estocolmo) y 10 (Río).

A su vez, se acompaña con los principios de origen doctrinario, internacional, de derecho público: precaución, prevención, gradualidad, reposición, especialidad, transnacionalidad, integración, regulador de obra pública.

El art. 6 de la Ley 17.283 en literal B dispone que su principio fundamental es la prevención y previsión. Lo cierto es que el derecho ambiental es esencialmente preventivo, pero no puede abdicar de la posibilidad de sancionar a los transgresores de la norma ambiental. Y en paralelo, cuenta con la obligatoriedad de regularizar la situación irregular, de recomponer el ambiente. Ello siguiendo los lineamientos del Prof. Dr. Langón y el principio de que “el que contamina paga”, mediante la creación de un delito de mera conducta, es decir de peligro abstracto o hipotético. Se ha tratado de evitar que Uruguay se transforme en “basurero” internacional.

El ambiente, ha sido considerado por primera vez en el Uruguay como un bien jurídico supraindividual digno de protección penal, siendo antropocéntrico moderado. Como propuesta, existiría una posibilidad de crear delitos de peligro y como último recurso establecer normas penales en blanco. Se analizaría si la responsabilidad penal fuese física o jurídica.

El Prof. Dr. Langón colocaba estos delitos entre los de contra la seguridad pública pero también afirmaba que podrían estar en el área de salud pública o en una nueva e incipiente (postura a la cual se adhiere quien suscribe) de protección como tal.

En clases de *Tendencias en Derecho Ambiental* en la UM en octubre, el Profesor Catedrático de Derecho Penal, Dr. Pedro Montano (2018), comentó que la impotencia de

cada Estado frente a la globalización se hace patente de un modo especialmente dramático en el campo del deterioro del ambiente. De requerirse un derecho penal global, entonces sería en este ámbito. De ahí la importancia de que Uruguay actúe en consenso con los demás países de la región. Parecería que se está ante un proceso de elaboración, desarrollo progresivo tendiente a una gradual codificación del Derecho Internacional Ambiental.

Aquí la autora, en su calidad de Licenciada en Negocios Internacionales, se plantea que probablemente no haya nada más internacional que lo ambiental.

Sin embargo, aún coexisten muchas lagunas en el derecho ambiental internacional, no existiendo una clara legislación para los daños transfronterizos; mayoritariamente los más comunes. Lo cierto es que no hay nada más global que el ambiente y actualmente se discute si fuese necesario contar con una jurisdicción internacional para juzgar delitos transnacionales, fronterizos. A iniciativa del presidente de Francia, Macron, se ha estado discutiendo una especie de Convenio Internacional, o *pacto global sobre medio ambiente* en general.

De todos modos, *In Dubio Pro Natura* (IUCN Rule of Law) como principio más general, afirma que cada vez que exista una duda en la aplicación de la norma, debe inclinarse por la interpretación más favorable al ambiente.

Sin una política coordinada entre los distintos países, empezando por los más próximos, no es posible luchar contra este tipo de flagelos. Se ha visto que el delito ambiental tiene a menudo carácter e impactos transfronterizos; no hay nada más global que el ambiente. Como bien dice el Dr. Montano, el Derecho Internacional nos obliga a la protección de un bien jurídico que no solo es supraindividual, sino supranacional.

Hasta el momento, no existen los delitos ambientales en el Uruguay; a pesar de haberse debatido en la Ley de Urgente Consideración. ¿A qué se debe esto? Si bien no hay certeza, probablemente porque la legislación ambiental es relativamente reciente.

Antes de llegar a la penalización se deben agotar otros mecanismos; el delito penal es de última ratio. Había muchas deficiencias técnico-jurídicas, o/y porque aún no había suficiente conciencia social. Actualmente, cuenta con apenas dos delitos ambientales: envenenamiento de aguas, e introducción al país de desechos peligrosos.

Uruguay tiene largo camino a recorrer para adaptarse, pero sin duda está muy bien en término de regulación y seriedad en comparación con la región.

Dada la similitud que el país en estudio presenta en términos de transparencia con Chile, se permite destacar que el país vecino analiza la inclusión del delito de daño ambiental o afectación de áreas protegidas dentro de su proyecto de nuevo Código Penal.

Se ha de recordar que el delito penal es de última ratio.

Dentro de los acuerdos ambientales multilaterales (MEAs, por sus siglas en inglés), Uruguay acompaña con poca presencia en las listas del Protocolo de Kyoto, debido al poco daño contaminante que genera dado su tamaño y su poco desarrollo industrial. Asimismo, Uruguay firmó y ratificó el Acuerdo de París y ha aprobado programas locales para acelerar el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas.

Por otro lado, en Uruguay se vende captura de Bonos de Carbono a los países del hemisferio norte. A modo de ejemplo, la autora de este trabajo anualmente acompaña en Uruguay a consultores de Naciones Unidas a auditar la contribución de proyectos de energía renovable con el Mercado de Carbono a través del Mecanismo de Desarrollo Limpio (en adelante “MDL”). Aquí en estas transacciones se podría llegar a apreciar el principio contaminador-pagador en los países desarrollados del hemisferio norte.

Lo cierto es que se está ante una disciplina en constante crecimiento y de enorme repercusión a nivel de derechos fundamentales.

### Capítulo III: Acciones realizadas en Uruguay sobre el tema ambiental e incidencia en sus empresas

#### 1. Acciones realizadas en Uruguay sobre el tema ambiental

Es importante destacar que Uruguay ha tenido resultados tangibles en materia ambiental mediante la obtención de los siguientes resultados:

- Descarbonización: CO<sub>2</sub> con respecto al PIB ha disminuido 27% desde 1990.
- Emisiones de metano por kg de carne producida en un campo natural disminuyó 28%.
- Incremento de áreas forestales y protección del bosque nativo, aumentando la captura de CO<sub>2</sub>.
- Relocalización de más de 2.600 viviendas inundables.
- El artículo 533 de la Ley de Presupuesto para el periodo 2020-2024 establece que en concordancia con los Principios de Helsinki de la Coalición de los Ministros de Finanzas para la Acción Climática, el Poder Ejecutivo procurará generar las herramientas y adoptar los criterios necesarios para que la política de ingresos y gastos contemple los objetivos nacionales de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero y de adaptación al Cambio Climático. Asimismo, tales objetivos se procurarán incluir en el análisis y la concepción de la política económica y en la planificación de las finanzas públicas.
- La Unión de Exportadores del Uruguay (en adelante “UEU”), conjuntamente con el Banco República (BROU), desde hace más de una década cuenta con un programa de Ambiente. Este programa tiene como objetivo sensibilizar, informar y apoyar a las empresas en el cuidado del ambiente.
- Actualmente, Uruguay presenta avances en lo referente a su estrategia climática de largo plazo (ECLP). Durante la COP 26 aprovechó para avanzar en acuerdos comerciales con Estados Unidos. Asimismo, se propone como experiencia piloto un plan de incentivos arancelarios a exportaciones con certificación ambiental. Se presenta una hoja de ruta para alcanzar acuerdo de cooperación en materia ambiental.
- Uruguay ostenta excelente desempeño en indicadores de intensidad de carbono, contaminación del aire y transición energética, y ocupa el primer lugar en el Ranking de Futuro Verde de MIT (*Green Future Index of Massachusetts Institute of*

*Technology*). En suma, Uruguay es un ejemplo de responsabilidad ambiental y se prepara para hacer frente a certificaciones de sostenibilidad.

- Uruguay se adhiere a la apuesta futura de hidrógeno verde y a la sustitución de combustibles fósiles.
- Uruguay ha adherido, junto a 80 países, el Compromiso Global de Metano; acuerdo impulsado por Estados Unidos para reducir a nivel global un 30% las emisiones de metano al 2030. También, junto a 100 líderes globales firmaron un convenio para detener y revertir la pérdida de bosques y degradación.
- Conjuntamente con la creación del Ministerio de Ambiente, el 9 de julio del 2020, Uruguay demuestra estar decidido a incorporar la dimensión ambiental en los procesos productivos. El anhelo del actual gobierno es posicionar al país de “más de cuatro cabezas de ganado por habitante” como líder en producción agropecuaria sostenible. La temática ambiental en el “país de pájaros pintados” es parte del diseño de política gubernamental y en particular de la política económica-.

Se estudia cómo la carne con sello verde, producto que no afecta el ambiente, podría cambiar la ganadería. Si bien la carne sustentable todavía es un nicho de mercado, todo indica que se expandirá.

- Durante la elaboración de este trabajo se entrevistó a la Ing. Verónica Ciganda, Directora del Programa de Producción y Sustentabilidad Ambiental del Instituto Nacional de Investigación Agropecuario (en adelante “INIA”). Ella comentó sobre los estudios de la Huella de Carbono en el país y los esfuerzos para comenzar con la medición de la Huella Ambiental en los sistemas de producción ganadera. Los criterios de medición, indicadores (*KPI* por sus siglas en inglés), índices de sustentabilidad o de impacto ambiental son el mayor obstáculo pues aún no hay homogenización de estándares/indicadores. Los indicadores deberán contemplar la calidad de todo el proceso productivo. Actualmente el Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca (en adelante “MGAP”), Ministerio de Ambiente e INIA trabajan en ellos. Muy probablemente, un privado como lo es UNIT serán los certificadores.
- Durante la entrevista se destacó también la creación del Instituto de Bienestar Animal perteneciente al MGAP conjuntamente a la tenencia responsable.
- LSQA recientemente, el 08 de diciembre del 2021 como hecho histórico -sin precedentes- ha verificado el primer embarque de carne de carbono neutral de Sudamérica; particularmente desde el Uruguay. Aquí se aprecia como LSQA también juega un rol de certificador.
- Según Infonegocios (2021) Uruguay es el primer país de Latinoamérica en exportar en diciembre de 2021 carne de carbono neutral a Suiza, verificado por LSQA en planta frigorífica Solís Meat Uruguay. MOSAICA trabajó durante todo el año 2021 en un proceso de recopilación de datos y gestión para acceder al “*Carbon footprint verified*” (huella de carbono verificada). Según El País (2022) “la neutralidad del carbono se logra igualando las emisiones de los gases de efecto invernadero — en la ganadería, el metano es el principal— con la captación de esos gases”. “El proceso es así: el alimento que ingiere el rumiante es fermentado por bacterias en un “pre-estómago” (el rumen). Los gases resultantes se eliminan a través del

eructo y, de esa forma, se genera la emisión de metano. Pero no todo queda en la atmósfera, se produce la captación. El carbono que emiten es captado a través de la fotosíntesis. Entonces, si todo es medido correctamente y se cumple con las normas de verificación, se puede llegar a la neutralidad.”

- Se proyecta que los costos de las emisiones de carbono se adhieran a los precios de consumo finales. Se vislumbra que la etiqueta verde será cada vez más necesaria para el ingreso a nuevos mercados, como lo es el europeo.
- La energía y la economía circular se encuentran entre las áreas prioritarias para atraer talento y captar inversión en Uruguay. También nuestro país se adhiere a la apuesta futura de sustitución de combustibles fósiles, avanzando con hidrógeno, combustible verde e infinito.
- Un buen ejemplo empresarial es la planta Monte Cudine. En la planta se instalaron este año 160 paneles fotovoltaicos ocupando 265 metros cuadrados del establecimiento. Esta fuente de energía permite también tener maquinaria industrial y vehículos eléctricos. Permite a Monte Cudine estar a la vanguardia a nivel de energías renovables.
- Los Bonos Vinculados a la Sostenibilidad fomentan la aparición de nuevos emisores dentro del mercado sostenible de ingresos fijos. El gobierno trabaja en desarrollar un bono soberano que incorpore explícitamente el objetivo del país de alcanzar metas de desempeño en indicadores ambientales que contemple los compromisos de Cambio Climático que el país ha asumido internacionalmente bajo el Acuerdo de París. Las metas estarían asociadas a la mitigación de gases de efecto invernadero (GEI), indicadores cuantitativos basados en la Contribución Nacional.
- Uruguay lanzó en el primer semestre de 2021 el proyecto piloto de Hidrógeno Verde y además está promoviendo nuevos incentivos para la expansión de la flota de vehículos eléctricos. Recientemente se promulgó la Ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC), que tienen la obligación de generar un impacto social y ambiental positivo y verificable. Esto último está en línea con uno de los ejes de ESG (*Environmental, Social, Governance*, por sus siglas en inglés ó ASG- Ambiente, Sociedad y Gobierno Corporativo): la introducción de lineamientos para una gobernanza empresarial sustentable.
- En agosto de 2021 el Gobierno uruguayo informó que la estrategia de financiamiento del país buscará alinearse con los compromisos sobre Cambio Climático, un elemento que se vería plasmado en la emisión de un Bono Global Indexado a Indicadores Ambientales.
- El Dr. Herman Kamil, Director de la Unidad de Gestión de Deuda (UGD) afirma que la estrategia de financiamiento de Uruguay, alineada con la visión de largo plazo del país, buscará integrar las políticas de acción climática. A su vez enfatiza que cada vez con mayor frecuencia, los organismos multilaterales e instituciones financieras están incorporando estándares de inversión responsable y sostenible a sus decisiones de crédito y programas de desembolso de préstamos.
- El mes de noviembre del 2021 ha sido el primero en el que el país dio un rol tan importante a los factores ESG en sus reportes de Deuda Soberana. Las tasas de

interés/comisiones están ligadas a metas de desempeño. Estas pueden mejorar el desempeño ESG del deudor o reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>. Un ejemplo podría ser un bono para producir hidrógeno verde, en el que la tasa de interés varíe según la cantidad de hidrógeno producido (a mayor cantidad, menor tasa).

- Uruguay presenta un gran interés en inversiones con impacto. Estas, más allá del rendimiento financiero, tienen como objetivo central la creación de beneficios sociales y ambientales.

Es necesario mayor desarrollo de vehículos de inversión público-privada para que la Unidad de Gestión de Deuda del Ministerio de Economía del Uruguay continúe analizando cómo emitir bonos verdes o de impacto social. Los inversores de su deuda soberana ya preguntan al respecto.

Conforme El País (2019), el asesor económico de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (en adelante “OPP”) de Brun manifestó que el gobierno “ya ha hecho un esfuerzo desde el punto de vista informativo” que implicó generar una herramienta que permita vincular cada rubro del presupuesto nacional, es decir, los destinos del gasto previsto en el presupuesto, con cada uno de los ODS.

Ya no existe la tradicional dicotomía entre el crecimiento económico y el cuidado ambiental; ha quedado en el pasado. Hoy por hoy la variable ambiental se presenta como ineludible tanto para el comercio como para la economía nacional e internacional. Actualmente el desafío es qué indicadores utilizar para establecer registros fiscales y cómo computarlos.

- Entre los factores ambientales se incluye las estrategias de mitigación/adaptación al clima, desarrollo de energía renovables, gestión de residuos y recursos hídricos y protección a la biodiversidad, entre otros.
- Si bien las energías renovables han logrado la descarbonización casi completa de la generación eléctrica, aún se tiene un nivel de CO<sub>2</sub> asociado al transporte y a la movilidad. Por tanto, es necesario desarrollar nuevas fuentes de energía renovable y potenciar la inversión en el uso de tecnologías limpias.
- Se vislumbra que los Ministerios actuarán sobre los incentivos económicos de empresas y consumidores, para que estos internalicen las externalidades ambientales.
- La estrategia de acción por el clima de Uruguay incluirá una meta aspiracional de neutralidad de CO<sub>2</sub> hacia el año 2050. Bajo este marco, el proyecto de ley de Rendición de Cuentas propone un impuesto a las emisiones de dióxido de carbono de los combustibles. El MIEM lidera la reconversión de la matriz de hidrocarburos a energía eléctrica y el desarrollo de fuentes de generación de hidrógeno verde.
- El Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (en adelante “MGAP”), está ejecutando el proyecto de Producción Ganadera Climáticamente Inteligente, y está trabajando en la restauración de suelos en pastizales.
- En agosto 2021, la ministra de Economía de Uruguay, Azucena Arbeleche, afirmó que se está laborando en la emisión de un bono soberano sostenible. Este requiere de un esfuerzo-país por naturaleza multidisciplinario e interministerial, y de largo aliento. Se coordina activamente con los Ministerios de Ambiente, de Industria

y Energía, y de Agricultura y Ganadería y la OPP (Oficina de Planeamiento y Presupuesto). Y se cuenta con el asesoramiento técnico del BID y el apoyo del PNUD.

- En relación a indicadores de Sustentabilidad, Uruguay se encuentra en el top 20 de los rankings elaborados por MSCI ESG Score, Sustainalytics, entre otros (Ver Cuadros 2 y 3).

Cuadro 2

| Environment Pillar           |                         |                            |                    |
|------------------------------|-------------------------|----------------------------|--------------------|
| Climate Change               | Natural Capital         | Pollution & Waste          | Env. Opportunities |
| Carbon Emissions             | Water Stress            | Toxic Emissions & Waste    | Clean Tech         |
| Product Carbon Footprint     | Biodiversity & Land Use | Packaging Material & Waste | Green Building     |
| Financing Environment Impact | Raw Material Sourcing   | Environment Waste          | Renewable Energy   |
| Climate Change Vulnerability |                         |                            |                    |

Fuente: MSCI Key Issue Framework (<https://www.msci.com/our-solutions/esg-investing/esg-ratings/esg-ratings-key-issue-framework>).

Cuadro 3

| 3Pillars    | 10 Themes                   | 35 ESC Key Issues  |  |
|-------------|-----------------------------|--|--|
| Environment | Climate Change              | Carbon Emissions<br>Product Carbon Footprint                   | Financing Environmental Impact<br>Climate Change Vulnerability |
|             | Natural Capital             | Water Stress<br>Biodiversity & Land Use                        | Raw Material Sourcing  |
|             | Pollution & Waste           | Toxic Emissions & Waste<br>Packaging Material & Waste          | Electronic Waste   |
|             | Environmental Opportunities | Opportunities in Clean Tech<br>Opportunities in Green Building | Opportunities in Renewable Energy                              |

Fuente: MSCI Key Issue Framework. (<https://www.msci.com/our-solutions/esg-investing/esg-ratings/esg-ratings-key-issue-framework>).

- Conforme Jaime Miller de Capital Oriental, “Uruguay es el país mejor rankeado de Latinoamérica en ESG (Environmental, Social and corporate Governance) y
- hay liquidez en el mercado para las inversiones sustentables” (En Perspectiva, 23 diciembre 2021).

En Uruguay se vislumbran las Certificaciones Ambientales, registros fiscales y la búsqueda de parámetros que harán que las inversiones sean acompañadas de sostenibilidad. Asimismo, en base al **principio del que contamina paga**, se aprecia el principio de **internalización de costos**. De todos modos, este se desvirtuó bastante, pues hubo algunos que lo llegaron a formular como “aquel que produce contaminación está obligado a repararla” o “aquel que produce contaminación está obligado a pagar las penas o sanciones”. Se podría comparar con el principio sancionatorio o resarcitorio de derecho común.

Es de destacarse la reunión de noviembre 2021 en Costa Rica, donde nuestro ministro de Ambiente Adrián Peña formalizó una Cooperación Técnica para con su colateral Ministerio de Ambiente en Costa Rica. Dada la riqueza y excelente reputación a nivel internacional de los Estudios de Impacto Ambiental del Uruguay, se brindará apoyo en esta área de *expertise* en tanto Costa Rica trasladará su experiencia en lo concerniente a Áreas Protegidas y sistemas de certificación para ganadería.

Allí mismo, Peña enfatizó sobre la sostenibilidad financiera y el acuerdo suscripto recientemente donde los países se comprometen a reducir los niveles de emisión de metano en un 30% para el fin de la década.

Algunas fuentes entienden que probablemente en el Uruguay se aplique un derecho ambiental progresivo, las exigencias ambientales irán progresivamente en aumento.

Se vislumbra además que ya no será suficiente contar con un seguro para internalizar los riesgos ambientales. De todos modos, es muy engorroso conseguir un seguro que realmente haga frente a daños ambientales dado que la incertidumbre de hoy en día es muy alta. En paralelo, hay cierta imposibilidad por parte de las aseguradoras de cuantificar las pérdidas y valorar los riesgos de daño ambiental.

Durante la elaboración de este trabajo, se entrevistó al Dr. Gastón Casaux, especialista en Derecho Ambiental y Laboral, quién afirmó que aún existen ciertas limitantes para con los seguros ambientales. Hubo 2 proyectos en el Uruguay en los cuales el seguro exigía depositar la mitad de la inversión en un banco; requisito desmotivante de la iniciativa.

En paralelo, adquiere cada vez mayor relevancia los negocios verdes, las compensaciones de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y la gestión del carbono neutralidad.

Actualmente se ve cómo empresas multinacionales en Uruguay van mostrando el camino de la sustentabilidad conjuntamente a sus beneficios económicos. Montes del Plata acaba de publicar su segundo Reporte de Sostenibilidad 2020, y el banco BBVA repite en el ranking como banco más sostenible de Europa y segundo del mundo conforme análisis de Down Jones y Sustainability Index 2021. El banco HSBC tampoco se queda atrás, bajo su Programa de Financiamiento Sustentable con crédito verde, participa también en el ecosistema de la transformación sustentable.

Quién suscribe, ha tenido la fortuna de acompañar profesionalmente la preparación de un proyecto eólico en Rocha, el cual en el 2014 ganó el *Energy Globe Award* para el Uruguay.

A nivel local, cada vez se promocionan más actividades basadas en fondos verdes de inversión y en sustentabilidad. Varias instituciones vislumbran posible convertir el cambio climático en una oportunidad de negocio.

A modo ejemplificativo, actualmente se cuenta con la Ruta de Impacto, programa de innovación que se realiza en Punta del Este. Está compuesto por empresas que velan por el triple impacto, las 3 P (*people, profit, planet*). Si bien resta recorrer un largo camino de adaptación a esta nueva gobernanza ambiental, lo cierto es que Uruguay está muy bien posicionado ante sus vecinos regionales en términos de regulación y seriedad.

Una vez más, Uruguay encuentra ventajas competitivas en su actuar responsable para con los Derechos Humanos y transparencia, inclusive en lo referente al ambiente. Nuestro país se adapta a la nueva gobernanza de finanzas sostenibles y sigue los lineamientos que históricamente lo han caracterizado, ser coherente con lo que promulga -prevención y corresponsabilidad.

## 2. Resultados de las acciones ambientales realizadas por Uruguay

Además de contribuir con la reducción de GEI, ser una empresa carbono neutral abre nuevas oportunidades de negocio, potencia la imagen corporativa y acerca al nuevo consumidor.

En enero del 2022, Uruguay pone en funcionamiento el sistema nacional de certificación de energía eléctrica proveniente de fuentes primarias renovables (SCER). De este modo, el país reconocerá la producción con energía renovable a través de un sistema de certificados.

En La Mañana (2022) Miguel Sierra, Gerente de Innovación y Comunicación del INIA, comenta que ya hay países que se han posicionado como “verdes” como Irlanda y Nueva Zelanda; y eso exige respaldar los procesos productivos uruguayos. El sector ganadero y lechero se encuentra con el desafío de demostrar las cualidades del sistema de base pastoril que respalde la huella ambiental. Esto ha de integrar las emisiones de gases de efecto invernadero, erosión de suelos, contaminación de agua, biodiversidad. También se ha de considerar las condiciones sociales dentro de la cadena, es decir de productores y trabajadores.

Uruguay se presenta muy avanzado en investigación e innovación dentro del sector agropecuario: trazabilidad cárnica, control integrado en producción de frutas, ley y uso del manejo del suelo; etc.

En paralelo, Gabriel Di Giovannantonio comparte en Revista VERDE (2022) que la trazabilidad, el manejo, la inocuidad y sustentabilidad diferencian al Uruguay.

## Conclusiones

En un contexto en el que la agenda política internacional está atravesada por el cuidado del ambiente, cada vez más los consumidores toman mayor conciencia y responsabilidad en sus comportamientos y elecciones amigables con el medio. También se incentiva de manera exponencial la inversión en actividades sustentables.

Entidades bancarias fomentan la utilización de sus instrumentos de financiamiento para aquellas inversiones con resultados positivos en el ambiente.

Se vislumbra una suerte de “cascada normativa” donde el derecho interno tiende a armonizarse con el internacional. Las tendencias a nivel mundial generan leyes a nivel local y éstas podrán retroalimentarse a la inversa. Las prominentes leyes de sostenibilidad en la cadena de suministro de Alemania y Europa, dada su posición clave de eslabón, empapan la industria y el comercio del Uruguay; y hacen propias esas exigencias.

El país de pájaros pintados se enfrenta a la oportunidad de *aggiornarse* en materia legislativa ambiental, caminando a pasos agigantados y seguros.

Una vez más, Uruguay encuentra ventajas competitivas en su actuar responsable para con los Derechos Humanos y transparencia, inclusive en lo referente al ambiente. Nuestro país se adapta a la nueva gobernanza de finanzas sostenibles y sigue los lineamientos que lo han históricamente caracterizado. Ser coherente con lo que promulga: -prevención y corresponsabilidad-

Históricamente el hombre ha ejercido dominio sobre la naturaleza y hoy hay indicios de que se pueda producir a la inversa. ¿Cómo paliar esta tendencia? ¿Será la tendencia a lo sustentable la respuesta para mitigar y remediar los efectos del cambio climático?

El daño ambiental y sus efectos colaterales están presente en las negociaciones comerciales, ya es parte de lo cotidiano. El Cambio Climático es un fenómeno global que no conoce fronteras, habla en todos los idiomas y actualmente se gestiona como una verdadera institución internacional.

Hoy por hoy la crisis climática se presenta como una oportunidad de inversión, puesto que se están abriendo nuevos y diversos mercados que buscan la sustentabilidad. El riesgo ambiental es interpretado como un riesgo de inversión.

Por medio de legislación proveniente del norte, la sustentabilidad golpea la puerta. Ya no es necesario demostrar el beneficio de la sustentabilidad, la imposición indirecta del entramado jurídico habla por sí misma. Esta ola de transversalidad se hará cumplir por todos y para todos; y en todos los sectores. La sustentabilidad atraviesa a todas las industrias y servicios.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿la legislación local será lo que logre respetar el ambiente? Algunas corrientes opinan que es hasta gran parte del problema. Sin embargo, una vez más la historia demuestra que grandes cambios sociales se han materializado como respuesta a reformas legislativas. Quizás este sea el comienzo de la evolución de la sustentabilidad, pudiendo pasar de ser un mero beneficio de marketing a un requisito operativo comercial.

Los tiempos están dados, el “Uruguay Natural” confluye de manera sostenible y sustentable con el “Uruguay Productivo”. Por cierto, el último requiere del primero para desarrollarse.

## Referencias bibliográficas

- Busch, A. (2021). Erneuerbare Energie. Während Bolsonaro den Regenwald roden lässt – In Brasilien boomen die erneuerbaren Energien. *Revista Handelsblatt*. <https://www.handelsblatt.com/politik/international/erneuerbare-energie-waehrend-bolsonaro-den-regenwald-roden-laesst-in-brasilien-boomen-die-erneuerbaren-energien/27752200.html>
- Casaux, G. (2011). *Marco Regulatorio de las Energías Renovables en el Uruguay*. Ed. Comisión Sectorial de Educación Permanente. Montevideo. FCU.
- Casaux, G. (2014). Derecho Ambiental - Delitos Ambientales. Ilicitud y Aspectos sancionatorios “La Regulación de los Delitos Ambientales en el derecho contemporáneo, un desafío más de la Sociedad del Riesgo”. *Revista De La Facultad De Derecho* (26), pp. 23-34.
- Cousillas, M. (2016). *Riesgos medioambientales en Uruguay panorama actual y futuro*. XV Jornadas de Derecho de Seguros. Disponible en: [http://www.aidauruguay.org.uy/15-jrns/Dr\\_MarceloCousillas.pdf](http://www.aidauruguay.org.uy/15-jrns/Dr_MarceloCousillas.pdf)
- CPA Ferrere. (2021). *Financiamientos Sostenibles. Cuando el retorno exigido supera lo financiero*. <https://www.cpaFerrere.com/es/novedades/financiamientos-sostenibles-cuando-el-retorno-exig/>
- Diez de Velasco, M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid. Editorial: Tecnos.
- El País. (2021). *El banco que impulsa la transformación verde en el país*. <https://www.elpais.com.uy/negocios/noticias/banco-impulsa-transformacion-verde-pais.html>.
- El País. (2019). *La “oportunidad” para Uruguay en inversiones de impacto y que planea el gobierno*. <https://www.elpais.com.uy/negocios/noticias/inversiones-impacto-oportunidad-uruguay.html#:~:text=De%20acuerdo%20con%20el%20informe,un%2045%25%20a%20mercados%20emergentes>. Recuperado en diciembre 2021
- El País. (2022). *Carne con sello verde: ¿cómo es el producto que no afecta el ambiente y podría cambiar la ganadería?* <https://www.elpais.com.uy/que-pasa/carne-sello-verde-producto-afecta-ambiente-cambiar-ganaderia.html>
- En Perspectiva. (23 diciembre 2021). *Proyectos sustentables y finanzas verdes: Uruguay es un gran país para mirar e invertir a largo plazo*. <https://enperspectiva.uy/home/proyectos-sustentables-y-finanzas-verdes-uruguay-es-un-gran-pais-para-mirar-e-invertir-a-largo-plazo-sostuvo-jaime-miller-capital-oriental/>
- EPA. (2021). *Emisiones de Dióxido de Carbono*. Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos. <https://espanol.epa.gov/la-energia-y-el-medioambiente/emisiones-de-dioxido-de-carbono>
- Infonegocios. (2021). *Uruguay y su nectar de carbono neutral (es el primero de la región)*. [https://infonegocios.biz/enfoque/uruguay-y-su-nectar-de-carbono-neutral-es-el-primero-de-region?utm\\_source=Campa%3%b1as+Doppler&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Diciembre+2021](https://infonegocios.biz/enfoque/uruguay-y-su-nectar-de-carbono-neutral-es-el-primero-de-region?utm_source=Campa%3%b1as+Doppler&utm_medium=email&utm_campaign=Diciembre+2021)

- La Mañana. (2022). *Nuestro rol es aportar indicadores que respalden a Uruguay como productor de alimentos sostenibles*. <https://www.xn--lamaana-7za.uy/politica/nuestro-rol-es-aportar-indicadores-que-respalden-a-uruguay-como-productor-de-alimentos-sostenibles/>
- Langón, M. y Montano. (2019). *Código Penal Uruguayo y Leyes Complementarias y Comentarios*. Montevideo. Editorial Universidad de Montevideo.
- Le Monde Diplomatique. (2008). *“Invertir la perspectiva” en el Atlas del Medioambiente: amenazas y soluciones*. Capital Intelectual, Buenos Aires.
- URUGUAY XXI. (2022) *Informe Anual de Comercio Exterior de Uruguay – 2021*. <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/informes-de-comercio-exterior/>
- Montano, P. (2008). *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*. Universidad de Montevideo. Uruguay.
- Montano, P. (2012). *Derecho Penal y Medio Ambiente*, Montevideo, UdelaR.
- Montano, P. (2018). *Tendencias en Derecho Ambiental*. Notas de clase, Universidad de Montevideo.
- Nan, F. (2012). *Cambio Climático en América Latina: régimen internacional, perspectiva y respuesta*. Tesina para la obtención de título de Posgrado en Estudios Internacionales. UdelaR.
- Nan, F. (2013). *Desarrollo Humano Integral*. CELADIC-Centro Latinoamericano para el Desarrollo, la Integración y Cooperación y CLAEH. N°11- Cap. *Retos Acuciantes y el Modelo de Desarrollo Humano Integral ¿El segundo podrá dar respuesta al primero?: [http://www.celadic.org/documentos/rpc/RPC\\_No11.pdf](http://www.celadic.org/documentos/rpc/RPC_No11.pdf)*
- Nan, F. (2012). *Mercado Voluntario de Carbono: ¿Oportunidad para el desarrollo de RSC? Trabajo para la obtención de titulación de Máster en Responsabilidad Social Empresarial*. España , Universidad Politécnica de Valencia.
- Nan, F. (2010). *La RSE en la agenda de los principales actores del sistema de Relaciones Internacionales*. Tesis para la obtención de título Lic. Negocios Internacionales. UCU.
- Revista VERDE. (2022). *Agricultura: Di Giovannantonio: “Inocuidad, trazabilidad y sustentabilidad son las cosas que nos van a diferenciar”*. <https://revistaverde.com.uy/agricultura/inocuidad-trazabilidad-y-sustentabilidad-son-las-cosas-que-nos-van-a-diferenciar/>
- UNEP (2019) *Se registra gran aumento de leyes ambientales en los últimos 40 años, pero hace falta mejorar su aplicación*. ONU. <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/se-registra-gran-aumento-de-leyes-ambientales-en-los>
- Schiavi, P. (2018). *Apuntes de clases de Metodología de la Investigación I y II*. Maestría de Derecho, Universidad de Montevideo, Uruguay.
- Van Carnpenhoudt, Q. (2005). *Manual de Investigación en Ciencias Sociales*. México D.F. , Editorial LIMUSA.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

SANTIAGO SAINT-UPÉRY

Breve análisis de la rescisión unilateral en los contratos de distribución



Santiago SAINT-UPÉRY DÍAZ

Universidad de la República (Uruguay)

santiagostupery@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0000-0003-1411-7894>

Recibido: 05/04/2023 - Aceptado: 02/05/2023

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**

Saint-Upéry Díaz, Santiago (2023). Breve análisis de la rescisión unilateral en los contratos de distribución.

*Revista de Derecho*, 22(43), 219-234. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.10>

## Breve análisis de la rescisión unilateral en los contratos de distribución

219

**Resumen:** El presente trabajo busca estudiar los criterios y la metodología utilizada por la doctrina y jurisprudencia nacional uruguaya a la hora de evaluar la abusividad en el ejercicio del recesso unilateral de los contratos de distribución. En base a esto, se analizarán los fundamentos de la rescisión unilateral, las justas causas de rescisión y el *standard* de la buena fe.

**Palabras clave:** Contratos de distribución, recesso unilateral, justa causa, buena fe, abusividad.

## Brief analysis of unilateral termination in distribution contracts

**Abstract:** This paper seeks to study the criteria and methodology used by Uruguayan national doctrine and jurisprudence when analyzing abusiveness in the exercise of unilateral termination of distribution contracts. Based on this, the foundations of unilateral termination, the just causes of termination and the standard of good faith will be analyzed.

**Keywords:** Distribution contracts, Unilateral termination, Just cause, Good faith, Abusiveness.

220

## Breve análise da rescisão unilateral nos contratos de distribuição

**Resumo:** Este documento tem como objetivo estudar os critérios e metodologia utilizados pela doutrina e jurisprudência nacional uruguaia ao avaliar o abuso do exercício de rescisão unilateral de contratos de distribuição. Nesta base, serão analisados os fundamentos da rescisão unilateral, as causas justas da rescisão e o padrão de boa fé.

**Palavras-chave:** contratos de distribuição, Rescisão unilateral, Causa justa, Boa fé, Abuso.

## 1. Relevancia del tema

En el mundo empresarial moderno, la distribución de bienes y servicios es una piedra angular en toda estrategia empresarial. De nada sirve tener el mejor producto o servicio del mercado si no se cuenta con una estrategia adecuada para hacerlo llegar al consumidor final.

Si bien la distribución puede ser realizada por el propio productor a través de distintas estrategias comerciales, se observa en la práctica la celebración de contratos por los cuales los productores delegan en terceros la distribución de los más diversos productos. El productor contrata con un tercero, y este actúa como nexo con el consumidor final.

Así ha definido al contrato de distribución comercial Zavala Rodríguez, como “una forma de actuación de la empresa” (citado por Merlinski, 1992, p. 18) que utiliza a otras empresas independientes como distribuidores para obtener una penetración masiva de sus productos en el mercado. La función de estos contratos no es otro que facilitar el desplazamiento o la circulación de bienes y servicios, desde su producción hasta que llega a manos del consumidor (Rodríguez, 1978). En otras palabras, este contrato es utilizado por los fabricantes como una herramienta para hacer llegar su producto al consumidor.

Dentro de la denominación genérica de contrato de distribución encontramos el contrato de distribución en sentido estricto, así como derivaciones de este, como: el contrato de agencia, el contrato de concesión, o el de *franchising*. Sin perjuicio de las similitudes entre todos estos tipos contractuales, y en la posible aplicación de lo aquí desarrollado a estos contratos, este trabajo se enfoca en los supuestos del contrato de distribución en sentido estricto.

Cuando hablamos de contrato de distribución, nos referimos a un contrato por el cual una parte (distribuidor) acuerda adquirir bienes o servicios de otra (principal, fabricante), para su posterior reventa (Bergstein, 2010). Estas partes son empresas jurídicamente independientes, autónomas entre sí. El principal produce los bienes y servicios, el distribuidor se ocupa de comercializarlos, asumiendo los riesgos propios de su actividad.

Atento a la importancia que este contrato tiene en la vida económica, el tema de los supuestos legítimos de su receso es fundamental. Es pertinente para la seguridad jurídica y el clima de negocios el hecho de poder planificar una estrategia empresarial sin tener pendiente sobre la cabeza la posibilidad inminente de que la otra parte, arbitrariamente, decida rescindir una relación contractual.

La determinación del *standard* a seguir para considerar la opción de rescindir una relación contractual vigente – reclamando quien corresponda los daños y perjuicios pertinentes – es un tema que de antaño ha preocupado a las autoridades legales. Un criterio demasiado “bajo”, accesible, consituye en los ojos de las autoridades una amenaza a la seguridad jurídica y al orden comercial (Brooks y Stemitzer, 2011).

El contrato de distribución es un contrato atípico, que encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de los individuos que, por su propia iniciativa privada, buscan celebrar contratos que les beneficien en su esfera privada, sin que se amolden necesariamente a los contratos nominados, típicos. No encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una regulación especial para este tipo de contrato, más allá de

un Decreto-Ley (Nº 14.625) que regula los aspectos tributarios y de seguridad social de este tipo contractual.

El sistema normativo permite que los agentes de mercado, en este caso productores y distribuidores, moldeen la economía a través de la celebración de esquemas contractuales sin regulación específica.

Sobre este punto, Gamarra (2003) expresa, en opinión que se comparte plenamente:

es imposible que la ley pueda prever y regular por anticipado todas las figuras contractuales, ya que el derecho escrito permanece petrificado, a partir de su creación, y en cambio, las necesidades de la vida económica y social se renuevan y alteran incesantemente (p. 296).

El tráfico comercial exige necesariamente la creación de nuevas figuras contractuales. Señala Etcheverry (1988) que, aparecida una necesidad económica, “surge como respuesta la creación de un contrato, con o sin elementos de los conocidos o típicos, que permita cubrir el imperioso reclamo de realidad” (p. 105).

Que estemos ante un contrato atípico, no quiere decir que no tenga un conjunto de caracteres que lo distinguan de otros tipos contractuales. Expresaba en este sentido Rodríguez (1998, p. 65) que “el que sea innominado o atípico no significa que no tenga un conjunto de caracteres que lo distinguen. Se les llama atípicos porque no tienen tipicidad legislativa, sólo tienen tipicidad social”.

Como contrato atípico, no tiene un régimen jurídico especial previsto. En primer lugar, hay que estar a lo dispuesto por las partes en uso de su autonomía privada, dentro de los límites fijados por el orden público y a las buenas costumbres, y por los principios generales aplicables a todos los contratos y obligaciones que se encuentran previstos en el CC (Código Civil) y el CCom (Código de Comercio).

Merlinksi (2012, p. 541) señala que el contrato de distribución, particularmente, se rige por los usos y costumbres que son pacíficamente aceptados y seguidos en la plaza uruguaya.

Siguiendo con los rasgos característicos de este contrato, por la naturaleza misma de las relaciones que se entablan, estamos frente a un contrato de duración, de cumplimiento continuado. No puede proyectarse como un contrato de cumplimiento instantáneo porque la extensión de la prestación a lo largo del tiempo es la esencia misma de la obligación. Como veremos, esta distinción será clave para determinar la regulación del CC respecto a la finalización anticipada del contrato.

Asimismo, otra nota característica determinante en las causales de rescisión de estos contratos es su naturaleza *intuitu personae*. Como mencionáramos, estos contratos se enmarcan normalmente en una estrategia empresarial determinada. Los mismos no son celebrados indiscriminadamente, sino que se celebran teniendo en cuenta las cualidades especiales que tiene la otra parte. Siguiendo a Bergstein (2010) entendemos que, en particular, la confianza en la contraparte es un factor decisivo a la hora de celebrar un contrato de distribución.

Finalmente, entre tantos otros rasgos que se podrían desarrollar, parece imponerse como rasgo característico la cooperación empresarial. Tanto distribuido como distribuidor tienen un interés común: vender lo mejor posible el o los productos en común, conquistar la mayor cuota de mercado posible (Merlinski, 2012). La existencia de ciertas directivas impuestas por el principal no merma este carácter.

La fijación de algunos precios, la supervisión de ventas, el deber de información hacia el principal, entre otros, no implica subordinación técnica o económica, son mecanismos de cooperación (Ferrer, 1989).

La cooperación es importante en estos contratos. El distribuidor no puede actuar según su sola voluntad, debe tener en mente el interés del otro, así como las directivas que pudo haber impuesto el principal.

A partir de esta somera definición del contrato en estudio, podemos pasar a estudiar los supuestos de su terminación. Esquemáticamente, la finalización del contrato se puede dar por (i) vencimiento del plazo pactado; (ii) mutuo acuerdo; o (iii) receso unilateral.

Los primeros dos puntos (“i” y “ii”) no arrojan mayores polémicas. La mayoría de las disputas suscitadas en la práctica surgen de los supuestos comprendidos en el punto (iii). Es sobre esta base que pasaremos a estudiar los casos de rescisión.

La determinación de cuándo estamos frente a un supuesto de rescisión abusiva no es un tema meramente académico, sino que ostenta gran relevancia práctica. Siguiendo a una importante corriente de la filosofía del derecho, podría sostenerse que el trabajo del jurista es la predicción, la predicción de la incidencia de la fuerza pública, a través de los tribunales (Holmes, 1975). Con este trabajo, intentaremos acercarnos a una predicción, en el campo de estudio.

Es importante entender los supuestos que habilitan a la parte que padece la rescisión a reclamar por los daños padecidos ya que, por la importancia de este contrato en la vida comercial del país, muchas veces este resarcimiento es determinante para la supervivencia del comerciante rescindido.

Asimismo, la parte interesada en rescindir la relación comercial debe tener certidumbre sobre los riesgos a la hora de tomar decisiones naturales del comercio. Por ejemplo, si un principal quiere sustituir un distribuidor con el que está insatisfecho, o simplemente reestructurar su modelo de negocios, debe certeza de que situaciones le habilitan al receso.

Señalaban Cerisola y Hernández (1998) que “en el difícil equilibrio entre estos dos intereses (ambos fundamentales y legítimos) se asienta la doctrina de la rescisión abusiva” (p. 709).

## 2. Fundamentos de la rescisión unilateral

El desistimiento unilateral del contrato es un acto de ejercicio de un poder jurídico. En las claras palabras de Carnelli (2000), “es el ejercicio del derecho de receso, atribuido a uno o a ambos sujetos de la relación para que mediante su iniciativa y por su sola voluntad, extrajudicialmente, determinen la cesación del vínculo” (p. 233).

Obviamente, atento a que los contratos legalmente celebrados son ley entre las partes (art. 1291 CC) y que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno sólo de los contrayentes (art. 1294 CC), el ejercicio del desistimiento unilateral no es irrestricto, ilimitado.

Nadie puede desatarse, por su voluntad unilateral, de un contrato. Una persona no puede entrar en un contrato y luego salir según su propio antojo (Caffera, 2018). Entonces debemos delimitar el ejercicio del derecho de receso. Como explica Carnelli (2000), se entiende que el desistimiento unilateral podrá ser ejercido si así lo dispone: (i) el propio contrato; (ii) la ley; o (iii) un principio general de derecho. Es decir, no es una potestad ajena a todo, autónoma, que una parte se auto asigna para extinguir la relación jurídica.

En este trabajo dejaremos de lado las polémicas en torno al desistimiento de origen convencional, y nos centraremos en el desistimiento unilateral de los contratos de duración, una potestad que surgiría de un principio general del derecho. En estos contratos, si no hay un plazo fijado, la facultad de rescindir unilateralmente se entiende otorgada a cualquier parte del contrato, por un principio general del derecho: el principio de temporalidad.

En su artículo 1836, el CC establece que “nadie puede obligar sus servicios personales sino temporalmente o para obra determinada”. Se consagra expresamente que nadie puede obligarse perpetuamente. Como todo contrato de cumplimiento continuado, el contrato de distribución tiene vocación de perpetuidad en caso de que no exista un plazo determinado. Como remedio, parecería lógico que se le otorgase a cualquiera de las partes el derecho de rescindir unilateralmente el contrato.

Este principio de temporalidad, señala Caffera (2018), parecería ser resultado de una reacción moderna contra el vasallaje y la esclavitud, todavía muy presentes en la memoria colectiva al tiempo de sanción del CC. Hoy día, parecería favorecer los intereses comerciales, rechazando vínculos perpetuos que obstaculizarían la constante reestructuración de los factores productivos en una economía de mercado, permitiendo que los individuos puedan liberarse de “ataduras perpetuas” y los bienes no queden condicionados inexorablemente a un destino “eterno”. La consagración de este principio de temporalidad es una opción política que favorece la circulación de la capacidad empresarial, del capital y el trabajo.

Apunta Carnelli (2000) que la facultad de desistimiento unilateral en los contratos de duración sin plazo determinado es otorgada dado que el ordenamiento considera prevalente la protección de la libertad jurídica de las partes, impidiendo que permanezcan de por vida vinculadas por el contrato, por sobre otros principios, que sacrifica la ley.

Puesto que consideramos al contrato de distribución como contrato de cumplimiento continuado, en caso de estar frente a un contrato con plazo indeterminado, la rescisión unilateral del mismo encontraría su fundamento en el principio de temporalidad de los vínculos obligacionales.

La aceptación de esta facultad rescisoria en los contratos de distribución de plazo indeterminado no parecería suscitar polémicas en la doctrina y jurisprudencia. Como indica Bergstein (2010), el desistimiento unilateral en este tipo de contratos constituye una regla masivamente aceptada en el Derecho occidental, siempre que medie un preaviso razonable y se actúe de acuerdo con un standard de buena fe.

En esa línea, la Suprema Corte de Justicia en la multicitada Sentencia 21/89, expresó que “quien ejercita una facultad contractual, como lo es rescindir unilateralmente el contrato y lo hace sin exceso, usa de un derecho, y por tanto, esa actuación no importa incumplimiento que amerite condena a indemnización de perjuicios”. En otras palabras, se puede ejercitar el recesso unilateral, pero nunca mediando abuso de este derecho.

Para determinar si en una situación dada existió abuso de derecho, entendemos se debe seguir una metodología a dos pasos. En primer lugar, determinar si existió o no justa causa de rescisión, ya que de existir justa causa la posibilidad de abuso queda en principio excluida.

En su defecto, ante ausencia de justa causa, debemos pasar a analizar el segundo paso del “test”: el tamiz de la buena fe. Analizaremos la forma en como la rescisión fue ejercitada, el preaviso razonable, si existió defraudación de expectativas, entre otros elementos (Cerisola y Hernández, 1998).

Siguiendo el test jurisprudencial de dos pasos, seguido cabalmente por nuestros Tribunales (Marchisio, 2018), desarrollaremos este trabajo analizando las justas causas de rescisión, para luego pasar a evaluar la buena fe en la rescisión.

### 3. El “test jurisprudencial de dos pasos”

Como adelantáramos, el test consiste, básicamente, en analizar en el primer paso la existencia de justas causas de extinción. En caso de que exista una justa causa, queda excluida la ilicitud, y sin ilicitud en el desistimiento no hay abuso ni daño resarcible.

En ausencia una justa causa de extinción, debemos pasar al segundo paso del test: el tamiz de la buena fe. En los mismos términos se expresa Bergstein (2010).

La importancia de este test, explicado en profundidad por Cerisola y Hernández (1998), radica en su aplicación sistemática en nuestros tribunales. Si bien la interpretación sobre la existencia de justa causa y la buena fe varía de caso a caso, la solución al problema de la rescisión unilateral por parte de nuestros magistrados ha sido la de aplicar el test referido.

En su multicitado artículo, Cerisola y Hernández analizan la Sentencia N° 14/98 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 9° Turno, que analiza el caso de un distribuidor que distribuía en el territorio uruguayo – en régimen de no exclusividad – ampollas de semen bovino destinado a la inseminación artificial y bio-statos (envases para la conservación del semen) de un principal extranjero. Esta sentencia no es la primera aplicación del test, sino que es un ejemplo claro del mismo y contiene una excelente explicación de la metodología a seguir redactada por la Magistrada Maggi.

Como acertadamente a mi criterio señalaron Cerisola y Hernández originalmente, la sentencia analizada marcaría un antes y un después en la jurisprudencia, constituyéndose como base de la jurisprudencia futura en la materia.

La relevancia del test radica, más allá de lo doctrinal, en la aplicación práctica del mismo. Si bien no es la única manera de analizar los casos de rescisión intempestiva, su

extendida aplicación jurisprudencial convierte este test en un parámetro para tener en cuenta a la hora de tomar decisiones de negocios en la materia.

### 3.1. Las justas causas de rescisión

La existencia de una justa causa de rescisión es lo primero que debemos observar al enfrentarnos a una rescisión unilateral de contrato de distribución. En los casos donde existe justa causa, el contrato de distribución puede ser rescindido inmediatamente, tanto en el campo de aquellos contratos de plazo determinado como indeterminado.

Bergstein (2010) sostiene que el instituto de la justa causa se proyecta en los contratos de distribución – tanto de plazo determinado como indeterminado – como una justificación que permite la rescisión inmediata del contrato por cualquiera de las partes.

Las justas causas son hechos o circunstancias, que pueden – o no – estar directamente vinculadas al contrato de distribución, y que por su naturaleza tornan imposible que la relación continúe. De tan magnitud son estos hechos, que se justifica la rescisión inmediata, sin continuar ni siquiera por el plazo de un preaviso.

Debemos distinguir la justa causa del incumplimiento contractual. Se puede configurar justa causa de extinción, aun cuando ambas partes se encuentren al día con el cumplimiento de sus obligaciones. Esta distinción es importante, ya que para que opere la resolución por incumplimiento (artículo 1431 inciso 2º del CC) se requiere la intervención judicial. Las partes continuarán obligadas a lo estipulado en el contrato en tanto un Juez no dicte sentencia declarando la disolución del contrato. Cuando existe justa causa, en cambio, la resolución operará inmediatamente sin necesidad de intervención judicial, estando resuelto el contrato desde que la denuncia llegue a la parte rescindida. Se deberá acudir a la vía judicial para el reclamo de daños y perjuicios, de existir una pretensión de esa naturaleza (Bergstein, 2010).

A diferencia de otras legislaciones, nuestro ordenamiento no cuenta con una enumeración o definición precisa de las justas causas de extinción. La enumeración de las justas causas es un tema de álgidos debates. Entendemos que para determinar las mismas, debemos atender caso a caso las circunstancias, teniendo en cuenta las características del contrato, que ya desarrollamos anteriormente.

Recordemos que estamos frente a un contrato de duración, que se basa en la confianza y colaboración. Las cualidades especiales que tiene la otra parte son determinantes a la hora de celebrar el contrato. Bergstein (2010) apunta a que cualquier circunstancia que afecte esta confianza, esta característica *intuitu personae*, constituye justa causa de extinción.

En ese sentido, teniendo en mente el *intuitu* del contrato, siguiendo al autor debemos entender como justa causa de extinción la muerte o incapacidad de una de las partes (si son personas físicas), los cambios significativos en la titularidad o en la administración de las empresas partes, la fusión o escisión de la sociedad de cualquiera de ellas, la cesión total o parcial del contrato, la transformación social, el cambio de domicilio o la reducción del capital social, la venta de la casa de comercio o el cambio de giro de la misma, la intervención judicial, cesación de pagos o cese de actividades o negocios.

Del mismo modo, estamos frente a un contrato que emana de la autonomía privada. La voluntad de las partes es soberana, y estas pueden con total libertad establecer hechos y circunstancias que se consideraran justa causa de extinción.

Volviendo a la línea argumental de la confianza entre las partes, esta no tiene por qué ser deteriorada por un incumplimiento aislado. La reiteración o repetición de incumplimientos que, en esa reiteración, desemboque en una pérdida de confianza, será una justa causa de extinción. De allí la importancia del contexto en donde se enmarca el contrato de distribución: la relación comercial. La pérdida de confianza de una parte hacia la otra no debe ser considerada en un hecho aislado, sino que se debe observar la evolución de la relación y el contexto de esta (Bergstein, 2010), no analizando hechos aislados sino el conjunto de todos estos elementos.

Las prácticas tendientes al descrédito comercial de la otra parte son justa causa de extinción, por deteriorar la confianza entre las partes. De más está mencionar que el procesamiento o condena criminal de una parte habilita a la otra a rescindir el contrato, al igual que los perjuicios a la reputación de la empresa en juego.

En lo que respecta al volumen de compras o ventas del distribuidor, el tema es más discutido.

Volviendo sobre lo explicado, en primer lugar, consideramos que se debe atender a lo establecido en el contrato. Como expone Merlinski (1992, p. 26), es frecuente que se establezcan en este tipo de contratos cláusulas de mínimo de ventas, que establecen una obligación al distribuidor de alcanzar una cifra mínima de ventas, so-pena de habilitar el receso unilateral por parte del distribuidor. Estas cláusulas estipuladas en uso de la autonomía privada deben entenderse como válidas, siempre y cuando no se encuentren contra el orden público o la buena fe.

Debemos diferenciar esta validez de la cláusula que estipula mínimos de venta o compra, del ejercicio legítimo del receso unilateral que se le habilita al principal. Señala Bergstein (2010) que cuando este ejercicio se encuentra reñido con la buena fe, cuando falta al espíritu del contrato, no debe considerarse legítimo. Si bien no se cuestiona la libertad de las partes en pactar cláusulas de este estilo – fruto de la autonomía privada – se realizan puntualizaciones en cuanto a su ejercicio.

En caso de que no haya una cláusula estipulando estos mínimos de venta o compra, entendemos que no debe entenderse subyacente una obligación de estas características. Si bien el objetivo detrás del contrato de distribución es la colocación del producto o servicio en el mercado, y se entiende que esto es imposible si el distribuidor no realiza ninguna venta, sostenemos que de haber deseado las partes establecer mínimos, deberían haberlo pactado expresamente. De más está decir que si el distribuidor no realiza ninguna venta por un período medianamente prolongado, estamos frente a un incumplimiento grave del contrato, y la negligencia del distribuidor verificaría causal de justa extinción.

Otra importante justa causa de rescisión es la violación de la exclusividad. Es común, en estos contratos, que se pacte una cláusula de exclusividad. La exclusividad supone una obligación de no hacer, consistente en no realizar con un tercero un contrato semejante al pactado con exclusividad (Barreiro, 2012). Por ejemplo, la exclusividad a favor del principal significa la prohibición para el distribuidor de adquirir las mercancías objeto del contrato a un productor distinto de aquel estipulado.

Esto de ninguna manera afecta la libertad de comercio de las partes, y las cláusulas de este tipo son totalmente válidas. Lo que tipifica al comerciante es el ejercicio de una actividad comercial por cuenta propia y haciendo de ello su profesión habitual, no viéndose afectada esta naturaleza por limitaciones que pueda imponerse contractualmente en el uso de su autonomía privada (Rodríguez, 1978).

La importancia de la exclusividad en estos contratos radica en que la obligación de “no competencia” habilita la celebración de determinados negocios y al balance de ciertos intereses entre los contratantes (Lapique, 2016). La vulneración de esta obligación de no hacer por parte de uno de los contratantes configura con total claridad una justa causa de extinción para el afectado.

En la misma línea, y no taxativamente, configuran justa causa de extinción a favor del principal el atraso continuo en los pagos por parte del distribuidor, la falta de acatamiento a las pautas sobre los usos de marca y nombre comercial, la falsedad de los informes enviados sobre las situaciones de ventas o del mercado, así como la violación de la confidencialidad por el distribuidor.

Está claro que el distribuidor puede también rescindir el contrato unilateralmente de manera inmediata en caso de mediar una justa causa a su favor. Además de las mencionadas anteriormente que le aplican también al principal (como por ejemplo la violación de la exclusividad en caso de haberse pactado), se suelen señalar como hipótesis de justa causa de extinción las demoras reiteradas en la entrega de los productos por parte del principal, la expedición de productos de mala calidad, el reiterado rechazo infundado de pedidos, y la reducción del territorio asignado. Siguiendo el planteo de Bergstein (2010), sólo serán justa causa de extinción cuando las modificaciones unilaterales de la línea de productos a comercializar no obedezcan a razones vinculadas a planes de fabricación del principal, o de desarrollo tecnológico o empresarial.

En la lógica del test jurisprudencial de dos pasos, quien desee ampararse en la defensa primaria de que rescindió el contrato unilateralmente con una justa causa, deberá aportarle al tribunal los elementos para acreditar su existencia (Cerisola y Hernández, 1998).

En caso de que el examen del Tribunal sea desfavorable para quien alegó justa causa, debemos pasar al siguiente paso del test.

### 3.2. El tamiz de la buena fe

Estamos ahora frente al segundo paso del test. El estudio por parte del Tribunal de este segundo paso, parte de la base de que el demandado no probó la existencia de justa causa para su decisión de rescindir.

Caffera (2014, p. 51) llama a estos casos como receso *ad nutum* de los contratos de distribución “químicamente puros”. Casos donde se ejercita pura y simplemente el derecho de rescindir unilateralmente, sin que ningún acto ilícito de la otra parte lo motivara. Lo único en juego es el ejercicio del derecho de receso.

En contratos, la buena fe ha sido desde siempre uno de los principios fundamentales. Se habla de buena fe en su aspecto activo al referirse al cumplimiento honesto de lo acordado, al proceder lealmente en la relación jurídica.

La rescisión unilateral puede considerarse ejercida de mala fe, y por tanto considerarse recesso abusivo, cuando se actúe según este *standard* de lealtad en el proceder.

El *standard* de la buena fe en el campo de los contratos de distribución debe entenderse en una serie de requerimientos, a saber: el otorgamiento del preaviso razonable, la necesidad de una previa ejecución de contrato durante un período razonablemente compatible con las inversiones realizadas, el ejercicio del desistimiento en tiempo oportuno, y la ausencia de otros factores que pudieran tipificar sorpresa en el rescindido (Bergstein, 2012).

El ejemplo más frecuente es, sin duda, si la parte que rescinde no otorga un preaviso razonable a su co-contratante. Antes de continuar, debemos recalcar que el preaviso no es el único supuesto de rescisión abusiva, sino que, como veremos, es un concepto preciso, de alcance limitado. La ausencia de preaviso no configura automáticamente abuso. La importancia de este radica en que cuando se concede un preaviso por un tiempo razonablemente suficiente, “es conceptualmente muy difícil imaginar un caso viable de rescisión intempestiva o abusiva” (Cerisola y Hernández, 1998, p. 713), pero ello no hace del preaviso algo distinto a un elemento más dentro de los múltiples elementos a considerar para determinar la existencia o no de abuso en el caso de una rescisión unilateral.

El preaviso es una limitación temporal al ejercicio del recesso (Carnelli, 2000). Por preaviso, debemos entender el período entre la notificación del desistimiento y la efectiva extinción del contrato. Más gráficamente, el preaviso será el tiempo que transcurre entre que una parte notifica a la otra de su intención de rescindir el contrato, y la efectiva rescisión. Ahora bien, el *quid* de la cuestión es determinar cuando este preaviso es razonable.

Merlinski (1992) apunta a que el término razonable de preaviso es el que resulta de los usos y costumbres del ramo de actividad de que se trate. Por su parte Caffera (2014) nos dice que “el tiempo de preaviso no es otra cosa que el necesario para que se ejerza exitosamente (por parte de una persona diligente) la mitigación de los daños” (p. 55). Bergstein (2010), atendiendo justamente a que el preaviso busca permitir a las partes la reorganización empresarial, entiende razonable que el tiempo otorgado asegure a quien sufre la rescisión un período de transición que le permita recomodar su empresa.

Siguiendo estos criterios, si el fabricante XX quiere rescindir un contrato de distribución con el distribuidor YY, debe otorgarle a este un preaviso lo suficientemente anticipado como para que YY tome los recaudos de mitigar los daños que el recesso le causaría (lo que puede traducirse en buscar un nuevo fabricante, reorganizar los factores de la empresa, *inter alia*).

Supongamos ahora que, de actuar diligentemente, a YY le debería llevar 3 meses recomodar su empresa de manera tal que los daños de la rescisión se vean mitigados. Siendo ese el caso, XX deberá otorgar un preaviso de al menos 3 meses. En caso de no otorgar un preaviso suficiente, pacíficamente doctrina y jurisprudencia entienden que XX sería responsable de los daños que le cause a YY.

Cuando el recesso no sea ejercido otorgando un preaviso razonable, la medida de la indemnización que el recedente deberá está dada por la duración del preaviso omitido,

o por el preaviso insuficientemente otorgado (Bergstein, 2010). Ejemplifiquemos esto siguiendo la misma hipótesis del párrafo anterior – que YY necesita 3 meses para reorganizarse – y veamos que sucede si XX rescinde en el mismo momento que notifica (es decir, inmediatamente, sin preaviso) o si rescinde otorgando un preaviso, pero siendo este insuficiente (por ejemplo, otorgando un preaviso de 2 meses). En el primer caso, responderá por la totalidad de los daños, porque no se otorgó preaviso alguno. En el segundo caso, no obstante, en la medida que la responsabilidad de XX se debe medir por el preaviso insuficientemente otorgado, responderá por el tiempo que no le permitió a YY mitigar los daños (en este caso, 1 mes), no siendo responsable por los 2 meses de preaviso.

En suma, una vez determinado el plazo necesario para que el rescindido se “reconvierta”, debemos atender al preaviso otorgado. Si el plazo de preaviso es menor al plazo necesario, se considerará insuficiente y el fabricante sería responsable por los daños (Caffera, 2014).

Hay quienes han propuesto la existencia de un plazo de preaviso razonable universal, fijando este en variadas cantidades (60 días, 120 días, 180 días, un porcentaje de la duración de la relación, etc.). Esta postura, entendemos, no es aplicable. Los contratos de distribución, como contratos atípicos que son, nacen puramente de la autonomía privada y todos tienen marcadas particularidades. Esta situación, donde ningún contrato de distribución es igual a otro, torna muy difícil la aplicación de un criterio único de preaviso a aplicar a todos los casos.

230 ■ Debe atenderse a las características del caso concreto para la determinación del plazo de preaviso razonable. Sin perjuicio de los casos donde por previsión expresa en el contrato se determina un plazo de preaviso razonable, factores como la duración de la relación contractual, el tipo de producto o servicio distribuido, las características del mercado de este bien o servicio, las inversiones realizadas por las partes, las zonas de distribución, entre otros, varían de situación a situación, y deberán ser analizados en el caso *in concreto* para determinar el plazo de preaviso adecuado para el caso de estudio.

Siguiendo el mismo criterio, señala el Tribunal de Apelaciones de 7º Turno en Sentencia N°127/2013 – en ocasión de análisis de una pretensión indemnizatoria por rescisión de un contrato de distribución – que es criterio asentado en la Suprema Corte de Justicia que para caracterizar el abuso de derecho meritante de responsabilidad civil pueden convocarse diversos criterios, acumulándose incluso entre ellos, en atención a que el artículo 1321 del CC establece un principio general que deja al Juez un ámbito de libertad al no vincularlo a directivas específicas de recepción expresa. Según las circunstancias del caso, se debe analizar si hay un “exceso” en el uso del derecho a rescindir un contrato de duración sin plazo determinado.

Sobre la forma en la que debe realizarse el preaviso, entendemos que en el marco de la autonomía privada debe estarse en primer lugar a las vías de comunicación establecidas por las partes en el contrato y, subsidiariamente, a la libertad de formas. Dado que el preaviso implica una cifra de días, semanas o meses, más allá de la libertad de formas parece materialmente imposible realizar una correcta comunicación de este preaviso sin realizar el mismo de manera expresa, es decir, excluyendo el preaviso tácito por comportamientos de quien pretende rescindir.

Como adelantáramos, el alcance del criterio del preaviso razonable tiene un sentido limitado. Este se circunscribe a los supuestos de rescisión unilateral de contratos sin plazo, y su sentido está en permitirle a la empresa que soporta la rescisión reorganizarse para mitigar los daños (Bergstein, 2010).

Otra manifestación importante de la buena fe en estos contratos es la duración mínima del mismo. Obviando que este problema se puede evitar fijando un plazo determinado mínimo en el contrato, que eventualmente podrá o no renovarse automáticamente, surge la pregunta de si una parte puede rescindir un contrato sin plazo determinado que se acaba de formar (obviamente, mediando preaviso).

Como respuesta parece razonable la alcanzada por la jurisprudencia norteamericana, que tiende a entender razonable la duración del contrato cuando se le ha dado a las partes la “fair opportunity” de recuperar los gastos e inversiones efectuadas (Bergstein, 2010, p. 122). Es decir, no se ajusta al *standard* de buena fe el pretender rescindir unilateralmente un contrato cuando la contraparte no ha tenido aún oportunidad de recuperar lo invertido en el marco de este.

Respecto al momento en que se ejerce el desistimiento, se debe entender que no hay buena fe cuando el desistimiento tiene lugar en un momento inoportuno (indistintamente de que haya mediado previo aviso).

Reconociendo la dificultad que significa determinar qué momentos son inoportunos, lo lógico es que el Juez oportunamente considere al desistimiento inoportuno cuando por circunstancias propias del mercado, del producto, de la naturaleza, o por la coyuntura propia de la actividad, servicio o sector en juego, este se verifica en el momento o período en que el recedido alberga las expectativas de máxima ganancia económica. En este caso, el receso frustra fundadas y legítimas expectativas del recedido (Bergstein, 2010).

Un caso claro de ello es el receso unilateral que se ejerce en el período de tiempo inmediatamente previo al período de zafra de la rama de actividad en cuestión, que es el momento donde el recedido esperaba obtener las mayores ganancias del año.

A lo explicado debe sumársele otro abanico de circunstancias que oportunamente podrán ser tomadas en cuenta por el Juez para determinar la sorpresa del recedido. Quien a través de actos positivos genera en la otra parte de la relación contractual una expectativa de continuidad (por ejemplo, un principal que envía una comunicación felicitando por el excelente desempeño a un distribuidor, y augurando prósperos años venideros), incurrirá en responsabilidad si luego rescinde unilateralmente la relación en un corto plazo.

En la traición de la confianza justificadamente generada radica la violación del principio de buena fe. En los contratos de distribución, atento a la importancia reseñada de la confianza en estos tipos contractuales, esta noción resulta de aún mayor relieve (Bergstein, 2010).

En este segundo paso del test jurisprudencial, sobre la base del artículo 139 del CGP (Código General del Proceso), es el actor quien tiene la carga principal de probar que la rescisión unilateral operó apartándose del *standard* de buena fe, manchada por abuso (Cerisola y Hernández, 1998).

## 4. El desistimiento en los contratos con plazo determinado vigente

Una situación que puede dar pie a polémicas es la del desistimiento unilateral de un contrato de distribución con plazo determinado, cuyo plazo se encuentra aún vigente.

Se diferencian estos contratos de los estudiados hasta ahora por la existencia de un plazo determinado de vigencia del contrato, lo que hace que exista en el horizonte temporal un vencimiento pactado, y no penda sobre los contratantes la amenaza de un vínculo contractual perpetuo.

Es común que el contrato se pacte con un plazo determinado – ya sea en días, meses, o en años – sin perjuicio de la posibilidad de incluir o no de cláusulas de renovación automática. Lógicamente partimos de la base que, en el uso de su autonomía privada, las partes son libres de estipular un plazo X en el contrato, y cumplido este plazo el contrato se extinguiría. Asimismo, se pueden pactar cláusulas de renovación automática, que a su vez pueden renovar al contrato por un plazo determinado (igual o distinto a X), o renovarlo sin plazo determinado (en cuyo caso el contrato se transformaría en un contrato de plazo indeterminado y pasaría a regirse por los principios ya desarrollados *supra*).

Sobre la transformación referida, a falta de normativa específica como en otros países, entendemos que no opera esta en caso de pactarse sucesivamente una serie de renovaciones por plazos determinados. Las partes en uso de su autonomía privada son libres de pactar una concatenación de renovaciones de plazos determinados, sin que opere una transformación a contrato de plazo indeterminado. En el mismo sentido, expresa Bergstein (2010) que:

la libertad de las partes para estipular el plazo contractual, para acordar renovaciones sucesivas del contrato, o bien para no renovar el contrato [...] son principios fundamentales de nuestro Derecho, que sólo pueden ceder ante estatutos legales expresos, inexistentes en el Derecho uruguayo (p. 45).

En el marco de un contrato de distribución que se pactó por un plazo X, el principal AA puede encontrarse con intenciones de rescindir el contrato que le vincula al distribuidor BB. Para determinar si AA puede rescindir el contrato por su propia voluntad, entendemos que se debe realizar un análisis de las circunstancias concretas del caso.

En el supuesto de que se hayan pactado cláusulas resolutorias que otorgan a las partes la facultad de solicitar la rescisión del contrato aún en plazo vigente, es claro que esto fue acordado mutuamente por las partes al celebrar el contrato, y el fundamento de esta rescisión no es otro sino la autonomía privada. Entendemos que las partes son libres para acordarse mutuamente el derecho de rescindir unilateralmente el contrato de distribución, siempre y cuando se adecúe a la buena fe esperada.

En caso de que no se haya previsto expresamente en el contrato, sólo podrá rescindirse el contrato cuando exista justa causa, encontrando el fundamento de esta en lo ya explicado sobre la pérdida o deterioro de la confianza.

Mientras el plazo pactado en el contrato no venció, y si nada se pactó sobre cláusulas resolutorias, rige el principio de fuerza vinculante de los contratos. Resumidamente,

significa que la eficacia del contrato no puede desactivarse por la sola voluntad de una de las partes. La única forma de terminar unilateralmente un contrato de distribución mientras está pendiente el plazo contractual, es por una justa causa legítima, grave y fundada.

## 5. Reflexiones finales

En base a lo desarrollado en este trabajo, cabe concluir que los contratos de distribución son herramientas económicas complejas, utilizadas por las partes que contratan como un medio para aumentar las ventas de un producto o servicio, y las hipótesis de su terminación pueden arrojar a veces complicadas discusiones entre las partes involucradas.

La metodología seguida por nuestros Tribunales para analizar las situaciones de receso abusivo, si bien no está exenta de críticas, es una metodología que ha probado ser útil prácticamente, facilitándole a operadores jurídicos y agentes comerciales la solución de ciertos problemas complejos con relativa simplicidad.

Corresponde interpretar que la utilidad de este modelo se proyecta, principalmente, en esta simplicidad. El test a dos pasos permite que los agentes del mercado tengan mayores herramientas a la hora de tomar decisiones comerciales, mejorando así las opciones de estos a la hora de asignar los factores económicos de la empresa.

La existencia de una metodología seguida por los Tribunales permite conocer de antemano las posibilidades de éxito de una decisión, disminuyendo así la incertidumbre. Desde la perspectiva realista, este aumento de certidumbre ayuda a fomentar la confianza y la previsibilidad en el mercado. Esto es, claramente, algo beneficioso para el desarrollo de los negocios.

No hay dudas de que conocer de antemano la probable decisión judicial tiene un importante impacto práctico en la vida de los negocios. Este conocimiento previo es una herramienta muy valiosa, ya que las decisiones de los agentes del mercado pueden ser informadas, planeando su accionar de acuerdo con la dirección que saben que probablemente tomarán – oportunamente – los jueces.

Además, y complementariamente, este conocimiento puede ser beneficioso para reducir costos y tiempo de los procesos judiciales. No es extraño escuchar o conocer de procesos contenciosos argos y costosos, donde la incertidumbre sobre el resultado final termina por desincentivar a las partes del litigio. En ese sentido, el conocimiento de la probable decisión judicial se presenta como insumo para que las partes arriben a acuerdos extrajudiciales de manera eficiente. Esto es una ventaja no solo para el mercado, sino también para el sistema judicial todo.

Claramente, el modelo existente no es perfecto, y le caben varias observaciones, pero su extendida aplicación permite un valorable grado de certidumbre a la hora de tomar decisiones comerciales, algo valorable para el buen clima de los negocios. La certidumbre en este tema puede mostrarse como clave para la estabilidad y el desarrollo económico de este esquema negocial.

## Referencias bibliográficas

- Barreiro, R. (2012). Modalidades modernas del contrato de distribución en el Derecho Argentino. *Revista de Derecho Comercial*, N°5, 89-116.
- Bergstein, J. (2010). *La Extinción del Contrato de Distribución* (2da. ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Brooks, R. y Stremitzer, A. (2011). Remedies On and Off Contract. *The Yale Law Journal*, N° 120, 690-727.
- Caffera, G. (2014). Principios Desbocados: el abuso de derecho y el preaviso en los contratos de distribución. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año II, Tomo II*, 51-58.
- Caffera, G. (2018). *Obligaciones*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Carnelli, S. (2000). El desistimiento unilateral del contrato. En Gamarra, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIV* (3ra. ed.) (pp. 233-255). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cerisola, A. y Hernández, M. (1998). El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Vol. XXVIII*, 708-717.
- Ferrer, A. (1989). Algunos aspectos del contrato de concesión comercial. *Anuario de Derecho Comercial*, N°4, 311-319.
- Gamarra, J. (2003). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T IX* (4ta ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Holmes, O.W. (1975). *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lapique, L. (2016). La obligación de “no competencia”. *La Justicia Uruguaya, Tomo 154*, 39-49.
- Marchisio, G. (2018). Contrato de distribución. Análisis de su terminación desde la jurisprudencia. *Revista de Derecho Comercial, Año 3, n.11*, 221-231.
- Merlinski, R. (1992). *Modernas Formas de Distribución Comercial*. Montevideo: Editorial Universidad LTDA.
- Merlinski, R. (2012). Sobre el receso unilateral en el contrato de distribución comercial. *Anuario de Derecho Comercial, N°14*, 537-540.
- Rodríguez, N. (1978). *Contratos de Distribución*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez, N. (1998). *Obligaciones y contratos comerciales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sentencia J.L. en lo Civil, No. 14/98. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVIII*.
- Sentencia S.C.J. No. 94/89. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XX*.
- Sentencia T.A.C. No. 127/013. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año II, Tomo II*.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

**MATÍAS PÉREZ DEL CASTILLO**

Estudios sobre el derecho de la huelga. Homenaje a Santiago Pérez del Castillo.  
Coordinadores Álvaro Rodríguez Azcúe y Matías Pérez del Castillo.



Álvaro Rodríguez Azcúe y Matías Pérez del Castillo (Coord.).  
*Estudios sobre el derecho de la huelga. Homenaje a Santiago  
Pérez del Castillo.* Montevideo, FCU, 2023, 435 pp.

Recibido: 20/05/2023 - Aceptado: 10/06/2023

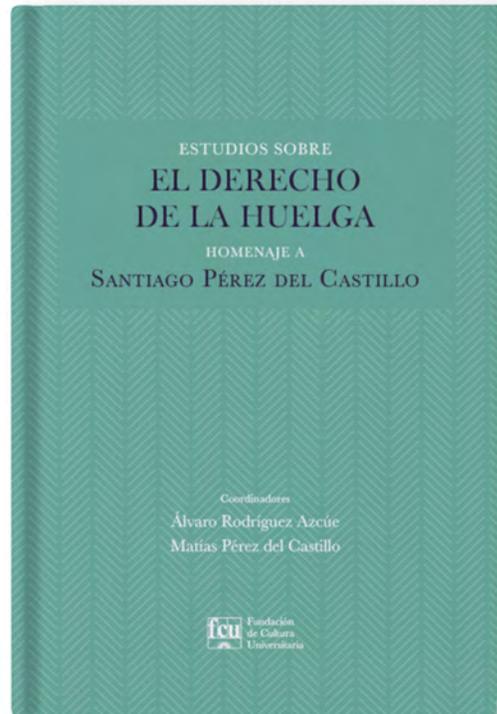
*Estudios sobre el Derecho de la Huelga*, incluye una serie de trabajos elaborados por amigos, colegas y discípulos de Santiago Pérez del Castillo, referente en Uruguay del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en reconocimiento y homenaje por su muy destacada trayectoria académica.

El título y contenido del libro se inspira en una de las más destacadas obras de Santiago Pérez del Castillo: *“El Derecho de la Huelga”*, editado por la Fundación de Cultura Universitaria en 1993, publicado también en portugués: *“Direito da greve”*, por la editora LTR de Sao Paulo en 1994.

En este libro de homenaje a Pérez del Castillo se mantuvo la misma estructura de *“El Derecho de la Huelga”* con algunas pequeñas variantes, con el propósito de contrastar los aportes de Pérez del Castillo con la dinámica de tres décadas de praxis jurídica laboralista e innovaciones legislativas recientes, con el objetivo de que el lector pueda calibrar la entidad e influencia de su aporte doctrinario desde las diferentes aristas del Derecho de huelga.

De acuerdo a lo anterior, el libro comienza con un conjunto de trabajos en torno al Derecho de la Huelga y su ejercicio. En el segundo capítulo se aborda la regulación del conflicto colectivo y la huelga, seguido de un apartado sobre los efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo. En el cuarto capítulo los trabajos refieren a la calificación jurídica del fenómeno de huelga y, finalmente, en la sección final se incluyen dos trabajos vinculados a las perspectivas de la huelga.

En definitiva, *Estudios sobre el Derecho de la Huelga* es una obra indirecta del homenajeado. Sus colegas y discípulos -destacados académicos y profesionales- reúnen en el libro veintidós trabajos en los que comparten con él y con sus lectores, el producto de sus respectivos estudios, investigaciones y reflexiones, con su misma generosidad y vocación de servicio.





## Reglamento editorial

La Revista de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (utilizando el sistema doble ciego) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

241

### Normas éticas y conflictos de intereses:

Revista de derecho adhiere a las normas y códigos de ética internacionales establecidos por el Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Los autores reconocen todas las fuentes de financiación utilizadas en sus trabajos e indican expresamente, si corresponde, el organismo financiador, y cualquier otro vínculo comercial, financiero o particular con personas o instituciones que pudieran tener intereses con el trabajo propuesto.

### Detección de plagio:

La identificación de plagio en el texto es causa de rechazo por parte de la Revista de Derecho. En caso de detectarse un plagio se comunica al autor el motivo del rechazo de su contribución exponiendo claramente las evidencias del plagio.

La revista emplea el servicio de detección de plagio y verificación de originalidad de Turnitin <https://www.turnitin.com/>.

## Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
  - i) Título en español, inglés y portugués.
  - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
  - iv) Abstract del trabajo en español, inglés y portugués (entre 100 y 200 palabras)
  - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en español, inglés y portugués.
- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábiga: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.
- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Normas formales de citado textual:

Las citas y referencias bibliográficas de los textos enviados a la *Revista de Derecho* se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) <https://apastyle.apa.org/> y el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> para poder iniciar el proceso de arbitraje.

Las citas textuales se harán según el sistema autor-fecha, indicando además el número de página de la fuente. Ejemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Si la cita contiene menos de 40 palabras se la encierra entre comillas dobles.

Si la cita contiene 40 palabras o más se la redacta en un párrafo en bloque con sangría 1,25 cm.

Las **citas parafraseadas** también se harán de acuerdo con el sistema autor-fecha, no se encierra la cita entre comillas y tampoco se cambia el formato del párrafo, no es necesario indicar la página de la fuente. Se debe agregar la referencia de la cita parafraseada al listado de Referencias bibliográficas.

Las referencias de las fuentes citadas se listan en un párrafo aparte con sangría francesa de 1,25 cm y se ordenan alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Referencias bibliográficas**.

Ejemplos:

#### Libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). *Título del libro*. Lugar: Editorial.

Apellidos, A. A. (año). *Título del libro* (Trad. B. B. Apellidos y C. C. Apellidos, 15.<sup>a</sup> ed.). Lugar: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

#### Capítulo de libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). Título del capítulo del libro. En C. Editores, D. Editores, y E. Editores (Eds.), *Título del libro* (pp. Xxx-xxx). Lugar: Editorial.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

#### Artículos de revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B., y Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la Revista*, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo como por ejemplo Constitución de la República, leyes y decretos, proyectos de ley, Sentencias de tribunales, Jurisprudencia publicada en libros o artículos de revista, etc. consultar el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Las fuentes consultadas, pero no citadas en el texto se incluirán en una lista ordenada alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Bibliografía**, al final del documento.



## Editorial guidelines

The Law School Journal is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed using the double-blind system. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

245

### Ethical codes and conflicts of interest:

Revista de Derecho adheres to the international standards and codes of ethics established by the Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

The authors acknowledge all sources of funding used in their work and expressly indicate, when appropriate, the funding agency and any other commercial, financial or private link with persons or institutions that may have interests with the proposed work.

### Plagiarism Detection:

The identification of plagiarism in the text is a reason for rejection by Revista de Derecho. If plagiarism is detected, the author is informed of the reason for the rejection of his contribution, with the evidence of plagiarism clearly stated.

The journal uses Turnitin plagiarism detection and verification of originality service, <https://www.turnitin.com/>

## Guidelines for the publication of academic papers

- 1) Manuscripts must be sent by e-mail to [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
  - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
  - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: ORCID), position and academic institution, contact e-mail address.
  - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
  - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in in Spanish, English and in Portuguese.
- 6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.
- 7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).
- 8) Formal rules for textual citation:

Citations and bibliographical references of the texts sent to the *Revista de Derecho*, will be made according to the APA (American Psychological Association) standards <https://apastyle.apa.org/> and the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> in order to be able to start the arbitration process.

**Textual citations** will be made according to the author-date system, also indicating the page number of the source. Example: (Bugallo, 2006, p. 484).

If the quotation contains less than 40 words, it is enclosed in double inverted commas.

If the quotation contains 40 words or more, it is written in a block paragraph with an indentation of 1.25 cm.

**Paraphrased quotations** are also to be made according to the author-date system, the quotation is not enclosed in inverted commas and the format of the paragraph is not changed, it is not necessary to indicate the page of the source. The reference of the paraphrased quotation must be added to the list of bibliographical references.

References of cited sources are listed in a separate paragraph with French indentation of 1.25 cm and are arranged alphabetically under the heading **Bibliographical references**.

### Examples:

#### Books:

Surname, A. A., and Surname, B. B. (year). Title of the book. City of Publisher: Publisher.

Surname, A. A. (year). Title of the book (translations by B. B. B. Surnames and C. C. Surnames, 15th ed.). City of Publisher: Publisher.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

#### Book chapters:

Surnames, A. A., and Surnames, B. B. (year). Title of book chapter. In C. Editors, D. Editors, and E. Editors (Eds.), Title of the book (pp. Xxx-xxx). City of Publisher: Publisher.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

#### Journal articles:

Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (year). Title of the article. Title of the journal, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

For normative legal material such as the Constitution of the Republic, laws, court rulings, jurisprudence published in books or journal articles, etc. consult the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Sources consulted but not cited in the text will be included in an alphabetical list under the heading **Bibliography** at the end of the document.



## Regulamento editorial

A Revista de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideu.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

- Mensagem do Decano ou do Diretor
- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (usando o sistema duplo-cego) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideu, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

249

### Normas éticas e conflitos de interesses:

Revista de Direito adere às normas e códigos internacionais estabelecidos pelo Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Os autores reconhecem todas as fontes de financiamento utilizadas nos seus trabalhos e especificam expressamente, nos casos solicitados, o organismo financiador e qualquer outro vínculo comercial, financeiro ou particular com pessoas ou instituições que pudessem ter interesses no trabalho proposto.

### Identificação de plágio:

A identificação de plágio no texto constitui causa de rejeição pela Revista de Direito. Em caso de identificação de plágio, é comunicado ao autor o motivo da rejeição da sua contribuição, sendo expostas claramente as evidências do plágio.

A revista usa a detecção de plágio do Turnitin para verificação do serviço de originalidade, <https://www.turnitin.com/>

## Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

- 1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.
- 2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.
- 3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.
- 4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.
- 5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:
  - i) Título em espanhol, inglês e português.
  - ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: ORCID), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
  - iv) Abstract do trabalho em espanhol, inglês e português (entre 100 e 200 palavras)
  - v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em espanhol, inglês e português.
- 6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.
- 7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).
- 8) Regras formais de citação textual:

Citações e referências bibliográficas de textos submetidos à Revisão da Lei serão feitas de acordo com as normas da APA (Associação Psicológica Americana) <https://apastyle.apa.org/> e o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> a fim de iniciar o processo de arbitragem.

As **citações textuais** serão feitas de acordo com o sistema autor-data, indicando também o número da página da fonte. Exemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Se a citação contiver menos de 40 palavras, é incluída entre aspas duplas.

Se a citação contiver 40 palavras ou mais, está escrita num parágrafo de bloco com recuo de 1,25 cm.

As **citações parafraseadas** também serão feitas de acordo com o sistema autor-data, a citação não é incluída entre aspas e o formato do parágrafo não é alterado, não é necessário indicar a página da fonte. A referência da citação parafraseada deve ser acrescentada à lista de referências bibliográficas.

As referências das fontes citadas são listadas num parágrafo separado com recuo francês de 1,25 cm e estão dispostas alfabeticamente sob o título de **Referências Bibliográficas**.

**Exemplos:****Livros:**

Apelido, A. A., e Apelido, B. B. (ano). Título do livro. Local: Editora.

Apelidos, A. A. (ano). Título do livro (tradução: B. B. Apelidos e C. C. Apelidos, 15ª ed.). Local: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

**Capítulos de livros:**

Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

**Artigos de periódicos:**

Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo, como a Constituição da República, leis e decretos, projectos de lei, decisões judiciais, jurisprudência publicada em livros ou artigos de revistas, etc. consulte o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

As fontes consultadas mas não citadas no texto serão incluídas numa lista alfabética sob a rubrica **Bibliografía** no final do documento.





Facultad de Derecho  
[www.um.edu.uy](http://www.um.edu.uy)

