



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Más que nunca: restañar la fractura social

DOCTRINA

BARREIRA, Sebastián

Agravio eventual en el derecho uruguayo:
su procedencia y fundamento

FIGUEREDO, Flavia

Acuerdo de facilitación del comercio.
Su impacto en el infraccional aduanero.
Principios de verdad material
y razonabilidad

TORRES, Evangelina

El proceso abreviado como mecanismo de
resolución de conflictos penales en caso
de delitos económicos

VELOSO, Natalia

El principio de tipicidad en el derecho
administrativo sancionatorio

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

HOWARD, Walter

Los convenios sobre cuestiones
alimentarias y los límites a la autonomía
de la voluntad.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter

Prescripción adquisitiva: la cesión de
derechos posesorios de un inmueble
requiere un título solemne.

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados

TESINAS DE MASTERS

CAMEJO HERNANDEZ, Catalina

Los regímenes promocionales en Uruguay
y su adecuación al estándar previsto en el
Plan de Acción BEPS.

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LIMA, Sofía

Trabajo infantil: una perspectiva actual

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE REPRESENTANTES

de Andrés Hessdörfer.
Por Miguel Casanova



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Más que nunca: restañar la fractura social

DOCTRINA

BARREIRA, Sebastián

Agravio eventual en el derecho uruguayo:
su procedencia y fundamento.....11

FIGUEREDO, Flavia

Acuerdo de facilitación del comercio. Su impacto
en el infraccional aduanero. Principios de verdad
material y razonabilidad.....25

TORRES, Evangelina

El proceso abreviado como mecanismo de
resolución de conflictos penales en caso de
delitos económicos.....47

VELOSO, Natalia

El principio de tipicidad en el derecho administrativo
sancionatorio.....69

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

HOWARD, Walter

Los convenios sobre cuestiones alimentarias y los
límites a la autonomía de la voluntad.....87

JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter

Prescripción adquisitiva: la cesión de
derechos posesorios de un inmueble requiere
un título solemne.127

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y Posgrados.....147

TESINAS DE MASTERS

CAMEJO HERNANDEZ, Catalina

Los regímenes promocionales en Uruguay
y su adecuación al estándar previsto en el Plan
de Acción BEPS.181

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LIMA, Sofía

Trabajo infantil: una perspectiva actual.....223

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE
REPRESENTANTES de Andrés Hessdörfer.
Por Miguel Casanova241

MENSAJE DEL DECANO

Más que nunca: Restañar la fractura social

Si hay algo clave, fundamental y prioritario para hacer en los tiempos venideros, eso es no agravar la grieta social que divide al Uruguay. Pero no agudizar la grieta no será suficiente; urge reducirla, achicarla, buscando todos los medios económicos, culturales y educativos para lograrlo. Insisto, gane quien gane.

Esto requiere buena voluntad de todos y cada uno de los uruguayos; no solamente de un grupo o sector. Exige eliminar de una vez por todas el anti-hismo crónico que tanto daño nos ha hecho durante largo tiempo y que supone encarar todos los temas y problemas que tiene nuestra sociedad en términos de enemistad, lucha y confrontación, nunca en términos de colaboración y cooperación. Advierto que no será fácil. Por la sencilla razón de que sigue habiendo un sector de nuestra sociedad que no sabe pensar y vivir de otra manera que no sea la lucha de clases, el eterno enfrentamiento, la destrucción y eliminación total de quien no piensa como ese sector.

Más aún, ese sector va a estar empeñado en continuar con ese esquema de pensamiento porque es el único que a la corta o a la larga, le ha dado resultado: si no tiene un enemigo enfrente al que debe eliminar, destruir o al menos someter con violencia y amenazas de todo tipo, debe buscarlo hasta encontrarlo. Y si no lo encuentra fácil y rápidamente, debe inventarlo, construirlo y mantenerlo el mayor tiempo posible. Así funciona la lógica y la dialéctica marxista-leninista y así funcionan los populismos de izquierda y derecha; tienen que tener siempre un enemigo al que deben detectar, combatir, culpar y eventualmente destruir. Si por alguna razón logran esto último, rápidamente tienen que volver a empezar a reconstruir uno nuevo. Pues su objetivo y propósito - permanentemente reciclable - es ensanchar la fosa, agrandar la grieta, agravar la fractura. Y también cortar todos los puentes y lazos que puedan acercar o disminuir las distancias entre los extremos. Podemos pensar



Revista de **DERECHO**

DIRECTOR

Santiago Pérez del Castillo

DIRECTOR FUNDADOR

Carlos E. Delpiazzo

SUB DIRECTOR Y REDACTOR

RESPONSABLE

Miguel Casanova

CONSEJO EDITORIAL

Carlos de Cores,
Alberto Faget Prati
Jorge Fernandez Reyes
Mercedes Jiménez de Aréchaga
Pedro Montano Gómez
Beatriz Bugallo
Miguel Casanova
Juan Manuel Gutiérrez

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia Veloso
Sofía Maruri

CONSEJO ASESOR Y CONSULTOR

David Aronofsky
University of Montana, EEUU

Joseph Daly
Mitchell Hamline University, EEUU

Juan Cianciardo
Universidad de Navarra, España

Eduardo Valpuesta Gastaminza
Universidad de Navarra, España

que son pocos, unas minorías. Pero no caigamos en la ingenuidad de pensar que esos pocos hacen poco ruido y poco daño. Sobran casos de la historia que muestran el caos, la inestabilidad y el perjuicio a veces irreparable que una minoría puede causarle a una mayoría en diversos aspectos de su vida. Basta como ejemplo, con recordar lo paradójico e irónico que fue invocar la libertad, igualdad y fraternidad para la revolución francesa, que en poco tiempo arrasó con un baño de sangre a las tres grandes palabras mencionadas y que terminó después con la instalación no ya de otra monarquía, sino con la figura de un Emperador llamado Napoleón...

Uno podría preguntarse el porqué de ese enfoque mental y actitud. En el fondo la respuesta es sencilla: cuanto más estén radicalizadas las cosas, mejor identificados se tiene a los bandos. Cuanta más sensación de enemistad exista, más sensación de inseguridad ante lo que va a ocurrir puede existir. Y la historia repetidamente nos muestra cómo las sociedades inseguras están dispuestas a ceder parcial o totalmente sus libertades a cambio de mayor seguridad. Esto es tan viejo como Hobbes, Maquiavelo o Gramsci. En otros términos, el pensamiento dialéctico precisa radicalizarse para que aparezca el miedo y la inseguridad y así poder despertar e instigar el reclamo del orden, la mano dura, la bota encima del pecho. Una vez instalado ese poder despótico, autoritario, absoluto, más fácil será identificarlo para luchar contra él, para tratar de destruirlo y reemplazarlo por otro poder tan o más despótico, autoritario y absoluto que el anterior.

El anti-hismo crónico se opone por sistema y por hábito mental. Prefiere ver las cosas en términos de oposición y lucha, nunca con enfoque de cooperación y complementación. Se alegra mucho más con los errores o reveses del adversario que con sus propios éxitos. Ya es más que suficiente que esta mentalidad forme parte de nuestra idiosincrasia futbolera, en la que se festejan más las derrotas de los rivales deportivos que las victorias del equipo propio. Pero de ahí a trasladar ese enfoque a los ámbitos empresariales, sociales, sindicales y políticos es una tendencia mezquina, cortoplacista y harto peligrosa. Lo único que promueve es sembrar el espíritu revanchista y darle toda la razón al proverbio chino que sostiene *"El que se venga se prepara a cavar dos fosas..."*

El gran desafío que tendremos todos los uruguayos será el de no seguir empujando el péndulo para los dos extremos. Buscar las maneras de que el péndulo oscile lo menos posible y quede lo más quieto posible en el centro. No para mantener el status quo o un quietismo político, económico y social que únicamente nos haría retroceder, sino para frenar las ansias de venganza, el cultivo del resentimiento; para no seguir echando combustible en una hoguera chispeante. Entender la evolución y el movimiento como si se tuviera que estar siempre y permanentemente empujando una hamaca para que nunca se detenga, es no comprender que cada tanto es importante su detención para que el columpiado se baje y le ceda el lugar a otro. Ello ocurre cuando el hamacado deja de ser niño, ingenuo y manipulable con entretenimientos simples. Se ha transformado en un ser maduro, pensante, con capacidad crítica y de auto-crítica; no le gusta tanto que lo empujen y hamaquen permanentemente. Quiere optar por otras posibilidades, quizás menos vertiginosas, pero más estables y duraderas.

De ahí la importancia vital que adquiere comprender que en los conflictos (del tipo que sean) lo más importante no son las victorias - que siempre son transitorias - sino las

soluciones - que siempre son más estables. Por eso también, cuando haya victorias y triunfos en los conflictos - lo más conveniente y prudente es que se noten lo menos posible. Alardear, inflar el pecho, humillar y “pizarrear” en esas circunstancias es la mejor receta para que los derrotados ya comiencen a planear la siguiente revancha. Si con un botón de muestra alcanza, basta con recordar la manera en que se encaró la firma del tratado de Versailles al finalizar la 1ª Guerra Mundial, en donde se plantaron las mejores semillas para que floreciera la Segunda...

Ya es hora de haber aprendido esa triste lección de la historia y aplicarla sabiamente para evitar las revanchas y los movimientos pendulares.

El problema es que los radicales y los dialécticos resentidos de derecha e izquierda también parecen haber aprendido la lección. Precisamente por ello, no desean que el péndulo se detenga; lo quieren mantener oscilante, inventando o reavivando los conflictos del tipo que sea, para así poder seguir justificando su teoría; con la praxis de la lucha y de la confrontación permanente.

Los economistas sostienen que una inversión productiva requiere dos aspectos claves: ESTABILIDAD + CONFIANZA. Ello parece lógico y sensato. No habrá grandes inversiones en un país o región mientras no transmita interna y externamente esos dos elementos durante un período suficientemente largo.

Si esto es así en el plano económico, parece más que notorio y evidente que en el plano social, laboral, sindical y político estamos precisando con urgencia un nuevo enfoque mental e ideológico. Para encarar las nuevas tecnologías que sustituyen a las obsoletas y para tener una nueva forma de plantear las relaciones laborales. Para lograrlo, precisamos a gritos una nueva EDUCACIÓN SUSTENTABLE que apunte a la formación integral del educando desde temprana edad. Es la mejor vía para conseguir esas INVERSIONES SUSTENTABLES que tanto precisa el Uruguay. Y no digo simplemente inversiones productivas, sino sustentables. Pues como alguna vez leí en un trabajo de Ariel Buzzo, *“Los productos se consiguen a tiempo y costo fijado; los frutos precisan tiempo para crecer y madurar.”*

En definitiva, ya no se trata de defender un estilo democrático con elecciones libres y periódicas, una real y efectiva separación de poderes, una prensa sin censuras, fuerte e independiente, las garantías de un debido proceso, los derechos humanos de todos los habitantes de nuestro territorio, y los demás controles y contrapesos que siempre deben estar presentes en este país. Se trata de comprender y defender qué significa pertenecer a la República Oriental del Uruguay. Para que no nos arrebaten nuestro sentir republicano y nuestras ganas de convivir, con discrepancias y disensos sin dudas, pero sobre todo, de convivir en paz.

Noviembre, 2019.

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

BARREIRA, Sebastián

**Agravio eventual en el derecho uruguayo:
su procedencia y fundamento**

FIGUEREDO, Flavia

**Acuerdo de facilitación del comercio. Su impacto
en el infraccional aduanero. Principios de verdad material
y razonabilidad**

TORRES, Evangelina

**El proceso abreviado como mecanismo de resolución de conflictos
penales en caso de delitos económicos**

VELOSO, Natalia

El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio

AGRAVIO EVENTUAL EN EL DERECHO URUGUAYO: SU PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO

POTENTIAL GRIEVANCE IN URUGUAYAN LAW: ITS ADMISSIBILITY AND BASIS

AGRAVO EVENTUAL NO DIREITO URUGUAIO: SUA PROCEDÊNCIA E FUNDAMENTO

SEBASTIÁN BARREIRA MOROSOLI*

RESUMEN: El objeto del presente ensayo consiste en efectuar un análisis conciso del instituto del agravio eventual, su concepto, procedencia y fundamento. En este sentido, es posible adelantar que si bien el agravio eventual carece de una regulación normativa, doctrina y jurisprudencia lo admiten prácticamente sin vacilaciones, permitiendo su promoción en determinadas oportunidades procesales. El instituto de referencia tiene un doble fundamento: jurídico y filosófico, y pese a que no existe regulación normativa expresa, de la lectura de las normas que informan los medios impugnativos, es posible concluir con firmeza su procedencia, teniendo siempre presente que su invocación no puede ser indiscriminada, y dependerá de las circunstancias del caso.

PALABRAS CLAVE: agravio, adhesión, apelación, eventual, recurso.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to carry out a brief analysis of what potential grievance is, its concept, legitimacy and basis. In this sense, it is possible to anticipate that although it is not specifically regulated, both scholars and courts admit it practically without hesitation, allowing it in certain procedural opportunities. This concept has a double basis: legal and philosophical. Although there is no written provision, from the rules regulating the means of challenging decisions, it is possible to firmly conclude its legitimacy, always keeping in mind that it cannot be indiscriminately brought for consideration and it shall depend on the circumstances of the case.

KEY WORDS: grievance, adherence, appeal, potential, means of challenge.

RESUMO: O objeto do presente ensaio consiste em efetuar uma análise concisa do instituto do agravo eventual, conceito, procedência e fundamento. Neste sentido, é

* Doctor en Derecho egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Aspirante a Profesor Adjunto en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture." Miembro del Estudio Jurídico Durán-Clérico. ORCID ID: 0000-0003-3211-729X. sebastian.barreira@me.com

possível adiantar que mesmo carecendo de uma regulamentação normativa, doutrinária e jurisprudencial o agravo eventual é admitido praticamente sem hesitações, permitindo sua promoção em determinadas oportunidades processuais. O instituto de referência tem uma dupla base: jurídica e filosófica, e embora não exista regulamentação expressa da leitura das normas que informam os meios impugnativos, é possível concluir com firmeza a sua proveniência, tendo sempre presente que a sua invocação não pode ser indiscriminada, e dependerá das circunstâncias do caso.

PALAVRAS-CHAVE: agravo, adesão, apelação, eventual, recurso.

1.- ASPECTOS PRELIMINARES

El proceso es una secuencia de actos que se desenvuelven formando un todo integral, caracterizados por la existencia de un estrecho vínculo entre cada uno de ellos, así como también por la finalidad del mismo: la efectividad de los derechos sustanciales.

Ahora bien, en el marco del desarrollo de un proceso, existen múltiples normas y principios que lo regulan, augurando su juridicidad y procurando la consecución de su finalidad, dentro de los cuales podemos destacar el principio de debido proceso, principio por excelencia, consagrado a texto expreso en el artículo 12 de la Constitución.

En esta línea, existen en nuestro ordenamiento formas y modelos previstos expresamente por la ley. En la medida que durante el desarrollo del proceso existan apartamientos o infracciones a dichas formas y modelos, nuestro Derecho prevé mecanismos e instrumentos para corregir dichos desperfectos, y lograr de este modo velar por los derechos sustanciales de los individuos, y en consecuencia, por el Derecho Objetivo en sí mismo. Ese elenco de mecanismos se denomina medios impugnativos.

En palabras de SELVA KLETT: "*La regulación normativa prevé, a manera de modelo, modos de actuación para quienes intervengan en el proceso, para el tribunal cuya actividad se verifica, esencialmente, a través del dictado de resoluciones. Existen elementos internos- que guardan relación esencial con la voluntad del acto- y circunstancias modales, temporales y locativas que la rodean. Cuando los requisitos y las demás circunstancias previstas por la ley no son observados, se habrá incurrido en un defecto por ilegalidad dentro del área procesal.*

Por otro lado cuando el acto cumplido no se adecua a su contenido típico, se incurrirá en incorrección, lo que determina la categorización de vicios o errores in procedendo y de errores in iudicando.

Nace así, el poder de impugnación a favor de los interesados en la legalidad o justicia de los actos judiciales, tendiente a la eliminación del vicio. Este poder deriva de las garantías constitucionales del debido proceso"

El artículo 241 consagra el principio de impugnabilidad de las resoluciones judiciales. Así, el primer inciso del artículo antedicho expresa: "*Todas las resoluciones judiciales son impugnables, salvo disposición expresa en contrario.*"

1 1Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T.III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Pág. 58.

De esta forma, el CGP ofrece una amplia gama de medios impugnativos, detallados en forma precisa por los artículos 242 y siguientes.

Dentro de dichos medios impugnativos, encontramos el recurso de apelación.

El recurso de apelación es definido por COUTURE como el *recurso ordinario conferido al litigante que afirma haber sufrido algún agravio por la sentencia o resolución del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el superior.*²

En nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de apelación cuenta con una definición legal, establecida en el artículo 248 del CGP. En este sentido, dicho artículo establece: *"La apelación es el recurso concedido en favor de todo litigante que haya sufrido agravio por una resolución judicial, con el objeto de que el tribunal superior correspondiente, previo estudio de la cuestión decidida por la resolución recurrida, la reforme, revoque o anule."*

2.- CONCEPTO DE AGRAVIO

Como mencionáramos ut supra, el texto legal expresamente prevé que la apelación supone un recurso, un medio impugnativo que nuestro CGP otorga a todo litigante que "haya sufrido agravio por una resolución judicial...".

El agravio constituye un presupuesto esencial de todo medio impugnativo y por eso es la base de todo recurso. El criterio general resulta del **artículo 242**, que en sede de disposiciones generales de los medios impugnativos, al indicar quienes tienen legitimación para impugnar, precisa en su parte final que los legitimados que indica son aquellos "a los que la resolución cause un perjuicio, aunque éste sea parcial".

Adviértase que el término agravio es reiterado en varias ocasiones en el articulado que regula el instituto de la apelación. Así, el **artículo 251**, que establece los efectos del recurso, dispone, en su inciso tercero, que el recurso de apelación admite efecto diferido, *"limitado a la simple interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva. La parte que no tuviere agravios respecto de la sentencia definitiva igualmente podrá fundar la apelación diferida por vía principal en el plazo de seis días o al evacuar el traslado de la apelación interpuesta por su contraparte contra la sentencia definitiva."*

El **artículo 253**, al regular la apelación contra las sentencias definitivas, establece que *"al evacuar el traslado, podrá la contraparte o cualquier litigante con interés distinto al del recurrente adherir al recurso y fundar, a la vez, sus agravios, los que se sustanciarán con un traslado a la otra parte y a cualquier litigante con interés distinto al del adherente, por el plazo de quince días."*

El **artículo 254** prevé la apelación de las sentencias interlocutorias. En este sentido, en el inciso tercero, determina que si se trata de una resolución dictada en audiencia y procediera la apelación con efecto diferido, *"el recurso se interpondrá en la propia audiencia, procediéndose, en lo demás, según lo dispuesto en el artículo 246.4 y numeral 3) del artículo 251."*

2 Couture, Eduardo; "Vocabulario Jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 102.

La parte que no tuviera agravios sobre la sentencia definitiva *podrá igualmente fundar la apelación concedida con efecto diferido, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 3) del artículo 251.*"

Al regular la resolución del tribunal inferior, el **artículo 255** inciso segundo reza: "*Si el recurso no fuera admitido o existiere agravio por el efecto con el cual fue franqueado, la resolución respectiva podrá ser impugnada exclusivamente a través del recurso de queja, conforme con lo establecido en la Sección V de este Capítulo.*"

Finalmente, en el **artículo 257**, al regular las facultas del Tribunal de Alzada, en el inciso tercero se establece: "*El tribunal podrá decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubieren deducido los recursos previstos por el artículo 244, siempre que en los agravios se solicitare el respectivo pronunciamiento.*"

En este marco, entiendo que el concepto de agravio adquiere, en materia de apelación, una trascendencia especial. Más allá de que se prevé expresamente en qué casos procede el recurso, el codificador atribuye, a mi entender, una importancia sustancial al agravio, como elemento determinante para que proceda el recurso referido. La prueba de ello radica en que se encarga de hacer alusión al término una y otra vez, durante toda la regulación del instituto de la apelación.

Ahora bien, si bien hace referencia al agravio en múltiples ocasiones, nuestro C.G.P carece de una definición legal del mismo. No deja de parecer curioso en este punto que siendo un concepto de gran trascendencia, no haya existido una definición legal expresa.

En esta línea, es necesario recurrir a criterios doctrinarios y jurisprudenciales a efectos de determinar en qué casos nos encontramos frente a un agravio, o en otros términos, que puede considerarse agravio, desde el punto de vista jurídico.

COUTURE definía el agravio como un "*perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante.*"³

En relación al agravio, KLETT expresa: "*Es el perjuicio que, en virtud de la sucumbencia, tiene que sufrir la parte para estar habilitado a presentar el recurso de apelación, que, justamente tiene por finalidad esencial reparar dicho perjuicio.*"

Ya se ha estudiado en esta obra "el interés" dentro de las condiciones de la acción, expresando que este debe tenerse al inicio del proceso y mantenerse en el hasta su finalización. En segunda instancia, el interés se halla vinculado con el agravio, que es el elemento que permite deducir el recurso de apelación."⁴

Cuando nos referimos al agravio, la doctrina ha manifestado que el agravio consiste básicamente, en la alegación de la injusticia de la sentencia derivada del incumplimiento de normas sustanciales o en su defecto, de una inadecuada valoración de la prueba, determinando de esta forma que el Tribunal de Alzada subsane el defecto, revoque la

3 Couture, Eduardo: "Vocabulario jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 85.

4 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Pág. 58.

decisión y dicte lo que por derecho corresponda, augurando así por la consecución del derecho objetivo, y así los derechos subjetivos. De esta forma, se ha sostenido que el interés es la medida de la acción y el agravio, es la medida del recurso de apelación.⁵

Por su parte, VESCOVI, siguiendo a PALACIO, expresaba que el agravio supone la "sucumbencia, el vencimiento, la insatisfacción total y/o parcial de cualesquiera de las pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso.

En general, no hay reglas generales más que las expuestas, es decir que la existencia del perjuicio (agravio) debe apreciarse en el caso concreto para determinar si realmente, en esa apelación, existe o no un interés del apelante en recurrir.

La expresión de agravios constituye una necesidad, puesto que constituirá, como dijimos, la medida de la apelación ("la pretensión de la segunda instancia"), dentro del régimen dispositivo que nos rige."⁶

La Jurisprudencia también en forma unánime ha sostenido la trascendencia de la exposición de los agravios a la hora de interponer un recurso de apelación, destacando el hecho de que la expresión de los mismos supone justamente un análisis crítico y detallado de la sentencia, exponiendo los errores en los que pudo haber incurrido el magistrado y que en consecuencia hacen de la misma, un pronunciamiento injusto.⁷

De esta forma, queda claro que el concepto de agravio adquiere en sede de apelación un carácter esencial, trascendental. Constituye una carga de todo litigante a la hora de interponer un recurso de apelación, la identificación clara y detallada de cada uno de los errores en los que a su entender, incurrió el sentenciante al momento de dictar sentencia. Ello por cuanto son dichos errores los que en definitiva, constituyen la causa u origen de los agravios del litigante, y que determinan en consecuencia, el carácter de injusta de la resolución judicial.

3.- AGRAVIO EVENTUAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Originariamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido que el agravio debe ser actual y directo, y no eventual: en este sentido, se procura que ese perjuicio, ese impacto negativo que por su injusticia causa la resolución judicial que se trate, debe plantearse al momento de interponer el recurso de apelación respectivo, dado que es el contenido de dicha sentencia la que genera ese impacto en el litigante.

Es decir, se habla, en principio, de una conexión temporal, una simultaneidad entre el dictado de la resolución judicial y la configuración del agravio.

No obstante lo antedicho, doctrina y jurisprudencia han dado paso a un nuevo insti-

5 Giuffra, Carolina: "Los recursos judiciales en el C.G.P.T.I."; Ed. FCU; Montevideo; Año 2013; Pág. 111 y 117.

6 Vescovi, Enrique: "Derecho procesal T. VI"; Ed. IDEA; Montevideo; Año 1985; Págs. 77 y 111.

7 Así, en Sentencia 53/2016 dictada por el TAC 2º, sostuvo: "...la carga de la expresión de agravios impuesta por el art. 253.1 C.G.P. implica un examen por el apelante de los fundamentos...". En idéntico sentido, véase Sent. 40/2017 dictada por el TAC 7º y Sent. 348/2006 del TAT 3º.

tuto, que permite exponer no ya los agravios actuales, sino también los eventuales que pueda causar una modificación de una sentencia de primera instancia que haya sido favorable a la parte objeto de agravio. Es lo que se denomina agravio eventual.

En esta línea, KLETT manifestó: "*Cuando el agravio surge, no ya de la propia sentencia como viene de verse, sino de la posibilidad de modificación de esta, habida cuenta del recurso de apelación introducido por la contraparte u otro litigante con interés distinto.*"

En otras palabras, las cargas nacen cuando algún acto o circunstancia pone al litigante en esa situación jurídica. En el caso del agravio eventual, el interesado recién puede desarrollar su defensa, cuando la apelación del otro hace peligrar el status quo obtenido en la sentencia de primera instancia."⁸

A efectos de poder entender mejor la temática, planteamos un ejemplo práctico.

Supongamos que A promueve demanda por responsabilidad extracontractual contra B. B contesta la demanda, y deduce excepciones previas de cosa juzgada y caducidad. La sentencia interlocutoria desestima la primera y acoge la segunda, con lo cual clausura el proceso. B no tiene agravio directo para apelar la sentencia, porque ganó, el juicio terminó, pese a que solamente acogieron una de sus excepciones. Ahora, si A apela porque clausuraron el proceso, el demandado hace valer lo que sí es un agravio eventual, que solamente se materializa si revocan la decisión sobre caducidad, pues para esa eventualidad o hipótesis, quiere que declaren la cosa juzgada que se había desestimado.

De esta forma, el litigante vencedor tiene la oportunidad de defender su pretensión inicial, y sobretodo, lograr que se mantenga la decisión judicial recurrida.

Ahora bien, el agravio eventual irrumpió de alguna manera los clásicos preceptos del Derecho Procesal, fundamentalmente en lo que atañe al recurso de apelación, en el entendido de que el agravio es actual, y nunca eventual. Ello por cuanto la sentencia que causa agravio, el C.G.P dispone que el litigante tiene un plazo de 15 o 6 días, dependiendo de la circunstancia, para interponer el recurso de apelación. Por tanto, ello nos da a entender, que entre la sentencia dictada y el impacto o lesión que tiene el litigante, existe una cierta simultaneidad en tiempo: el agravio surge de la sentencia dictada.

Ahora bien, la apertura de la doctrina y jurisprudencia hacia la figura del agravio eventual tiene su fundamento en un principio rector del Derecho Procesal: el debido proceso y en uno de sus corolarios, el acceso a la justicia.

El principio de debido proceso se encuentra expresamente consagrado en la Constitución de la República, en su artículo 12, el cual reza: "*Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.*"

En lo que refiere debido proceso, COUTURE expresó que se trata de una "*garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos.*"⁹

8 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014, Págs. 71-72.

9 Couture, E.; "Vocabulario jurídico"; Ed. B de F; Montevideo; Año 2010; Pág. 230.

En doctrina, OVALLE FAVELLA, siguiendo a COUTURE, manifestó que "*cuando la Constitución establece que nadie debe ser condenado sin forma de proceso (due process of law, en su sentido más estricto), consagra implícitamente el principio de que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera, es decir por una farsa de proceso, de esos tan increíblemente frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo solo un medio de realización de la justicia, viene a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma.*"¹⁰

En lo que respecta al acceso a la justicia, su importancia ha adquirido gran trascendencia en los últimos tiempos, siendo no solo un pilar fundamental, sino una condición del debido proceso: no podemos hablar de debido proceso, sin acceso a la justicia, es decir, sin que el individuo tenga la posibilidad de ejercer su poder jurídico de contradicción, de oponerse a los fundamentos de una pretensión, todo ello, ante el tribunal competente o que esté conociendo en la causa respectiva.

Al respecto, GREIF sostuvo en relación al acceso a la justicia: "*Entendemos el acceso a la Justicia como la posibilidad de toda persona- independientemente de su condición económica o de otra naturaleza- de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, y de obtener así atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas.*

Esto que nosotros denominamos acceso a la Justicia, se ha transformado paulatinamente en un derecho humano de primerísimo orden, recogido en toda declaración e instrumento de carácter internacional referido a los derechos humanos.

En el centro del tema del acceso, encontramos presente un gran "dilema": que de nada vale tener "derecho" si no existen sistemas, ya sea judiciales o extra judiciales (medios alternativos de justicia) que sean idóneos a la hora de tutelar aquellos, de hacerlos efectivos.

El objetivo de este "proyecto", es determinar de qué forma el sistema uruguayo tutela las expectativas de sus "usuarios" con relación al acceso, para que ellos encuentren una respuesta a sus necesidades humanas de determinación externa, a una situación que viven como insatisfacción."¹¹

Analizando los conceptos transcritos, podemos expresar que el agravio eventual nace de la eventual modificación que pueda surgir de una sentencia de segunda instancia, en la que pueda afectarse los derechos del litigante que haya resultado ganancioso en primera instancia. Su promoción tiene lugar a través de la contestación de la apelación o de la adhesión a la apelación, y tiene su fundamento en los principios de debido proceso y acceso a la justicia, y en definitiva, en lograr la tutela efectiva de los derechos sustanciales.

¹⁰ Ovalle Favela, J: "Garantías constitucionales del proceso" publicado en "Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture T. II"; Ed. LA LEY; Montevideo; Año 2017; Pág. 657.

¹¹ Greif, J.; "Principios constitucionales del proceso" publicado en "Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture T.II"; Ed. LA LEY; Montevideo; Año 2017; Págs. 153-154.

4.- OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PROMOVER EL AGRAVIO EVENTUAL: LA CONTESTACIÓN DE LA APELACIÓN O LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

Ya mencionamos el concepto de agravio eventual, y su fundamento, Corresponde ahora que contestemos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la oportunidad procesal para aducirlo?

El Derecho Procesal, a través de sus normas, brinda a los litigantes múltiples herramientas para poder desenvolverse de la mejor manera posible conforme a sus intereses y a las circunstancias, y así, poder hacer efectivos sus derechos.

Ahora bien, ello no implica que los agentes deban usar inescrupulosamente y sin límites, los distintos institutos que el derecho procesal regula. En otras palabras, no se puede caer en un abuso de las vías procesales: de esta forma se estaría contrariando el estándar del buen litigante, y además, se estaría actuando en contra de la propia finalidad del proceso.

En este sentido, y si nos enfocamos en el tema de análisis, las personas no pueden apelar "por las dudas"; no se puede deducir un recurso o un incidente por la simple duda o temor de que cambien las circunstancias.

Volvamos al ejemplo práctico planteado ut supra. Supongamos que el litigante que perdió, promueve recurso de apelación. En este caso, el demandado, como habíamos visto, si puede manifestar lo que es un agravio eventual, el cual solamente se materializa si revocan la decisión sobre caducidad, pues para esa eventualidad o hipótesis, quiere que declaren la cosa juzgada que se había desestimado.

Ahora, nos planteamos ¿Cuándo puede el demandado aducir ese agravio eventual?

Podemos sostener la contestación a la apelación, como oportunidad procesal oportuna para manifestar el agravio eventual. En este sentido, una vez que el actor promueve el recurso de apelación, al evacuar el traslado, el demandado puede expresar en el mismo escrito, su agravio eventual, el cual se materializará si revocan la decisión sobre la excepción de caducidad.

No obstante lo antedicho, existe en nuestro Derecho, otra vía procesal para aducir el agravio eventual: la adhesión a la apelación.

La adhesión está especialmente prevista en el C.G.P. En este sentido, el artículo 253 inciso 1° dispone: "*El recurso de apelación contra las sentencias definitivas se interpondrá, en escrito fundado, dentro del plazo de quince días. Se sustanciará con un traslado a la contraparte y a cualquier litigante con interés distinto al del recurrente, por el término de quince días. Al evacuar el traslado, podrá la contraparte o cualquier litigante con interés distinto al del recurrente adherir al recurso y fundar, a la vez, sus agravios, los que se sustanciarán con un traslado a la otra parte y a cualquier litigante con interés distinto al del adherente, por el plazo de quince*

días. La apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por desistidos a los recurrentes."

La adhesión a la apelación también está prevista para el caso de la apelación de sentencias interlocutorias, según lo previsto en el artículo 254.

En doctrina, KLETT expresó en relación a la temática en cuestión: "*La apelación adhesiva consiste en la facultad concedida al sujeto legitimado, que no apeló por vía principal, para adicionar su apelación, al recurso deducido por su contraparte o por un litigante con interés contrario, en el momento de evacuar traslado de la apelación deducida (art. 253 inc. 1, para las sentencias definitivas, y art. 254 CGP, para las interlocutorias que remite al régimen de las sentencias definitivas).*"

Para constituir una adhesión a la apelación debe formularse concretos agravios que amplíen el objeto de la segunda instancia fijada inicialmente por el contenido del recurso interpuesto por vía principal...

*La apelación adhesiva es, en lo esencial, igual a la apelación principal, por ello puede ser parcial, es más, ese presupuesto- el agravio parcial- es lo que justifica la utilización de la adhesión y no de la apelación principal."*¹²

VESCOVI, en una tesis similar, expresó: "*El recurso adhesivo consiste en la facultad del recurrido que no apeló de adherir a la recurrencia de su adversario.*"

Es una posibilidad que se da a quien no ha usado de determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, a su vez, su impugnación en base a los agravios, que también a él, causa la providencia.

*Es común que se admita para la apelación, aunque también es posible admitirlo en otros recursos. En aquel caso consiste, dice BARRIOS DE ANGELIS, en "acoplar la propia apelación a la ya deducida del contrario".*¹³

TARIGO, por su parte, indicó que consiste en "*sumarse, uno de los litigantes, al recurso de apelación deducido pro su contraparte. Como uno de los requisitos básicos del recurso es que la sentencia recurrida cause agravio o perjuicio, es claro que el instituto de la adhesión a la apelación solo podrá configurarse cuando la sentencia, aun siendo favorable al adherente, no lo sea en su absoluta integridad.*"¹⁴

La adhesión a la apelación es en consecuencia, un instituto procesal, una facultad que se otorga al litigante que no promovió el recurso, a adherir o adicionar a la apelación deducida por su adversario, su propia apelación, y que en cumplimiento de lo expuesto por las normas procesales, deben estar expresamente determinados sus agravios para lograr la prosperidad del recurso.

12 Klett, S; "Proceso ordinario en el C.G.P.T. III"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2014; Págs. 74-75.

13 Vescovi, E.; "Derecho procesal T. VI"; Ed. IDEA; Montevideo; Año 1985; Págs. 119-120.

14 Tarigo, E.; "Lecciones de derecho procesal civil T. II"; Ed. FCU; Montevideo; Año 2018; Pág. 252.

Por tanto, podemos visualizar dos vías o mecanismos para plantear el agravio eventual: la contestación de la apelación o la adhesión a la apelación.

A mi entender, la contestación de la apelación supone el mecanismo más idóneo y eficaz para hacer valer el agravio eventual. Incluso si existieran tribunales que sostengan como única vía la adhesión, la misma puede perfectamente plantearse al contestar la apelación del contrario, y así indicar expresamente que para el caso de que el Tribunal de Alzada tenga esa postura, se tenga ese sector de la contestación como adhesión de la apelación por agravio eventual y se la sustancie y franquee como tal.

En esta línea, el instituto del agravio eventual, aplicado u operado a través de la contestación de la apelación, supone la manifestación en su plenitud de dos principios procesales: el principio de concentración y el principio de economía procesal. A través de la contestación, y en lo que refiere a la promoción del agravio eventual, se lograría evitar recurrir a otras vías que tal vez llevaría a duraciones excesivas, y eventualmente, a resultados no deseados.

5.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En nuestro país, los tribunales admiten prácticamente sin matices, el agravio eventual, y la adhesión a la apelación como mecanismo para su promoción.

En este sentido, en un caso en el cual se discutía sobre la posibilidad de aumentar el porcentaje de condena al pago determinado en el primer grado con relación a dos empresas involucradas, el cual se había establecido en un 20% de las sumas reclamadas, en sentencia de segunda instancia número 68 de fecha 1 de abril de 2009, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno expresaba: *"El Tribunal, integrado y por mayoría, con el quórum legalmente reclamado (arts. 6 y conc. Ley N° 15.750), estima que corresponde arribar a decisión confirmatoria en el extremo en análisis. Porque se compulsa que ante la impugnación de la sentencia definitiva recaída por los coaccionados postulando dictado de decisión absolutoria a su respecto, no se formularon agravios "ad eventum" por los co accionantes... para el supuesto de que se modificaran los porcentuales de coparticipación causal de los demandados en la segunda instancia evitando, de tal forma, el riesgo de perder porcentuales de las sumas pretendidas al no poderse modificar en perjuicio de los apelantes las contribuciones al soporte de las indemnizaciones que efectivamente cuestionaron. En tal sentido, se ha dicho, en desarrollos que integralmente se comparten que "...el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia haga lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual- en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada-, se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1)."*¹⁵

En un caso de responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno en sentencia número 225 de fecha 31 de agosto

15 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 1-2/2010"; Año 2009; Ed. FCU; Pág. 572.

de 2009, indicaba: "*Con respecto a la adhesión deducida por el codemandado M.G. a la apelación interpuesta por la I.M.M, a juicio del Tribunal carece de interés para agravarse contra la sentencia que ataca. Como puede apreciarse en su escrito recursivo..., el mencionado codemandado se agravia por considerar que el responsable de tránsito no fue el funcionario de la IMM, sino que el verdadero responsable fue H.V. Según lo establecido claramente por el art. 242 CGP, tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales las partes a las que la resolución cause un perjuicio, aunque este sea parcial. Parece claro que la sentencia de primera instancia no es pasible de causar ningún agravio a M.G., desde que lo exonero de responsabilidad. Es cierto que podría haber expresado un agravio eventual contra la sentencia, si la actora la hubiese apelado solicitando que se condenara también a los demás codemandados, pero eso no sucedió. No puede expresar un agravio eventual ante la apelación de la IMM, ya que, en caso de que el Tribunal hiciera lugar a los agravios por ella manifestados, la revocatoria de la sentencia no traería consigo la condena de M.G. Por tal razón, debe declararse mal franqueada la adhesión a la apelación por él formulada.*"¹⁶.

El pasaje del fallo transcrito merece un comentario especial: en este caso, vemos la configuración de un litisconsorcio pasivo, en el cual se pueden identificar claramente, tres codemandados: M.G, I.M.M y H.V. La sentencia de primera instancia, condena a I.M.M. Ahora bien, vemos que I.M.M interpone recurso de apelación, manifestando que no fue un funcionario de su institución el responsable del accidente, sino que el verdadero responsable fue H.V. Ahora bien, en este escenario: M.G podría deducir agravio eventual por la vía adhesiva?

La respuesta es negativa, y ello, en consonancia con lo expresado por el Tribunal, encuentra su fundamento en que no existe ningún agravio actual y directo para M.G., dado que la sentencia de primera instancia lo absolvió. Pero a su vez, tampoco puede existir ningún agravio eventual, dado que en ningún momento en su apelación, I.M.M mencionó que la responsabilidad debía atribuirse a M.G. Por lo que en esta línea de razonamiento, y en aplicación del principio "*non reformatio in pejus*" y de lo dispuesto en el artículo 257 del C.G.P, la adhesión que pueda deducir M.G. no puede prosperar.

En consecuencia, comparto plenamente lo resuelto por el Tribunal, y en este sentido, podemos concluir que es claro que el agravio eventual deducido a través de la adhesión, no puede prosperar ni aplicarse siempre y sin más: es necesario determinar el contexto del proceso y de las circunstancias, a efectos de evaluar si ameritan o no la aplicación de dicho instituto.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno, en sentencia número 192 de fecha 4 de diciembre de 2013, donde discutía el carácter no precario o arrendatario de una persona, establecía: "*La defensa de fondo del emplazado no puede ser tratada, no solamente por la limitación del objeto de la apelación en curso, sino porque aquella no fue traída tampoco al debate de la segunda instancia por el demandado R.F. La problemática se contesta así, en el criterio de este Colegiado, considerando que debe tenerse presente que el demandado al contestar la apelación no articuló a su vez una apelación "ad eventum", para el caso de que la decisión de primera instancia fuere revocada y bajo el fundamento de que se habría soslayado su calidad de presunto arrendatario, no habiendo pedido que para el caso que cayere la sentencia recurrida (que*

16 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 1-2/2010"; Año 2009; Ed. FCU; Pág. 573-574.

se pronunció solamente en lo formal sobre la falta de legitimación) se declarara su calidad de locatario-arrendatario..."¹⁷

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, en sentencia número 31 de fecha 12 de marzo de 2014, donde se discutía el porcentaje del monto de la indemnización por concepto de daño lucro cesante, se estableció: "*En relación al monto, el mismo debería ser, en principio, por el todo y no el 90% fallado sin embargo, en la medida que no medió agravio de parte (actora) en tal sentido no puede ser modificado en aplicación del principio reformatio in pejus contra la demandada (art. 251.1 del CGP). Si bien la actora no podía apelar porque en el fallo se le dio lo que pedía a título de pérdida de chance nada obstaba que, al contestar la apelación formulara un agravio eventual para salvaguardar su derecho. En sentencia No. 282/2010, analizando este tema, el Tribunal manifestó: "Se comparte lo expresado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno cuando sostuviera '...el agravio puede provenir no ya directamente de la sentencia de primer grado, sino de la eventual modificación de la misma, en hipótesis en que la sentencia de segunda instancia haga lugar al recurso de la otra parte. En dichas situaciones, y aunque el agravio no sea actual- en el sentido de desde ya vinculado a la sentencia impugnada-, se admite a la parte proponer un agravio eventual, para el caso de que la sentencia haga lugar a la apelación de la otra parte, situación que actualiza su agravio. En este caso, el actor debe utilizar el mecanismo de la adhesión a la apelación regulado en las normas respectivas (arts. 253.1 inc. 2 y 254 num. 1) ... El agravio eventual debió decir que, para el caso de que se entendiese que estamos frente a un lucro cesante se tenga presente que el monto objeto de condena o justiprecio del daño debe comprender el 100% y no el 90% finalmente fallado."*"¹⁸

En un juicio ejecutivo, en primera instancia, se desestimaron las excepciones de incompetencia e inadecuación del trámite y se amparó la excepción de inhabilidad de título, dejándose sin efecto la ejecución y ordenándose levantamiento de embargo trabado. Contra la resolución que dispuso lo antedicho, se alzó en tiempo y forma la parte actora. La parte demandada, al evacuar el traslado de la apelación, además de abogar por la confirmatoria de la impugnada, dedujo adhesión eventual por el rechazo de las excepciones de incompetencia e inadecuación del trámite, y planteó adhesión a la apelación de la interlocutoria que no había admitido ingreso de hecho nuevo ni prueba documental, con efecto diferido, que no había anunciado la parte actora y luego no fundado. En este punto, por decisión anticipada, la Sala confirmó la sentencia definitiva apelada, y sostuvo que "*no correspondía analizar la adhesión eventual por el rechazo de otras dos excepciones y que cabía declarar la inadmisibilidad procesal de la pretendida adhesión a apelación con efecto diferido enderezado contra una interlocutoria, que nunca fue fundada por la apelante ni pudo por tanto ser sustanciada ni franqueada.*" Por otra parte, se sostuvo: "*Por razones de orden lógico, procede examinar en primer término la pretendida adhesión de la parte demandada a la apelación que la parte actora había anunciado contra la providencia n° 1184/2014 que no hizo lugar al ingreso de hecho nuevo y prueba relativa al mismo. Esa adhesión nunca pudo existir como tal, porque en audiencia solamente la parte actora anunció apelación contra la interlocutoria aludida y se tuvo ello presente con efecto diferido, pero la apelante nunca fundó los agravios, pues al apelar la sentencia definitiva optó por no hacerlo. Mal puede entonces la parte demandada, que ni siquiera*

17 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 2/2011"; Año 2012-2013; Ed. FCU; Pág. 851.

18 "Revista uruguaya de derecho procesal- Anuario de jurisprudencia de derecho procesal 2/2015"; Año 2014/2015; Ed. FCU; Págs. 857-858.

*había anunciado apelación, adherir a una apelación que legalmente ha de considerarse desistida, por no habérsela fundado, de conformidad con lo establecido por los arts. 252.1 inciso 3 y 254 acápite del Código General del Proceso. La adhesión a la apelación constituye una estrategia procesal dependiente, subordinada a la existencia de una apelación, y si ésta no existe o cae, no resulta viable adherir. Tampoco puede en el caso canjearse por apelación directa, porque la adherente no había anunciado apelación."*¹⁹

En una acción de amparo, el TAC 5° manifestó en relación al agravio eventual: "*Desde el punto de vista procedimental, cabe puntualizar que la parte actora incurre en error cuando califica como agravio eventual el que deduce por vía principal. La demanda fue promovida contra dos sujetos (MSP y FNR) y amparada solamente contra uno de ellos (FNR) de modo que le asistía agravio directo contra la sentencia de primer grado, que no solo debía hacer valer por vía de apelación, ya que se había desestimado la demanda contra uno de sus demandados puesto que la condena al otro demandado a suministrar el medicamento, no cambia el hecho que el amparo de la demanda haya sido solo parcial y que uno de los accionados haya sido exonerado, pese a lo que fuera pedido por la parte actora en la demanda. No se trataba, entonces, de un perjuicio que se verificada solo por la apelación de la contraparte, que es en lo que consiste un agravio eventual, porque en el caso no existe en razón de la apelación del contrario, sino que deriva directamente del rechazo parcial de la demanda que realizó la sentencia atacada."*²⁰

También se ha sostenido por el mismo tribunal: "*...por lo demás, incurre en error la parte actora al estimar que su agravio por la absolución del MSP era eventual, puesto que al haberlo demandado y haberse desestimado la demanda a su respecto, el agravio era directo, habilitante de apelación directa, única admitida en la norma especial aplicable, pues un agravio eventual consiste en perjuicio que solamente se origina por el hipotético éxito de la apelación de una contraparte y no, como el directo, por el fallo recaído, aun antes de ser apelado...."*²¹

De los fallos expuestos, se desprende claramente que la jurisprudencia admite la procedencia del agravio eventual. A su vez, como puede verse, los fallos hacen alusión a la adhesión y a la contestación de la apelación como mecanismos para promover el instituto de referencia, así como también en qué casos debe proceder el mismo.

6.- CONCLUSIONES

Las normas procesales informan como requisito fundamental para la interposición del recurso de apelación, la configuración de un agravio, esto es, un perjuicio o lesión de índole moral, psicológica o material que causa la resolución judicial que será objeto de impugnación.

Ahora bien, nos planteamos, este agravio: ¿Debe ser siempre actual? La respuesta a esta interrogante es negativa. Como desarrollamos oportunamente, puede suceder que el agravio no provenga directamente de la sentencia, sino de la eventual posibilidad

¹⁹ Véase Sentencia DFA-0004-000706/2015 SEF-0004-000156/2015 de fecha 16 de diciembre de 2015 dictada por el TAC 5°.

²⁰ Sentencia número 63/2018 dictada con fecha 24 de mayo de 2018 por el TAC 5°.

²¹ Sentencia 203/2018 dictada con fecha 31 de mayo de 2018 por el TAC 5°.

de revocación de esta, atento al recurso de apelación interpuesto por una de las partes. En este sentido, doctrina y jurisprudencia admiten sin vacilaciones, la posibilidad de, a través del instituto de la adhesión y de la contestación de la apelación, invocar el agravio eventual.

¿Cuál es el fundamento del agravio eventual? En esta línea, personalmente entiendo que existe un fundamento jurídico-filosófico, pero también normativo. En el primer caso, la aplicación del agravio eventual encuentra su principal argumentación en los principios de debido proceso y el de acceso de la justicia, y también en los principios de economía procesal y concentración. En este sentido, la base del fundamento radica en la posibilidad de que tiene toda persona de invocar o promover la defensa de su pretensión ante cualquiera órgano jurisdiccional, concretándose ello no solo a través de la interposición de la demanda, sino también durante el desarrollo del proceso, a través de sus diversas etapas y por medio de las diversas herramientas que el orden jurídico procesal otorga a los litigantes.

En el segundo caso, el fundamento normativo encuentra su razón de ser en el propio texto legal. Así, de los artículos que nuestro C.G.P dedica a la regulación del recurso de apelación, además de carecer de una definición expresa de agravio, tampoco menciona a texto expreso que el agravio debe ser actual. En consecuencia, también carece de regulación el instituto del agravio eventual.

Por tanto, siendo que el agravio eventual carece de conceptualización y regulación expresa, pero a su vez, atento a que la ley no lo prohíbe expresamente, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 8 del Código Civil, el instituto del agravio eventual es plenamente admisible.

En cuanto a la oportunidad procesal para su promoción, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar la contestación a la apelación y la adhesión como mecanismos para su deducción, aspecto que comparto plenamente, y ello porque, en aplicación de los principios de economía procesal y el principio de concentración, es necesario procurar aplicar el precepto de lograr encontrar la solución más efectiva, en el menor lapso de tiempo posible, o en otros términos, tratar de evitar sobrecargar la labor de los tribunales, evitando acceder a mecanismos que llevan a dilatar innecesariamente el proceso, y a la larga, lo único que hacen, es perjudicar los derechos de las partes.

Por supuesto, que en cualquier caso, y en cada instancia puntual, es necesario analizar detalladamente la situación en que se haya el litigante, para ver cómo le conviene proceder, pero siempre es necesario partir de una visión que procure acceder a la solución más jurídica, en el menor lapso posible. Es tal vez algo difícil de lograr en nuestros tiempos, pero es un desafío que nos podemos plantear los operadores del Derecho.

**ACUERDO DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO. SU
IMPACTO EN EL INFRACCIONAL ADUANERO.
PRINCIPIOS DE VERDAD MATERIAL Y RAZONABILIDAD.**

**TRADE FACILITATION AGREEMENT. ITS IMPACT
IN CUSTOMS INFRACTIONS LAW. PRINCIPLES OF
MATERIAL TRUTH AND REASONABILITY.**

**ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO. SEU
IMPACTO NA INFRAÇÃO ADUANEIRA. PRINCÍPIOS DE
VERDADE MATERIAL E RAZOABILIDADE.**

*FLAVIA FIGUEREDO**

“Todas las verdades son fáciles de entender,
una vez descubiertas. El caso es descubrirlas”.
Galileo Galilei

RESUMEN: El propósito de este trabajo es, a la vez de realizar una presentación general del Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio; utilizarlo como disparador y marco para el análisis de los principios generales del derecho vinculados al mismo. Para ello, analizamos aquí las normas fundamentales del GATT, las que el Acuerdo de Facilitación del Comercio tiene por objeto desarrollar, así como nuestra normativa local. Todo ello nos ha llevado a redescubrir y confirmar el enorme valor de los principios fundamentales del derecho. Dichos principios claramente se encuentran contenidos en las normas que aquí se analizarán, e indudablemente constituyen la base del sistema jurídico y de lo que debiera constituir la política normativa de cualquier Estado u Organización.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo de Facilitación del Comercio. GATT. Principios Generales del Derecho.

1

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República. Master en Derecho de la Empresa - Universidad de Montevideo (Uruguay). Master en Derecho del Comercio Internacional (LLM in International Trade Law) - Universidad de Arizona James E. Rogers - College of Law, Estados Unidos. Profesora Adjunta en el Curso de Grado de la materia “Derecho del Comercio Internacional” de la Universidad de Montevideo. Diplomada en Docencia Universitaria por la Universidad de Montevideo. Autora de diversos artículos de doctrina en publicaciones especializadas en materia aduanera y de Comercio Internacional. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Socia del Estudio González Bianchi & Asociados. ORCID ID: 0000-0003-2443-3030. ffigueredo@gbyasoc.com.uy.

ABSTRACT: Our purpose in this work is to make a general presentation of the Trade Facilitation Agreement as well as to use such Agreement as a starting point and frame for the analysis of the general principles of law related to the same. To this end we hereby analyze GATT's main rules, those which the Trade Facilitation Agreement intends to develop and regulate, as well as the Uruguayan legislation. This study has led us to rediscover and confirm the enormous value of the general principles of law. Such principles are clearly included in the regulations analyzed herein and are undoubtedly the basis of the legal system and of what we understand should be the legal policy of any State or Organization.

KEY WORDS: Trade Facilitation Agreement. GATT. General Principles of Law.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é, ao mesmo tempo, fazer uma apresentação geral do Acordo sobre Facilitação do Comércio, utiliza-lo como ponto de partida e marco para a análise dos princípios gerais de direito a ele vinculados. Para isso, analisamos aqui as regras fundamentais do GATT, que o Acordo de Facilitação do Comércio visa desenvolver, bem como nossos regulamentos locais. Tudo isso nos levou a redescobrir e confirmar o enorme valor dos princípios fundamentais do direito. Esses princípios estão claramente contidos nas normas que aqui serão analisadas, e constituem indubitavelmente a base do sistema jurídico e do que deveria constituir a política normativa de qualquer Estado ou Organização.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Facilitação do Comércio. GATT. Princípios Gerais do Direito.

I. INTRODUCCIÓN.

El propósito del presente trabajo es, a la vez que realizar una presentación general del Acuerdo Sobre Facilitación del Comercio (en adelante, también el "AFC"), aprobado en el marco de la Organización Mundial de Comercio; utilizar dicho acuerdo como disparador y marco del punto que nos interesa desarrollar.

No se tratará por lo anterior de un abordaje de todos los aspectos del AFC, dado que se trata de un acuerdo sumamente amplio y abarcativo, sino de un desarrollo parcial de las disposiciones del AFC, concretamente de las contenidas en la Sección I. Se tratará, partiendo de ellas, de realizar un análisis de principios sustanciales del GATT, de nuestro ordenamiento jurídico y en particular de dos de ellos, el de Verdad Material y Razonabilidad, con mención ineludible al principio de Buena Fe.

Creemos importante señalar que éste proceso se dio en forma natural e inevitable, al pretender analizar el impacto del AFC en el infraccional aduanero.

Exploraremos este aspecto a través de las normas fundamentales del GATT, las que el AFC que tiene por objeto desarrollar y también a través de nuestra normativa local, para concluir – en el marco de este foco de análisis – que a nuestro juicio, el aspecto que redundará en mayor facilitación del comercio, por implicar una garantía de certeza jurídica y actuar apegado al derecho, radica en la revalorización y el cumplimiento a los

principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

Por razones de tiempo y espacio haremos, como hemos adelantado, foco en los principios enunciados más arriba. Nos proponemos, en definitiva, con el disparador del AFC, llegar a una reflexión de fondo sobre la relevancia de los principios que constituyen base del sistema jurídico y de lo que entendemos debiera constituir la política normativa de cualquier Estado u Organización.

Sin perjuicio de ello, resulta ineludible enmarcar estas reflexiones en la innovación normativa más importante a nivel de la OMC desde el año 1994, el AFC. Es por ello que a continuación sigue su presentación, la de sus antecedentes y su alcance.

II. ANTECEDENTES, MARCO JURÍDICO Y VIGENCIA DEL ACUERDO DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO.

II.A. Antecedentes. La OMC. Marco Jurídico.

El AFC se inserta dentro del marco de los acuerdos obligatorios de la Organización Mundial de Comercio, esto es, de los acuerdos a los que todos y cada uno de los Miembros de la OMC deben adherir por el hecho de ser tales.

Dicha Organización internacional, nació luego de la Segunda Guerra Mundial como reacción al proteccionismo del período precedente y tiene como antecedente el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés)*, como un intento de restauración y fomento de la libertad de circulación y comercio.

En lo previo, por iniciativa de Estados Unidos, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó en 1947 la Conferencia de Ginebra, y en el mismo año, la Conferencia de la Habana, con la finalidad de elaborar la carta constitutiva de una organización internacional del comercio a denominarse “Organización Internacional del Comercio”.

Sin perjuicio de los trabajos realizados, finalmente el Gobierno de Estados Unidos, pese a haber sido el impulsor del proyecto desistió del mismo y en definitiva se opuso a la ratificación de la Carta de la Habana (que preveía la creación de la Organización Internacional del Comercio”).

Fue de este fracaso de institucionalización que nació el GATT. Cuando se vislumbraba que el Proyecto de la Carta de la Habana difícilmente fuese a ser aprobado, 23 Estados elaboraron - ya en el curso de la Conferencia de Ginebra - el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (suscrito el 30 de octubre de 1947) y, en forma simultánea se aprobaron diversas concesiones arancelarias y comerciales negociadas en ese ámbito. Fue éste un acuerdo que no constituyó ni creó un Organismo Internacional, sino un acuerdo por el cual los signatarios aprobaron un conjunto de reglas bajo las cuales se desarrollarían los intercambios comerciales y que contaba con una estructura institucional muy laxa. Dicha estructura comprendía una conferencia periódica de Estados miembros, asistida por una Secretaría.

Es así que en el marco del GATT se realizaron diversas conferencias (Rondas), pero fue recién en la Ronda Uruguay en 1994, en cuya Acta Final de 15 de abril de 1994 en Marrakech, se incorpora el Acuerdo por el cual se crea la “Organización Mundial de Comercio” (en adelante también OMC). Nuestro país aprobó los Acuerdos resultantes de esa Ronda por Ley 16.671 de 13 de diciembre de 1994.

Cabe señalar, en cuanto resulta pertinente para el presente trabajo que, el Acuerdo sobre la OMC engloba al GATT 1994, que a su vez comprende las disposiciones del GATT de 1947 y una serie de otros instrumentos jurídicos, quedando el GATT reducido a la categoría de mera norma jurídica reguladora de las grandes bases del comercio internacional.¹

Respecto del sistema normativo aprobado bajo el sistema de la OMC, cabe señalar que en función del artículo XII del Acuerdo por el cual se crea la OMC, todo Estado que quiera adherir al mismo, deberá adherir también a todos los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo, esto es, a todos los acuerdos aprobados en la Ronda Uruguay y los que se aprueben a posteriori, con excepción de dos acuerdos actualmente vigentes; el acuerdo sobre Comercio de Aeronaves Civiles y de Contratación Pública, que son acuerdos que fueron negociados en forma plurilateral en la Ronda Tokio (1973 – 1979) y que no son de adhesión obligatoria.

Los Acuerdos de la OMC a los que deben adherir todos sus miembros, regulan con carácter general el comercio de bienes (GATT), servicios y la propiedad intelectual. Establecen los principios de la liberalización, así como las excepciones permitidas. Incluyen los compromisos contraídos por los distintos países de reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio y de abrir y mantener abiertos los mercados de servicios. Asimismo, establecen procedimientos para la solución de controversias y prescriben un tratamiento especial para los países en desarrollo. A este respecto es pertinente destacar que como Acuerdos internacionales que son, constituyen el mínimo común denominador en el que los distintos miembros han llegado a una voluntad común para regular las diferentes materias y aspectos mencionados y que, en calidad de tales, que los erige en normas fundamentales rectoras del comercio internacional, contienen una multiplicidad de principios que constituyen la base de acuerdo sobre el tema.

A partir de la creación de la OMC, el sistema de funcionamiento y de revisión de normas continuaría funcionando bajo el sistema de conferencias ministeriales y negociaciones multilaterales.

Es en este contexto en que el AFC fue ideado y finalmente entró en vigencia en 2017. Efectivamente, en la Conferencia Ministerial de Singapur en diciembre de 1996, algunos Miembros de la OMC solicitaron llevar adelante trabajos tendientes a la simplificación de los procedimientos comerciales. Posteriormente, en 2001 se inició la Ronda Doha, cuyos objetivos fundamentales eran reformar el sistema de comercio mundial, mediante

1 Respecto de la evolución de la OMC, sus acuerdos, los principios básicos del GATT y su relevancia para nuestro derecho positivo, ver con más detalle Pablo González Bianchi: “Aspectos Jurídicos de la Organización Mundial de Comercio y el GATT con referencia a nuestro derecho positivo”. Revista de Comercio Exterior y Aduana No. 3/1997. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997.

la reducción de trabas y flujos comerciales. En ese contexto, en Julio de 2004 se solicitó a los Miembros de la OMC *aclarar y mejorar las siguientes disposiciones del GATT: Artículo V (Libertad de Tránsito); Artículo VIII (Cuotas y Formalidades Relacionadas con la Importación y Exportación); Artículo X (Publicación y Administración de los Reglamentos Comerciales)*.

Así fue que el Comité de Negociaciones Comerciales estableció el Grupo de Negociación sobre Facilitación del Comercio (en adelante el GNFC), órgano encargado de recibir y organizar las múltiples propuestas sobre la referida temática. Tras intensas negociaciones, se llegó a suscribir, en diciembre de 2013, el denominado “Paquete de Bali” en el marco de la Conferencia Ministerial de Bali, que ha sido considerado como el primer acuerdo importante entre los Miembros de la OMC desde 1995.²

El denominado “Paquete de Bali”, abarca entre sus aspectos regulatorios, además de la facilitación del comercio que constituye el objeto del presente trabajo los siguientes: i) el desarrollo de los países menos adelantados; ii) la seguridad alimentaria; iii) el comercio mundial de algodón y; iii) el compromiso para la reducción de los subsidios agrícolas.³

II.B. Vigencia del AFC. Categorías de Disposiciones y Miembros Adherentes. Adhesión de Uruguay. Alcance e inserción en nuestro derecho positivo.

Para la vigencia del AFC se requería la adhesión de las dos terceras partes de Miembros de la OMC (110 Miembros de un total de 164), lo cual fue logrado el 22 de febrero de 2017. Es a partir de esa fecha, que el AFC entra en vigor para todos los Miembros de la OMC, aunque, como veremos, con diferenciaciones de acuerdo a la definición de cada miembro y con la categoría con la cual el mismo haya individualizado sus disposiciones.

Efectivamente el AFC, reconociendo las necesidades y diferentes capacidades de implementación de los Países en Desarrollo⁴ y Menos Adelantados⁵, además de prever asistencia a estos países para su efectiva implementación, ha establecido diversas categorías dentro de sus disposiciones a los efectos de su ratificación y puesta en marcha.

² La Conferencia Ministerial, que se reúne habitualmente cada dos años, constituye el órgano de adopción de decisiones más importante de la OMC. Están representados todos los Miembros de la OMC, (Países o Uniones Aduaneras). Este Órgano puede adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales.

³ Sobre los antecedentes inmediatos y estructura del AFC ver Héctor H. Juárez: “El acuerdo de Facilitación de Comercio en el Mercosur”. El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. No. 13.992. Año LIV. Ed. 268. Universidad Católica Argentina.

⁴ En la OMC no existe definición de países “desarrollados” o “en desarrollo”. Los Miembros pueden decidir por sí mismos si son países “desarrollados” o “en desarrollo”. Sin embargo, otros Miembros pueden no aceptar la decisión de un Miembro de acogerse a las disposiciones previstas para los países en desarrollo. Fuente: www.wto.org.

A este respecto, cabe señalar además que Uruguay, al Ratificar el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, por Ley 16.671, se ha individualizado como país “en desarrollo”.

⁵ Los países considerados Menos Adelantados por la OMC son los siguientes: Afganistán, Angola, Bangladesh, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Chad, República Democrática del Congo, Djibouti, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Haití, Islas Salomón, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Nepal, Níger, República Centroafricana, , Rwanda, Senegal, Sierra Leona, Tanzania, Togo, Uganda, Vanuatu, Yemen, Zambia. Fuente: www.wto.org.

Así, el artículo 14 del AFC (y sin perjuicio de otras disposiciones que precisan con mayor detalle el alcance de cada categoría y su implementación, que no analizaremos, por exceder el objeto de este trabajo)⁶, ha distinguido:

i) Como Categoría “A”, las disposiciones que un País en Desarrollo o Menos adelantado Miembro designe para que sean aplicadas en el momento de la entrada en vigor del AFC o, en el caso de un país menos adelantado, y a su elección, en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor.

ii) Como Categoría “B”, las disposiciones que un País en Desarrollo o Menos adelantado Miembro, designe para que sean aplicadas en fecha posterior a un período de transición después de la entrada en vigor del AFC⁷.

iii) Como Categoría “C”, las disposiciones que un País en Desarrollo o un País Menos adelantado Miembro designe para que sean aplicadas en una fecha posterior a un período de transición después de la entrada en vigor del AFC y que requieren la adquisición de capacidad de aplicación mediante la prestación de asistencia y apoyo a tales efectos.

Nuestro País ratificó el AFC mediante Ley 19.414 promulgada el 30 de junio de 2016. Dicha ratificación fue efectuada (según comunicado previo, de fecha 24 de julio de 2014, dirigido al Comité Preparatorio sobre Facilitación de Comercio), incorporando como Categoría “A” - esto es, cumplimiento total el inmediato del AFC a partir de su vigencia - a casi todas sus disposiciones. Efectivamente, la única excepción se dio con respecto al artículo 7.3. del AFC: “Separación entre el levante y la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas”, la que se aprobó como “Categoría B”.

En cuanto a la inserción del AFC y del Acuerdo por el que se establece la OMC (y todos sus anexos) en nuestro ordenamiento jurídico, como surge de lo antes expresado, los mismos constituyen Leyes vigentes en nuestro país y por tanto tienen rango, vigencia y fuerza de tales, resultando obligatorios para el Estado Uruguayo en tanto le imponen obligaciones. Ello es sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad internacional a nivel de la Organización Mundial de Comercio, que le puede caer a nuestro país, en caso de que un incumplimiento de tales normas llegue a lesionar derechos conferidos bajo dichos Acuerdos a otros Estados Miembros. Esto puede determinar que se genere una controversia, a dirimirse bajo los mecanismos de solución de controversias establecidos en dicho ámbito⁸.

6 Corresponde mencionar que el artículo 23 del AFC crea un “Comité de Facilitación del Comercio”, abierto a la participación de todos los Miembros que se reunirá por lo menos una vez al año, a los efectos de dar a los Miembros la oportunidad de consultarse sobre cualquier cuestión relacionada con el funcionamiento del AFC o la consecución de sus objetivos. Ello sin perjuicio de alentar y facilitar celebración de debates entre los Miembros sobre cuestiones específicas relacionadas con el AFC para lograr soluciones más rápidas y satisfactorias. En este mismo sentido la norma prevé que cada Miembro debe establecer y mantener un Comité Nacional de Facilitación del Comercio.

7 A este respecto, y en cuanto resulta relevante para la ratificación efectuada por nuestro país, cabe señalar que de acuerdo al artículo 16 numeral 1, literales a) y b), para los países en desarrollo Miembros, en el momento de entrada en vigor del AFC, cada uno de ellos debe notificar al Comité las disposiciones designadas para su inclusión como categoría B, y sus correspondientes fechas indicativas para la aplicación y; a más tardar un año después de la entrada en vigor del AFC, deberá notificar sus fechas definitivas para la aplicación de estas disposiciones reservadas como de “Categoría B”, pudiendo solicitar prórroga llegado el momento a tales efectos.

8 Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Anexo 2 al

III. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA GENERAL DEL AFC.

El objetivo del AFC está expresamente indicado en el Preámbulo del mismo y consiste en aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos V (*Libertad de tránsito*)⁹; VIII (*Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación*)¹⁰ y X (*Publicación y apli-*

Acuerdo por el que se establece la OMC.

9 Artículo V. Libertad de tránsito. 1. Las mercancías (con inclusión de los equipajes), así como los barcos y otros medios de transporte serán considerados en tránsito a través del territorio de una parte contratante, cuando el paso por dicho territorio, con o sin transbordo, almacenamiento, fraccionamiento del cargamento o cambio de medio de transporte, constituya sólo una parte de un viaje completo que comience y termine fuera de las fronteras de la parte contratante por cuyo territorio se efectúe. En el presente artículo, el tráfico de esta clase se denomina "tráfico en tránsito". 2. Habrá libertad de tránsito por el territorio de cada parte contratante para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otra parte contratante o procedente de él, que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional. No se hará distinción alguna que se funde en el pabellón de los barcos, en el lugar de origen, en los puntos de partida, de entrada, de salida o de destino, o en consideraciones relativas a la propiedad de las mercancías, de los barcos o de otros medios de transporte. 3. Toda parte contratante podrá exigir que el tráfico en tránsito que pase por su territorio sea declarado en la aduana correspondiente; sin embargo, salvo en el caso de inobservancia de las leyes y reglamentos de aduana aplicables, los transportes de esta naturaleza procedentes del territorio de otra parte contratante o destinados a él no serán objeto de ninguna demora ni de restricciones innecesarias y estarán exentos de derechos de aduana y de todo derecho de tránsito o de cualquier otra carga relativa al tránsito, con excepción de los gastos de transporte y de las cargas imputadas como gastos administrativos ocasionados por el tránsito o como costo de los servicios prestados. 4. Todas las cargas y reglamentaciones impuestas por las partes contratantes al tráfico en tránsito procedente del territorio de otra parte contratante o destinado a él deberán ser razonables, habida cuenta de las condiciones del tráfico. 5. En lo que concierne a todas las cargas, reglamentaciones y formalidades relativas al tránsito, cada parte contratante concederá al tráfico en tránsito procedente del territorio de otra parte contratante o destinado a él, un trato no menos favorable que el concedido al tráfico en tránsito procedente de un tercer país o destinado a él. 6. Cada parte contratante concederá a los productos que hayan pasado en tránsito por el territorio de cualquier otra parte contratante un trato no menos favorable que el que se les habría concedido si hubiesen sido transportados desde su lugar de origen hasta el de destino sin pasar por dicho territorio. No obstante, toda parte contratante podrá mantener sus condiciones de expedición directa vigentes en la fecha del presente Acuerdo, con respecto a cualquier mercancía cuya expedición directa constituya una condición para poder aplicar a su importación los tipos de los derechos de aduana preferenciales o tenga relación con el método de valoración prescrito por dicha parte contratante con miras a la fijación de los derechos de aduana. 7. Las disposiciones de este artículo no serán aplicables a las aeronaves en tránsito, pero sí se aplicarán al tránsito aéreo de mercancías (con inclusión de los equipajes).

10 Artículo VIII. Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación.

1. a) Todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza que sean, distintos de los derechos de importación y de exportación y de los impuestos a que se refiere el artículo III, percibidos por las partes contratantes sobre la importación o la exportación o en conexión con ellas, se limitarán al coste aproximado de los servicios prestados y no deberán constituir una protección indirecta de los productos nacionales ni gravámenes de carácter fiscal aplicados a la importación o a la exportación.
 - b) Las partes contratantes reconocen la necesidad de reducir el número y la diversidad de los derechos y cargas a que se refiere el apartado a).
 - c) Las partes contratantes reconocen también la necesidad de reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y la exportación.
2. Toda parte contratante, a petición de otra parte contratante o de las PARTES CONTRATANTES, examinará la aplicación de sus leyes y reglamentos, teniendo en cuenta las disposiciones de este artículo.
 3. Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular, no se impondrán sanciones pecuniarias superiores a las necesarias para servir simplemente de advertencia por un error u omisión en los documentos presentados a la aduana que pueda ser subsanado fácilmente y que haya sido cometido manifiestamente sin intención fraudulenta o sin que constituya una negligencia grave.
 4. Las disposiciones de este artículo se harán extensivas a los derechos, cargas, formalidades y prescripciones impuestos por las autoridades gubernamentales o administrativas, en relación con la importación y la exportación y con inclusión de los referentes a:

cación de los reglamentos comerciales)¹¹, del GATT. Ello, con miras a agilizar el movimiento, levante y despacho de las mercaderías (incluyendo las mercaderías en tránsito).

Para ello se reconocen las necesidades particulares de los Países en Desarrollo Miembros y en especial de los Países Menos Adelantados, deseando potenciar la asistencia y apoyo para la creación de capacidad en el objeto del acuerdo. Asimismo, se enfatiza la necesidad de una efectiva cooperación – que se trata de fomentar mediante el AFC– en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

Para la consecución de sus objetivos el AFC contiene un pormenorizado desarrollo de

- a) las formalidades consulares, tales como facturas y certificados consulares;
- b) las restricciones cuantitativas;
- c) las licencias;
- d) el control de los cambios;
- e) los servicios de estadística;
- f) los documentos que han de presentarse, la documentación y la expedición de certificados;
- g) los análisis y la inspección;
- h) la cuarentena, la inspección sanitaria y la desinfección.

11 Artículo X. Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales. 1. Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o a la valoración en aduana de productos, a los tipos de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones o prohibiciones de importación o exportación, o a la transferencia de pagos relativa a ellas, o a la venta, la distribución, el transporte, el seguro, el almacenamiento, la inspección, la exposición, la transformación, la mezcla o cualquier otra utilización de dichos productos, serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos. Se publicarán también los acuerdos relacionados con la política comercial internacional y que estén en vigor entre el gobierno o un organismo gubernamental de una parte contratante y el gobierno o un organismo gubernamental de otra parte contratante. Las disposiciones de este párrafo no obligarán a ninguna parte contratante a revelar informaciones de carácter confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público, o pueda lesionar los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas.

2. No podrá ser aplicada antes de su publicación oficial ninguna medida de carácter general adoptada por una parte contratante que tenga por efecto aumentar el tipo de un derecho de aduana u otra carga sobre la importación en virtud del uso establecido y uniforme, o que imponga una nueva o más gravosa prescripción, restricción o prohibición para las importaciones o para las transferencias de fondos relativas a ellas.

3. a) Cada parte contratante aplicará de manera uniforme, imparcial y razonable sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo.
- b) Cada parte contratante mantendrá, o instituirá tan pronto como sea posible, tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otras cosas, a la pronta revisión y rectificación de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras. Estos tribunales o procedimientos serán independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas, y sus decisiones serán ejecutadas por estos últimos y regirán su práctica administrativa, a menos que se interponga un recurso ante una jurisdicción superior, dentro del plazo prescrito para los recursos presentados por los importadores, y a reserva de que la administración central de tal organismo pueda adoptar medidas con el fin de obtener la revisión del caso mediante otro procedimiento, si hay motivos suficientes para creer que la decisión es incompatible con los principios jurídicos o con la realidad de los hechos.
- c) Las disposiciones del apartado b) de este párrafo no requerirán la supresión o la sustitución de los procedimientos vigentes en el territorio de toda parte contratante en la fecha del presente Acuerdo, que garanticen de hecho una revisión imparcial y objetiva de las decisiones administrativas, aun cuando dichos procedimientos no sean total u oficialmente independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas. Toda parte contratante que recurra a tales procedimientos deberá facilitar a las PARTES CONTRATANTES, si así lo solicitan, una información completa al respecto para que puedan decidir si los procedimientos citados se ajustan a las condiciones fijadas en este apartado.

herramientas diversas. El conjunto de disposiciones del AFC se divide en tres secciones, que a su vez se sub-dividen en capítulos.

Así, la Sección I, contiene disposiciones para agilizar el movimiento, liberación y despacho de los bienes (incluyendo la mercadería en tránsito). Es la se aboca a la aclaración y desarrollo de los artículos V, VIII y X del GATT y establece disposiciones para la cooperación aduanera.

La Sección II, establece los tratamientos especiales y diferenciados para los países menos adelantados y en desarrollo, consagrando las categorías desarrolladas más arriba para la implementación en el tiempo del AFC.

Finalmente, la Sección III, contiene las disposiciones que establecen el Comité Permanente para la Facilitación del Comercio en el ámbito de la OMC, consagrando el deber de los países Miembros de establecer un Comité Nacional con la misma finalidad.

Como hemos anticipado, el eje del presente análisis contiene un desarrollo parcial del AFC, concretamente de las disposiciones contenidas en la Sección I para, a partir de ellas realizar un análisis de principios del GATT, de nuestro ordenamiento jurídico y en particular de dos principios fundamentales, el de Verdad Material y Razonabilidad.

Corresponde pues comenzar este análisis a partir de las normas fundamentales del GATT.

IV. LAS NORMAS FUNDAMENTALES (PRINCIPIOS) CON RELEVANCIA EN EL INFRACCIONAL ADUANERO. ARTÍCULOS V, VIII Y X DEL GATT. ANÁLISIS.

A. Precisión previa.

Tal cual se ha indicado más arriba, es objetivo del AFC aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos V (*Libertad de tránsito*); VIII (*Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación*) y X (*Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales*) del GATT, con miras a agilizar el movimiento, levante y despacho de las mercaderías (incluyendo las mercaderías en tránsito); esto es, con la finalidad última de lograr la facilitación del comercio internacional.

Pues bien, todo el desarrollo que realizaremos a continuación está orientado a demostrar que no hay elemento más facilitador del comercio internacional, del comercio interno, y en general de cualquier relación humana, que la Seguridad Jurídica que emana de la existencia de reglas claras y el cumplimiento de las mismas, así como de la sujeción a los principios y, en definitiva, los valores que constituyen la base de tales principios generales del derecho.

Debemos entonces partir, a los efectos de este análisis, de las normas del GATT que el AFC pretende desarrollar. Hemos incluido su texto completo en las notas al pie, por lo

que aquí meramente extractaremos para su comentario, disposiciones concretas de los artículos a analizar, que abonan la tesis que aquí sustentamos.

B. El artículo V del GATT (Libertad de Tránsito). Análisis parcial.

La referida norma, consagra la libertad de tránsito de mercaderías y medios de transporte, sin discriminación de ningún tipo (pero claro está, con la posibilidad de establecer la obligatoriedad de realizar la correspondiente declaración aduanera) y con el deber para los Estados Miembros de no demorar, detener ni restringir el tránsito por el territorio aduanero, *salvo inobservancia de las leyes y reglamentos de aduana aplicables*. (Ver párrafo número 3).

Esta norma, debe complementarse – entre otras - con las normas que imponen un deber de transparencia (que entre otras cosas abarca el deber de difundir ampliamente la normativa aduanera), es un claro llamado al **actuar razonable** por parte de las Administraciones de Aduana y demás autoridades competentes, en base al cumplimiento del principio de legalidad. Esto es, la libertad de tránsito como principio, salvo el caso de que se constate la inobservancia de leyes y reglamentos de aduana aplicables.

Esta referencia normativa (la que alude a “inobservancia de leyes y reglamentos de aduana aplicables”) debe entenderse en el marco de nuestra legislación vigente, hecha al concepto de “Legislación aduanera”. Dicho concepto está definido en el artículo 2 del Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay, aprobado por ley 19.276 (CAROU) como: “*Las disposiciones legales¹², sus normas reglamentarias y complementarias, así como las resoluciones de carácter general dictadas por la Dirección Nacional de Aduanas en ejercicio de sus competencias legales, relativas a la importación¹³ y exportación de mercadería, los destinos y las operaciones aduaneras*”.

No está demás - aún resultando obvio – precisar que una eventual detención, demora o restricción de una operación de tránsito efectuada por ejemplo en base a una norma reglamentaria (como puede ser un decreto o resolución general de la Dirección Nacional de Aduanas), sólo será legítima en la medida en que dicha norma sea legítima y consistente con la normativa de rango superior (Ley/Constitución)¹⁴.

C. El artículo VIII del GATT (Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación). Análisis parcial.

Del artículo VIII, para cuanto interesa a los fines de este trabajo, corresponde destacar el párrafo 3, que establece que “*Ninguna parte contratante impondrá sanciones severas por infracciones leves de los reglamentos o formalidades de aduana. En particular, no se impondrán sanciones pecuniarias superiores a las necesarias para servir simplemente de advertencia por un*

12 Esta referencia debe entenderse comprendiendo a los Acuerdos Internacionales internalizados por Ley en nuestro país, incluyendo pero sin limitarse a los propios Acuerdos de la OMC.

13 Aquí cabe recordar que la operación de Tránsito es bajo el sistema normativo del CAROU un régimen aduanero común a los destinos aduaneros de importación y de exportación.

14 Sobre este punto en concreto, hemos dado nuestra opinión en la publicación: “Medidas en Frontera por presuntas contravenciones a la Ley de marcas. Su falta de sustento jurídico”. Revista de Derecho y Tribunales, Amalio M. Fernández, No. 23, octubre de 2013.

error u omisión en los documentos presentados a la aduana que pueda ser subsanado fácilmente y que haya sido cometido manifiestamente sin intención fraudulenta y sin que constituya una negligencia grave”.

También esta norma llama a la Administración a un actuar razonable, que tienda a buscar la verdad material en cada caso, y a aplicar sanciones solamente en los casos en que sustancialmente haya habido un fraude o desviación, o un actuar que implique una grave negligencia¹⁵. En los demás casos requiere, en el marco de ese actuar razonable, la aplicación de sanciones que meramente puedan servir como advertencia¹⁶. Reclama además la habilitación de la subsanación de errores u omisiones que puedan serlo fácilmente.

Se deriva de ello, el deber de actuar de buena fe de la Administración, y a no pretender la aplicación de sanciones cuando no exista un incumplimiento sustancial, debiendo habilitarse, como se ha dicho la posibilidad de subsanación de errores formales¹⁷, toda vez que no resulte en forma evidente que se ha producido un incumplimiento sustancial.

Otros principios implicados en esta norma, sobre los que no nos extenderemos por exceder el objeto del presente son el de proporcionalidad de las sanciones y la aplicación de las mismas en base a principios de culpabilidad (excluyendo así la posibilidad de adjudicar responsabilidad en forma objetiva, esto es, prescindiendo del análisis de la conducta del sujeto).¹⁸

D. Artículo X del GATT (Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales). Análisis parcial.

Esta norma consagra el deber de Transparencia con el que debe actuar la Administración. Para garantizarla, establece¹⁹ el deber de publicar las normas que regulan el comercio internacional, incluyendo los acuerdos internacionales, decisiones judiciales,

15 Consideramos que aún de configurarse una “grave negligencia”, es claro del texto y contexto de la norma, que debe producirse un incumplimiento sustancial para habilitar la imposición de sanciones de entidad, distintas de aquéllas que actúen como mera disuasión para actuar en forma diligente o más diligente en el futuro.

16 Opinamos que éste sería el caso de observaciones, apercibimientos, o eventualmente multas de escasa entidad.

17 Entendemos que claramente en esta categoría se encuentran comprendidos los errores evidentes, que surjan como tales de la declaración aduanera considerada como un todo, tal como lo exige el Decreto 312/98 por el que se crea el “Documento Único Aduanero” (“DUA”). Dicha norma establece que las “declaraciones aduaneras deberán ser fidedignas y realizarse de conformidad a las informaciones obtenidas de los documentos presentados, los cuales a todos los efectos forman parte integrante de la misma” (el destacado no está en el original).

18 Sobre este punto sólo mencionaremos que esta “responsabilidad objetiva”, lamentablemente no ha sido dejada del todo de lado en el CAROU, ya que el texto del artículo 213.3 mantiene esta posibilidad de imputación (que no deja de ser opinable y admite diversos cuestionamientos) para las infracciones de contravención y diferencia.

El artículo 213 del CAROU reza: “ARTÍCULO 213 (Responsabilidad).

Las infracciones aduaneras de defraudación, defraudación de valor, desvío de exoneraciones y contrabando se imputarán a título de culpa o dolo.

La multa por las infracciones referidas en el numeral anterior podrá reducirse hasta en un 50% (cincuenta por ciento) en caso que se pruebe haber actuado con culpa.

En las infracciones aduaneras de contravención y de diferencia no será admisible ninguna excusa fundada en la buena fe, en el error propio o ajeno o en la falta de intención de perjudicar o defraudar al Fisco.”

19 En lo que entendemos constituye una disposición autoejecutable (esta parte de la norma), en cuanto es susceptible de aplicación inmediata sin requerir una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad.

etc., salvo que tal publicación vulnere algún deber de confidencialidad. En este sentido, ninguna medida general que aumente derecho o cargas o establezca prescripciones más gravosas, restricciones o prohibiciones para las importaciones o transferencias de fondos, puede ser aplicada antes de su publicación.

Respecto del principio de transparencia se ha indicado que la misma tiene que ver con suministrar a los interesados (y eventualmente competidores entre sí) la oportunidad de acceder y conocer a las reglas con una base no discriminatoria. No tiene que ver con la igualdad del resultado. La Transparencia no demanda que cada competidor existente o potencial realmente entienda y aplique las reglas con igual grado de precisión o adecuación. Meramente demanda que cada “jugador” actual o potencial tenga la chance de hacerlo. El objeto de ello es asegurar que las normas relativas al comercio internacional sean lo suficientemente transparentes como para evitar que se constituyan en barreras no arancelarias.²⁰

Establece además en forma expresa que las partes contratantes aplicarán de manera *uniforme, imparcial y razonable* sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas antes referidas.

Indica asimismo que deberán instituirse y mantenerse tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otras cosas, a la pronta revisión de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras. Señala especialmente que estos tribunales o procedimientos deberán ser independientes de los organismos encargados de aplicar las medidas administrativas.

Obliga también a que, las decisiones de estos tribunales u órganos de revisión *sean ejecutadas por la Administración y que ésta sujete a dichas decisiones su práctica administrativa posterior.*

Esta norma, además de una clara alusión al principio de razonabilidad - que más adelante desarrollaremos - en la aplicación de la normativa en la materia, reclama no sólo la existencia de tribunales independientes, sino que también mandata a la Administración a que se avenga a sus resoluciones y, también en aplicación del principio de razonabilidad, ajuste su actuar futuro a las decisiones de estos tribunales en los temas discutidos ante los mismos.

Esto llama a un actuar coherente, razonable - y también, claro está, de buena fe - por parte de la Administración la que, una vez determinado que ha actuado incorrectamente o que ha sostenido una posición que luego no resulta avalada judicialmente, debería rever todo su actuar - en forma Orgánica y consistente - para no repetir esa forma de proceder.

Como hemos indicado, y desarrollaremos a continuación, el AFC contiene herramientas puntuales para el desarrollo de los principios antes referidos. A continuación, realizaremos el análisis correspondiente.

20 Bhala, Raj: “International Trade Law: Theory and Practice”, Lexis Nexis, Estados Unidos, 2000, pág. 504.

V. ALGUNAS HERRAMIENTAS DEL AFC PARA LA CONCRECIÓN DE LOS PRINCIPIOS. ARTÍCULO 6.3. - DISCIPLINAS EN MATERIA DE SANCIONES.

Como se ha indicado, el AFC pretende aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos del GATT referidos en el capítulo previo a través de una precisión y desarrollo de sus disposiciones, conteniendo obligaciones concretas para los países (que requerirán, si no existen previamente, la reglamentación correspondiente).

Cabe recordar nuevamente que, estas disposiciones constituyen el “mínimo común denominador” sobre el que se han puesto de acuerdo los Miembros de la OMC y que aún siendo normas si se quiere “reglamentarias” de las disposiciones del GATT, mantienen un cierto grado de generalidad y apertura que deja abierto un margen de flexibilidad para la reglamentación interna de cada Estado miembro.

Una vez más, en el presente capítulo reseñaremos parcialmente la normativa del AFC, concretamente del artículo 6.3. (Disciplinas en materia de sanciones), por referir al aspecto concreto de nuestro análisis, el infraccional aduanero y dentro de él, tres principios que entendemos fundamentales: el de razonabilidad; el de verdad material y el de buena fe.

La referida norma establece que cada Miembro se asegurará de que las sanciones por la infracción de una ley, reglamento o formalidad de aduana se impongan únicamente a la persona o personas responsables de la infracción con arreglo a sus leyes, en una clara referencia al principio de culpabilidad. No resulta claro según se indica más arriba, cómo se puede compatibilizar esta norma con la pervivencia en el artículo 213 del CA-ROU más arriba mencionado, de una norma que pretende mantener la “responsabilidad objetiva” para las infracciones de contravención y diferencia

Continúa indicando, en lo que claramente es una referencia al principio de verdad material, que “*la sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso*”. ¿Qué implica esto? Pues que no pueden imponerse sanciones por incumplimientos formales, cuando los hechos del caso determinen que en lo sustancial no ha existido incumplimiento. Todo lo contrario, tal como lo preceptúa el artículo VIII del GATT, en caso de existir errores o defectos de forma fácilmente subsanables, tal oportunidad debe ser garantizada por la Administración para, sólo en la hipótesis de que exista un incumplimiento sustancial, aplicar algún tipo de sanción significativa al Administrado.

Luego la norma volverá a referir al principio de proporcionalidad/graduación de las sanciones indicando expresamente que las mismas dependerán del grado y gravedad de la infracción cometida.

Requiere, claro está que la resolución sea fundada “... se facilite a la persona ..., una explicación por escrito en la que se especifique la naturaleza de la infracción y la ley, reglamento o procedimiento aplicable en virtud del cual se haya prescrito el importe o el alcance de la sanción por la infracción”; y alienta finalmente a los Miembros a que, cuando se releve voluntariamente infracción se tenga en cuenta ello como posible atenuante, apelando una vez más

a los principios de buena fe y razonabilidad.

VI. NUESTRAS NORMAS Y PRINCIPIOS INTERNOS. RELACIÓN CON LAS NORMAS FUNDAMENTALES DEL GATT Y EL AFC.

Pues bien, como hemos visto, nos encontramos ante una norma (el AFC), con un contenido regulatorio en general muy detallado, que en lo que tiene que ver con los aspectos vinculados a las infracciones y sanciones nos remite y recuerda, una vez más, mediante preceptos concretos, que en la base de cualquier regulación – y por qué no también en su vértice – deben estar los principios fundamentales del derecho. Así, y como surge del análisis precedente, nos remite en forma reiterada a diversos principios que hemos mencionado. Nos abocaremos al análisis de dos de ellos, el de Verdad Material y el de Razonabilidad, que entendemos indisolublemente ligados.

Claro está que, aunque no lo desarrollemos en profundidad, una aplicación de buena fe de las normas positivas y principios vigentes en cualquier ordenamiento por parte del Estado es un requisito ineludible para el correcto funcionamiento del estado de derecho. Se nos puede indicar, y muy rápidamente, que un conjunto de principios no puede por sí sólo determinar la regulación del infraccional aduanero, por cuanto es inherente a la aplicación de cualquier infracción que la misma se haga, entre otros, y fundamentalmente, con arreglo al principio de tipicidad, que requiere que la norma legal refiera *ex ante* el supuesto de hecho del que se deriva una sanción, debiendo definir con la mayor precisión posible, la acción prohibida y la correlativa sanción. Esto es, sin adecuación típica, no puede aplicarse sanción alguna.

Si bien lo anterior resulta evidente, no podemos dejar de postular lo que muchos autores han hecho antes que nosotros y es que, *a la hora de interpretar y aplicar* las normas que establecen infracciones (y que sólo pueden hacerlo con arreglo al principio de tipicidad antes referido), son los principios generales del derecho, entre ellos los dos mencionados -que como vimos son indisolubles del principio de buena fe, y también lo son del de debido proceso -, los que determinarán si en definitiva la aplicación será correcta, y la eventual sanción terminará siendo justa.

Coincidimos con Barbé Pérez, Real, Cajarville y Martins,²¹ en que los principios generales del derecho, constituyen fuente directa y principal de nuestro ordenamiento jurídico y no fuente supletoria de derecho, como lo entiende en general la doctrina.

Entienden los referidos autores,²² luego de un exhaustivo análisis que, bajo el artículo 72 de nuestra Constitución²³, los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno no requieren estar contenidos o expresados en los textos constitucionales para tener vigencia jurídica.

21 Barbé Pérez, Héctor; Real, Alberto Ramón; Cajarville Peluffo, Juan Pablo; Martins, Daniel Hugo. Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Abril de 2005.

22 Barbé Pérez et alli, páginas 28 y siguientes.

23 El Artículo 72 de la Constitución establece: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”

Afirman por consiguiente que nuestro derecho positivo admite la vigencia de derechos fundamentales no escritos en base a la norma antes citada, y su aplicación aún sin la respectiva reglamentación.

Enfatizan así, que la disposición del artículo 332 de la Constitución²⁴ sólo puede ser interpretada en conjunto con la del artículo 72, y afirman entonces que nuestro derecho positivo admite la vigencia de derechos fundamentales no escritos (artículo 72) y su aplicación aún sin la reglamentación respectiva (artículo 332). Indican expresamente: “Por definición los p.g.d. se refieren a las normas de un sector del orden jurídico y se aplican salvo que se haya establecido especialmente una excepción... ellos pueden estar formulados en normas escritas o no. Su especificación se realiza por texto expreso, en la constitución o la ley. Si no se encuentra especificado en la ley, sirven los fundamentos de leyes análogas, porque ellas no son sino una especificación del principio, más concreta, por tanto, que p.g.d., que, por ser tal, es general. Si no hay ley análoga se recurre al principio.”

Continúan explicando que, en realidad, siempre recurrimos al principio, directamente o a través de especificaciones. Cuando hay especificación para el caso en cuestión se debe recurrir a ésta, si no la hay, se recurre a la especificación del principio contenida en una norma análoga. Enfatizan que ninguna norma puede afectar el principio o éste dejaría de ser tal; puede especificarse para ciertas circunstancias, puede inclusive aclararse que las mismas quedan excluidas de la aplicación del principio; pero lo que no puede hacerse es afectarlo, negarlo o contrariarlo.²⁵

Pues bien, como hemos visto, en cuanto al tema que nos ocupa, tanto el GATT, como el AFC recogen los principios que consideramos medulares y que queremos aquí desarrollar, como son los principios de Verdad Material, Razonabilidad y Buena Fe y que abordaremos en el siguiente capítulo.

VII. LOS PRINCIPIOS DE VERDAD MATERIAL Y RAZONABILIDAD. CONCRECIÓN NORMATIVA. DESARROLLO.

Más allá de su característica de principios generales del derecho, podemos ver cómo estos dos principios tienen una concreción (especificación) en nuestro derecho en la norma reglamentaria general que rige la actividad de la Administración Central, y por tanto que rige particularmente la actividad de la Dirección Nacional de Aduanas, en su carácter de Órgano administrativo nacional competente para aplicar la legislación aduanera.²⁶

Así el artículo 2 del Decreto 500/991 (Principios del Procedimiento Administrativo en General)²⁷, consagra los principios generales a los que debe sujetarse la Adminis-

24 El Artículo 332 de la Constitución dispone: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

25 Barbé Pérez et alli, página 30.

26 Así definido en el artículo 6° del CAROU.

27 “Artículo 2°.- La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con

tración Pública incluyendo expresamente los de verdad material (lit. d), y presunción de verdad salvo prueba en contrario (lit. k). En relación al último de los nombrados, según indica Cajarville, la presunción no aparece limitada a las afirmaciones de ciertos sujetos, de manera que debe entenderse aplicable a todos los que intervienen en el procedimiento, esto es, tanto a la Administración como a los interesados. Al decir del autor, esta conclusión se enuncia integrando el mismo principio que impone a “todos los partícipes del procedimiento”, actuar con lealtad y buena fe (art. 6° Dec. 500/991) y se respalda además en la presunción de legitimidad de la actuación administrativa, frente a la cual la presunción de verdad extendida ahora a los interesados, aparece para el autor como un saludable contrapeso.²⁸

Pero la norma va más allá, y expresamente indica lo que la doctrina señalada en el capítulo anterior enfatiza, y esto es que, los principios que menciona servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. Valida así la afirmación de que los principios generales del derecho informan a todo el derecho, aunque existan reglas específicas para situaciones concretas. Esto es, sólo conforme a los principios generales del derecho es que puede realizarse la correcta interpretación y aplicación de las reglas de procedimiento.

VII.1. Verdad Material.

En concreto, bajo el principio de verdad material, de acuerdo a las disposiciones del artículo 4 del Decreto 500/991, la Administración está obligada a ajustarse a la verdad material de los hechos, sin que la obliguen los acuerdos entre los interesados acerca de tales hechos ni la exima de investigarlos, conocerlos y ajustarse a ellos, la circunstancia de no haber sido alegados o probados por las partes.

Esto es, más allá de acuerdos y formalidades, la Administración debe averiguar la verdad y ajustarse a ella.

sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad;
- b) legalidad objetiva;
- c) impulsión de oficio;
- d) verdad material;
- e) economía, celeridad y eficacia;
- f) informalismo en favor del administrado
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;
- h) delegación material;
- i) debido procedimiento;
- j) contradicción;
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
- l) motivación de la decisión;
- m) gratuidad

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.”

28 Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre Derecho, Administrativo*, Tomo II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 3ª Edición, Noviembre de 2012, página 191.

Como ha señalado en la doctrina administrativista Cajarville: “los Actos administrativos deben fundarse en motivos reales, verdaderos; si así no fuera, el acto es ilegítimo”. Indica, además: “... la *“verdad material”* es lo que surge del diligenciamiento de todos los medios de prueba conducentes a esclarecer los hechos relevantes, valorados conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso. Conforme a esas reglas, *las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con la sana crítica, salvo texto legal que disponga una regla de apreciación diversa* (C.G.P. art. 140) y *para inferir del hecho conocido el hecho a probar, se aplicarán las reglas de la experiencia común extraídas de la observación de lo que normalmente acaece* (C.G.P. art. 141)”.²⁹ (Los destacados son nuestros).

De este modo, la doctrina especializada en materia administrativa, acudiendo a principios y criterios básicos del derecho procesal – que naturalmente informan a los procesos y procedimientos administrativos – pone en evidencia que la Administración, en la recta aplicación del principio de verdad material, tiene el poder-deber de analizar toda la prueba de que dispone, no sólo considerando cada medio de prueba individualmente, sino también toda la prueba en su conjunto (volviendo aquí por ejemplo y en cuanto nos interesa, a la noción de la declaración aduanera como un todo), y conforme a las reglas de la sana crítica.

Desarrollos más profundos en la materia (cuyas conclusiones son coincidentes con las anteriores), pueden encontrarse en la doctrina del derecho procesal, donde también está consagrado el principio de verdad material como rector de la actividad judicial. A este respecto, Michele Taruffo analiza las concepciones y objetivos del proceso, planteando la dicotomía entre la concepción que entiende que uno de los principales objetos del proceso es establecer la verdad de los hechos, con la que establece como una de las principales finalidades la de resolver los conflictos.³⁰

En el primer caso, entiende el autor que, mientras el concepto de verdad judicial puede ser discutido, la posición resulta clara en cuanto a la verdad de los hechos en disputa que se asume como una meta del proceso judicial y como un rasgo necesario de las decisiones judiciales. En este caso, señala que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio y la verdad debería ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. Por consiguiente, los elementos de prueba se deberían concebir como el medio que puede y debería ser usado para establecer la verdad de los hechos relevantes. Enfatiza el autor: “Esta forma de pensar se vincula estrictamente con las teorías del proceso civil según las cuales la función fundamental del proceso judicial es aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia. Desde esta perspectiva, una decisión legal y justa sólo se puede fundar en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso”³¹ (Las negritas no están en el original).

A esta visión del proceso como forma de buscar la verdad, se contraponen según Taruffo la teoría del proceso civil como resolución de conflictos, donde no es realmente

29 Juan Pablo Cajarville Peluffo, Ob. cit. páginas 194 y 195.

30 Michele Taruffo, La Prueba, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2008, páginas 20 a 23.

31 Michele Taruffo, obra citada, página 20.

necesario establecer la verdad de los hechos en disputa. La manera de armonizar las perspectivas divergentes según el mismo, se basa en la suposición de que la mejor solución posible para una controversia es una decisión “adecuada y correcta”. Y una decisión no puede revestir tales características, a menos que se base en un juicio verdadero acerca de los hechos. Es por demás elocuente cuando señala que *“Dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del “Estado de derecho”, una buena solución sólo se obtiene por medio de una decisión legítima (es decir, apropiada y justa). Sin embargo, una decisión no es legítima si las normas que regulan el caso no se aplican adecuadamente a ese caso específico; es decir, si la norma no se aplica apropiadamente a los hechos a los que debe ser aplicada. Dicho de manera sucinta: ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente.”*³²

En esta concepción, y en sus palabras, la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo final en sí misma, sino una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa.

VII.2. Razonabilidad.

Claro está que en esa búsqueda de una decisión apropiada, legítima y justa, además y como motor que le impone la correcta aplicación de la Regla de Derecho (en la que, como hemos visto, están comprendidos los Principios Generales del Derecho), la Administración debe actuar en forma razonable. Pareciera ser éste un concepto muy claro, muy evidente, tal vez por ser tan utilizado, pero debemos preguntarnos en qué consiste este principio.

Ello, no sin antes decir, con Cajarville, en cita del maestro Couture³³, que el standard de razonabilidad, constituye el límite de la discrecionalidad.

Como indica Couture, la razonabilidad como standard jurídico, es una línea de conducta general susceptible de abarcar numerosas situaciones, representativa en cierta medida de comportamiento social. Señala que la idea de razonabilidad, es uno de los más valiosos standards jurídicos de nuestro tiempo.

Doctrina y jurisprudencia han acudido a esa idea de razonabilidad para apreciar la legitimidad del ejercicio de la potestad discrecional y por ende el acto que sea su producto, invocando expresa o implícitamente la existencia de un principio de derecho que impone al Estado obrar razonablemente.

Al decir de Cajarville: *“El principio de razonabilidad evoca en última instancia la exigencia de un comportamiento conforme a la razón, tanto en su significación primaria de facultad o capacidad de alcanzar el conocimiento de esencias y valores y de obrar conforme a fines, como en la otra de proporción (ratio) resultante de una comparación.”*³⁴

32 Michele Taruffo, obra citada, página 23.

33 Juan Pablo Cajarville Peluffo, Ob. cit. páginas 55 y ss.

34 Juan Pablo Cajarville Peluffo, Ob. cit. página 56.

Indica que la razonabilidad del comportamiento se debe apreciar en primer lugar según las reglas de la lógica, en cuanto las mismas son las que señalan las condiciones formales de la inferencia válida que está en la base de aquella facultad. Advierte sin embargo que no basta la corrección formal del razonamiento; la razonabilidad también debe apreciarse según las reglas técnicas propias de la materia de que se trate. Ello permitirá ponderar la adecuación de lo dispuesto a la circunstancia de hecho en el análisis.

Concretamente en cuanto a la valoración jurídica, el autor apunta que la misma consiste en un juicio de conformidad o disconformidad del comportamiento con las reglas de derecho aplicables. Cuando se trata de aquellas reglas de derecho que recaen sobre la discrecionalidad sin eliminarla, ellas pueden tolerar en cada caso, considerando sus especiales circunstancias, soluciones diferentes. Indica que la resolución que se adopte debe ser la resultante de la estimación de los valores en que se apoya y de los intereses que contempla la regla de derecho a aplicar, la jerarquía de estos valores e intereses y la preeminencia que se otorgue a unos u otros o el equilibrio entre ellos a que se arribe en la situación concreta planteada.³⁵

Así considerada, la razonabilidad aparece para el autor como un criterio estimativo o valorativo de aplicación, en el caso concreto, de aquellas reglas flexibles que recaen sobre la potestad discrecional.

El órgano actuante debe entonces respetar los juicios de valor y la ponderación de intereses contenidos en el sector del ordenamiento jurídico que vincula su actuación. Ellos, al decir del multicitado autor serán los siguientes: la constitución para el legislador; la constitución, las leyes y los reglamentos **legítimos** para el administrador y el juez; *incluyendo en ambos casos los principios generales de derecho según corresponda por su jerarquía*. Indica que las reglas de ese sector del ordenamiento contienen valoraciones y jerarquizaciones de valores e intereses que se imponen con la eficacia formal de las normas en que están consagrados, aunque éstas no sean directamente aplicables al caso.

Señala Cajarville que la razonable idoneidad de la actividad administrativa para el fin debido constituye en nuestro derecho un requisito de legitimidad y que su contralor jurisdiccional adquiere primordial importancia frente a la actuación de la Administración contemporánea. Entendemos con el multicitado autor que al efectuar la valoración de idoneidad o inidoneidad según los criterios de razonabilidad, el órgano jurisdiccional no afecta la discrecionalidad de la Administración, sino que hace valer sus límites jurídicos externos.

El control jurisdiccional resulta así la garantía última de los derechos de los administrados, pero más que ello, la garantía final de la adecuada aplicación del sistema jurídico nacional y por ende de los principios que lo informan. Claro está que una aplicación razonable de la normativa vigente, será la que garantice la aplicación de los principios aquí analizados y de otros que se desprenden, infieren o los informan, tales como el de buena fe, proporcionalidad de las sanciones, debido proceso, etc.

35 Juan Pablo Cajarville Peluffo, Ob. cit. página 58

VII.3. El principio de Buena Fe.

Del mismo modo que nos ha sucedido con el tema que nos propusimos abordar, que por sí sólo nos condujo al desarrollo del tema de los principios generales del derecho, nos ha sucedido con el principio de Buena Fe. Todo nuestro desarrollo y análisis, determina que no podamos dejar de mencionar que, para que un sistema de derecho realmente funcione, es mandatorio que el mismo sea aplicado de Buena Fe por los participantes del sistema.

Pues bien, nuestra referencia para este desarrollo es de inicio, y una vez más Cajarville, quien con su habitual claridad, señala que el artículo 2° literal k) del Decreto 500/991 proclama **“el principio informador de todo el ordenamiento jurídico, que impone obrar de buena fe y con lealtad”**. En este sentido, el autor nos recuerda que dicho principio está explicitado en el artículo 6 de la misma norma que textualmente establece que: “las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento ajustarán su conducta al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe”.³⁶

Complementando lo anterior, resulta por demás ilustrativo citar al maestro Couture quien define a la buena fe procesal (en definición también aplicable al procedimiento administrativo), como la *“Calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón”*.³⁷

Como hemos indicado más arriba, una clara “especificación” de este principio es el deber de la Administración de ajustar su actuar posterior a las sentencias firmes, si sostuvo una determinada posición y el o los órganos jurisdiccionales actuantes le negaron razón.

Implica pues una aplicación honrada del derecho sustancial, de los principios fundamentales del derecho y de las normas del procedimiento, en el entendido claro está que el debido proceso implica la adecuada consagración de los derechos de defensa de los administrados y claro está, de los intereses de la Administración. Pero en este último caso, tales finalidades sólo pueden lograrse en el marco y bajo la más estricta aplicación – de buena fe - del principio de legalidad, en tanto conducta realizada de acuerdo a lo que establece la ley³⁸, entendida a nuestro juicio en sentido amplio, como sistema jurídico de derecho, con todas las implicancias desarrolladas en el presente trabajo.

VIII. CONCLUSIÓN: AL FINAL EL PRINCIPIO. LOS PRINCIPIOS. EL SISTEMA DE DERECHO.

Entendemos con Barbé Pérez, Real, Cajarville y Martins, que los principios generales del derecho cumplen una función doblemente estabilizadora en relación al fondo del

36 Juan Pablo Cajarville Peluffo, Ob. cit. página 190.

37 Couture, Vocabulario Jurídico. 3ª Edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa. Editorial BdeF, Montevideo, 2004, pág 139.

38 Couture, obra citada, pág. 466.

derecho ya que, al gozar de una cierta estabilidad en el tiempo, presentan la ventaja de permanencia sobre las reglas propiamente jurisprudenciales y sobre la ley permitiendo entre otras cosas atenuar los inconvenientes de una transformación que pudiera ser demasiado radical de los cuadros del derecho administrativo. En sus palabras “... *desempeñan su función estabilizadora impidiendo la afectación de las bases mismas del ordenamiento jurídico: de la persona humana, su libertad e igualdad; de la eficiencia de la administración; de la forma republicana de gobierno. Lo realizan sin trabajar las posibilidades de modificación impuestas por las nuevas circunstancias, las exigencias de una mayor justicia o el progreso social, mediante una formulación general clara, pero nada rígida, que permite especificaciones adecuadas a esas posibilidades.*”³⁹

Lo evidente de esta afirmación nos ha golpeado - con el carácter casi de “verdad revelada” que tienen las grandes creaciones intelectuales, cuya virtud es a nuestro juicio descubrir aquello que ya existía en el universo – al disponernos a preparar este trabajo.

Como hemos indicado más arriba pretendimos realizar una exposición sobre la contribución este nuevo (nuevo en comparación con la vigencia de los anteriores) acuerdo internacional tendiente a la Facilitación del Comercio, para encontrarnos que las claves de tal facilitación ya existían en el sistema jurídico internacional preexistente, y concretamente en nuestro sistema jurídico de derecho.

Ello nos lleva a plantear una vez más (sin introducir ninguna novedad sobre desarrollos previos) si la vía de dictar cada vez normas más específicas es un resorte realmente válido y eficaz para lograr el cumplimiento de las reglas de derecho (como parece haber sido el criterio que impulsó la aprobación del AFC y como parece ser la tendencia nacional, y con carácter general mundial en materia regulatoria), o si la vía no debería ser lo que nos ha sucedido aquí en forma absolutamente involuntaria; la de la revalorización de los principios generales del derecho como lo han propuesto nuestros Maestros

¿No será que la excesiva regulación - y consiguiente ultra-especialización de los aplicadores del derecho (en cuanto nos ocupa a los funcionarios de las Administraciones de Aduana) – hace que los actores se concentren en el “árbol” y pierdan de vista el “bosque” que constituye el sistema jurídico?

¿No será que el sistema jurídico existente – entendido como el sistema orgánico de valores, principios y normas positivas – contiene en sí todas sus respuestas? ¿No será que debiéramos analizar qué normas por sobreabundantes, reiterativas o superpuestas con otras normas en lugar de favorecer el cumplimiento lo entorpecen? ¿No será que aunque por razones de eficiencia deban existir en la Administración técnicos y profesionales especializados por área de trabajo, los mismos– o quienes en definitiva deben decidir jurídicamente cómo proceder – deben tener muy presente el sistema jurídico (lo que no constituye algo distinto de la garantía de “idoneidad” de la que habla Cajarville)?

La intención de realizar el análisis que el título proponía (y digo “proponía” porque estimo que parte de ese propósito se ha perdido en el camino por la fuerza que tienen en el tema propuesto los principios generales del derecho), ha hecho, por la vía de la

39 Barbé Pérez et alli, pág. 33.

reflexión abierta que se ha generado en quien escribe, justamente el efecto contrario. El efecto generado ha sido el de la revalorización de los principios y fundamentos del derecho y no sólo eso, también de aquéllos autores que contribuyeron y contribuyen a formar las bases del conocimiento de quienes han elegido el derecho – en cualquiera de sus manifestaciones – como profesión.

Esta “constatación” es reforzada por la evidencia empírica que demuestra que en la materia que ejercemos, buena parte de los casos se resuelvan jurisdiccionalmente por la correcta aplicación de los principios generales del derecho y no sólo los que aquí se exponen, sino de tantos otros que naturalmente exceden el objeto de este trabajo.

Nuestro sistema jurídico siempre ha sido un sistema completo y coherente; y puede continuar siéndolo aún en medio de la hiper-inflación normativa, a veces incoherente y otras inconexa que dificulta muchas veces incluso la interpretación de la normativa vigente.

¿Cómo se logra ello? Pues por la vía de la sujeción a las normas que sirven de base a nuestro sistema jurídico y a los principios generales del derecho que las informan. Si pretendemos buscar la respuesta en normas internacionales que por aplicación de nuestro sistema de aprobación integran positivamente nuestro derecho nos encontraremos con la misma respuesta y la misma propuesta, por lo cual ineludiblemente volvemos a la base de nuestros valores y principios.

Es este un deber de todos los actores del derecho, pero lo es más aún, y **uno fundamental** de la Administración Pública, en base al principio de legalidad que informa toda su actuación.

Concretamente en cuanto al disparador de nuestro análisis (el AFC y la normativa del GATT que pretendió desarrollar), nos encontramos como hemos visto con normas positivas que no sólo nos remiten a los principios del derecho; sino que también nos recuerdan que nuestro Poder Judicial, independiente de los otros, resulta la garantía última de nuestro sistema jurídico y también le “recuerdan” a la Administración, como lo hace el artículo X del GATT, que las decisiones de los tribunales u órganos de revisión deben ser “...ejecutadas por la Administración” ... y que ésta está obligada a sujetar “...a dichas decisiones su práctica administrativa posterior”.

Concluimos pues con el título de este capítulo: Al final ... el Principio. Nuestra propuesta (simple y nada novedosa por cierto); redescubrir y revalorizar los Principios Generales del Derecho, las enseñanzas de nuestros Maestros, alzar la mirada por sobre el árbol (la reglamentación de una operación concreta, de un deber concreto del Administrador o del Administrado, etc.); y contemplar el bosque (nuestro Sistema Jurídico). Nuestro Sistema Jurídico, ya contiene todas las respuestas. Creemos positivamente que la verdadera Facilitación radica en ello.

EL PROCESO ABREVIADO COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES. INCIDENCIA EN LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

THE ABBREVIATED PROCESS AS A MECHANISM TO SOLVE CRIMINAL MATTERS AND ITS IMPACT REGARDING ECONOMIC CRIMES.

O PROCESSO ABREVIADO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAI. INCIDÊNCIA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICA

*EVANGELINA TORRES GUGELMEIER**

RESUMEN: en el presente trabajo analizamos la incidencia del proceso abreviado como mecanismo de solución de conflictos penales en el marco de la delincuencia económica. Para ello realizamos un análisis de la competencia de la Fiscalía General de la Nación en la persecución de delitos de tipo económico, así como un análisis de la regulación del proceso abreviado en el marco de lo dispuesto en el actual Código del Proceso Penal aprobado por Ley N.º 19.293 y modificativas. Dicho Código instauró por primera vez en nuestro país el sistema penal acusatorio a partir del 1 de noviembre de 2017. La utilización del proceso abreviado para la solución del conflicto penal ha planteado resistencias por alguna parte de la doctrina que mira este mecanismo con desconfianza advirtiendo sobre la falta de garantías para el justiciable. Sin embargo, aquí realizaremos un análisis de los argumentos por los que entendemos debe defenderse el instituto en el marco de un sistema penal acusatorio sin perjuicio de plantear sus problemáticas.

PALABRAS CLAVE: sistema penal acusatorio, proceso abreviado, delitos económicos, Fiscalía General de la Nación, colapso del sistema de justicia, principio acusatorio, debido proceso.

ABSTRACT: In this paper we analyse the impact of our abbreviated process (as a type of plea bargaining) as a mechanism to solve criminal conflicts in connection to economic crimes. In order to do this, we analyze the authority of the State Prosecutor's

* Abogada Asesora en el Área Sistema Penal Acusatorio en Fiscalía General de la Nación. ORCID ID: 0000-0002-3912-6810. etorres@correo.um.edu.uy

Office in the prosecution of economic crimes and the regulation of the abbreviated process under the Code of Criminal Procedure enacted by means of Law No. 19.293 and subsequent amendments. In November 2017, this Code established for the first time in our country the adversarial criminal system of justice. Use of the abbreviated process as a means to solve criminal conflicts has been trenchantly criticized by certain scholars who argue that the defendant lacks guarantees. Nonetheless, we shall hereby analyze the arguments which lead us to believe that the abbreviated procedure within the frame of an adversarial criminal system needs to be defended, albeit the problems it raises.

KEY WORDS: adversarial system, plea bargaining, abbreviated process, economic crimes, State Prosecutor's Office, failure of the justice system, accusatorial principle, due process of law.

RESUMO: no presente trabalho analisamos a incidência do processo abreviado como mecanismo de solução de conflitos penais no marco da criminalidade econômica. Para essa finalidade realizamos uma análise da competência da Promotoria Geral da Nação na perseguição de delitos de tipo econômico, bem como uma análise da regulamentação do processo abreviado no âmbito do atual Código do Processo Penal aprovado pela Lei n.º 19.293 e modificações. Este Código instaurou pela primeira vez em nosso país o sistema penal acusatório a partir de 1 de novembro de 2017. A utilização do processo abreviado para a solução do conflito penal suscitou resistências de alguma parte da doutrina que olha este mecanismo com desconfiança, advertindo sobre a falta de garantias para o interessado. No entanto, aqui realizaremos uma análise dos argumentos pelos quais entendemos que o instituto deve se defender no âmbito de um sistema penal acusatório, sem prejuízo de levantar as suas problemáticas.

PALAVRAS-CHAVE: sistema penal acusatório, processo abreviado, delitos econômicos, Promotoria Geral da Nação, colapso do sistema judiciário, princípio acusatório, devido processo.

1. INTRODUCCIÓN

Con la sanción de la Ley N.º 19.293 de fecha 19 de diciembre de 2014 se aprobó en nuestro país el Código del Proceso Penal (CPP) que estableció un sistema procesal penal acusatorio dejando de lado el anterior sistema inquisitivo.¹ Con posterioridad fueron numerosas las leyes que se sancionaron para modificar y complementar el actual CPP e incluso se establecieron prórrogas para su vigencia hasta que finalmente entró a regir el 1º de noviembre de 2017.²

1 Previsto en el anterior Código del Proceso Penal, Decreto-ley N.º 15.032 de fecha 7 de julio de 1980.

2 Ley N.º 19.436 de fecha 23 de setiembre de 2016 que introdujo modificaciones al texto del Código e incorporó las figuras del proceso abreviado y de las vías alternativas para la resolución del conflicto (suspensión condicional del proceso, mediación extraprocesal y acuerdo reparatorio); Ley N.º 19.474 de fecha 30 de diciembre de 2016 que incluyó a la Policía Aérea Nacional en las disposiciones del Código; Ley N.º 19.510 de fecha 14 de julio de 2017 que prorrogó la entrada en vigencia del Código y la Ley N.º 19.511 de fecha 14 de julio de 2017 que modificó el art. 402 e incorporó el art. 404 al Código; Ley N.º 19.544 de fecha 20 de octubre de 2017 que introdujo modificaciones al texto del Código; Ley N.º 19.549 de fecha 25 de octubre de 2017 que introdujo modificaciones al Código y a otras normas para adaptarlas al nuevo Código; Ley N.º 19.587 de fecha 10 de enero de 2018 que introduce modificaciones al Código y a la Ley N.º 15.750; Ley N.º 19.653 de fecha 27 de agosto de 2018 que introdujo modificaciones al Código entre ellas al art. 273 sobre proceso abreviado; Ley N.º 19.670 de fecha 15 de octubre de 2018 que en su art. 292 introdujo modificaciones al Código; Ley N.º 19.679 de fecha 7

Muchos son los aspectos que se le cuestionaron al CPP pero sin dudas uno de los principales planteos fue la posibilidad de que en materia penal se llegaran a acuerdos negociados entre el Ministerio Público y el imputado y su defensa para la resolución del conflicto penal. Uno de los grandes debates se centró en el proceso abreviado que se introdujo como tal en una de las modificaciones a la original Ley N.º 19.293 a partir de la sanción de la Ley N.º 19.436 del 30 de noviembre de 2016.

El proceso abreviado se incorpora como un mecanismo para la solución del conflicto penal distinto al proceso ordinario o juicio oral que permite dilucidar el conflicto con mayor celeridad y menor empeño de recursos.

La sobrecarga de trabajo es uno de los principales desafíos de los sistemas acusatorios y el proceso abreviado fue presentado como uno de los mecanismos para paliar esta realidad y evitar el colapso.

Como señala Binder, *“Los nuevos códigos procesales traen muchas instituciones que permiten regular la carga de trabajo con respuestas de alta calidad (reparación, conciliación, suspensión a prueba, procedimientos abreviados, etc). Una política de amplio uso de estas instituciones (y preparar a las instituciones para que favorezcan ese uso) es una de las principales herramientas contraculturales.”*³

A partir de la vigencia del CPP cualquier denuncia que se realice por presuntos hechos delictivos impacta en el sistema de justicia y ello obliga a proporcionar una respuesta en todos los casos.

A diferencia de lo que ocurría con el sistema anterior -donde muchas de las denuncias no eran comunicadas al juez y no se tenía noción de su trámite- en el sistema actual **todas las denuncias que se presentan en el país impactan en el sistema de la Fiscalía General de la Nación (FGN)**⁴, lo que permite realizar un seguimiento de las mismas y obliga al análisis y respuesta de todos los casos.⁵

Esto implica que para cada denuncia deba determinarse si se procede a la investigación o si se cumple con alguna de las condiciones que habilitan el archivo provisional (art. 98 del CPP) o aplicación del principio de oportunidad (art. 100 del CPP). Asimismo,

de noviembre de 2018 que introdujo modificaciones al art. 25 del Código.

3 Binder, Alberto. *“El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades.”* Publicación en el libro *“Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”*. AA.VV. Coordinadores: Santiago Pereira Campos, Leonel González Postigo, Gonzalo Rúa. CEJA – JSCA – INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales). Ed. Universidad de Montevideo. Montevideo 2018. Pág. 15.

4 La Ley N.º 19.334 de fecha 14 de agosto de 2015 creó la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado, institución que ejercerá el Ministerio Público y Fiscal (art. 1). Por Ley N.º 19.483 de fecha 5 de enero de 2017 se aprobó la ley orgánica de la Fiscalía General de la Nación.

5 Para procesar todas las denuncias que ingresan a partir de la entrada en vigencia del sistema acusatorio la FGN ideó un sistema informático especial denominado Sistema de Información del Proceso Penal Acusatorio Uruguayo (SIPPAU), que da soporte a la operativa de las fiscalías en el marco del actual sistema procesal penal. El SIPPAU está interconectado con el Sistema de Gestión de la Seguridad Pública (SGSP) del Ministerio del Interior permitiendo que las noticias criminales que se registran desde dicho sistema impacten automáticamente en el SIPPAU. Ello permite que cada fiscal gestione el proceso de investigación de los casos a su cargo. Este sistema también se encuentra interconectado con el Poder Judicial ya que tiene interoperabilidad con el sistema de este organismo denominado Sistema de Gestión de Juzgados Multimateria (SGJM).

iniciada la investigación el fiscal del caso podrá evaluar si corresponde formalizar la misma (art. 266 del CPP) o si por el contrario aplicará alguna de las disposiciones referidas precedentemente por ejemplo, por no surgir elementos de las actuaciones que se realicen durante la indagatoria preliminar (art. 98 del CPP).

Por otro lado, en caso que continúe la investigación y se proceda a formalizar la misma, el fiscal podrá valorar si corresponde aplicar algunas de las vías alternativas como suspensión condicional del proceso (arts. 383 y ss del CPP) y acuerdo reparatorio (arts. 393 y ss del CPP). En su defecto, podrán continuar las investigaciones y proceder a la resolución del conflicto mediante juicio oral (arts. 127, 268, 269 y ss del CPP) o proceso abreviado (arts. 271 y siguientes). Asimismo, podrá en caso que corresponda solicitar el sobreseimiento (arts. 129 y 130 del CPP) o aplicar la vía alternativa de mediación extraprocesal (art. 382 del CPP) aún cuando no estuviera formalizada la investigación.

Nos enfocaremos en el proceso abreviado como mecanismo de resolución del conflicto.

Objetivos del presente trabajo

Una vez iniciada la investigación y formalizadas la o las personas imputadas del delito, el fiscal podrá valorar si es procedente la dilucidación del conflicto penal mediante la vía del proceso abreviado (art. 272 del CPP).

Al respecto señalamos que del último Informe de actualización de los principales indicadores del sistema penal acusatorio elaborado por el Departamento de Políticas Públicas de la FGN surge que el mecanismo de solución del conflicto más usado por las fiscalías es el proceso abreviado siendo utilizado en un 71,1% de los casos.⁶ Con menor incidencia se encuentra la suspensión condicional del proceso (15,1%) seguido del acuerdo reparatorio con un 0,2% de incidencia.

Las estadísticas demuestran la preferencia del proceso abreviado como mecanismo de solución del conflicto lo que justifica el estudio en el presente trabajo. Se ha dicho que constituye un mecanismo rápido y económico de enjuiciamiento favoreciendo la eficacia y respuesta del sistema en la mayor cantidad de casos posibles.

Se señala además que el proceso abreviado fue objeto de análisis durante el postgrado en el curso “Proceso Penal” y de ahí también la vinculación de este trabajo con el postgrado en Derecho Penal Económico.

Por todo lo expuesto nos centraremos en el análisis del proceso abreviado como mecanismo para la dilucidación de conflictos penales concretamente, en el caso de delitos de tipo económico. Para ello daremos en primer lugar una aproximación al concepto de delito económico para luego dedicarnos al análisis del objeto del presente trabajo: el proceso abreviado como mecanismo de solución de los conflictos penales según el actual CPP.

6 Página 7 del Informe de “Actualización de principales indicadores del sistema penal acusatorio – Noviembre 2017 – Mayo 2019” de fecha 1 de julio de 2019 elaborado por el Departamento de Políticas Públicas de la FGN. Disponible en el sitio web http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/8342/1/201900623_actualizacion-de-indicadores-del-sistema-acusatorio.pdf

2. EL DELITO ECONÓMICO

Es objeto de amplios debates y diferentes posturas el alcance que se le otorga al derecho penal económico en función de la identificación del bien jurídico que a dicha rama se le reconoce tutelar. Las posturas restringidas implican una reducción del alcance del derecho penal económico limitándolo a la persecución de aquellas infracciones fiscales, delitos monetarios y maniobras que afectan la determinación de precios. Como señala Cervini estas posturas aíslan del alcance del derecho penal económico aquellos casos en los que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la economía.⁷

Es por ello que contra dichas posturas restrictivas aparecen aquellas amplias que llevan a una expansión del contenido del derecho penal económico aunque bajo cierto riesgo de olvido de los principios dogmáticos del derecho penal.⁸

Dejando de lado las discusiones respecto al alcance del derecho penal económico consideramos junto a Cervini que la definición más clara del fin político perseguido por las normas del derecho penal económico se encuentra en el concepto de delito económico contenido en la Ley para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía dictada en 1949 en la República Federal de Alemania según la cual una infracción es delito económico **cuando vulnera el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico**. Con esta postura el bien jurídico protegido por los delitos económicos es la tutela del orden económico existente o estatuto de la economía de mercado.⁹

En este sentido, podríamos identificar como delitos económicos: la estafa, los fraudes cometidos mediante utilización de títulos valores, delitos tributarios, aduaneros, concursales, insolvencia societaria fraudulenta, lavado de activos y asistencia al lavado de activos y determinados delitos contra la administración pública y la economía y hacienda públicas.

Competencia de la FGN en caso de delitos de tipo económico

El fenómeno de la delincuencia económica es sin dudas de difícil abordaje. Requiere de una alta especialización así como de una adecuada destinación de recursos humanos y económicos.

En procura de un especial tratamiento a este tipo de delitos la FGN estableció para el departamento de Montevideo –al entrar en vigencia el CPP– un régimen de especialización y creó para el departamento de Montevideo una Fiscalía Especializada en Delitos Económicos y Complejos y otra Fiscalía Especializada en Estupefacientes.¹⁰

7 Cervini, Raúl. "Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada.", Revista de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Ed. Universidad Católica del Uruguay / Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2008. Pág. 13.

8 Cfr. Cervini, Raúl. Ob. Cit. Pág. 13.

9 Cfr. Cervini, Raúl. Ob. Cit. Pág. 19.

10 Resolución de la FGN N.º 645/2017 de fecha 13 de octubre de 2017.

Por Resoluciones de la FGN N.º 850/2017 de fecha 18 de diciembre de 2017 y N.º 150/2018 de fecha 20 de marzo de 2018 se estableció la competencia de las **Fiscalías Penales de Montevideo de Delitos Económicos y Complejos**¹¹ y de las **Fiscalías Penales de Montevideo de Estupefacientes**.¹²

Actualmente las Fiscalías Penales de Montevideo de Delitos Económicos y Complejos son competentes para entender en las siguientes causas: i) investigación y litigio de los delitos regulados en el Libro II, Título IV “Delitos contra la administración pública”, Capítulos I a III; ii) investigación y litigio de los delitos regulados en el Libro II, Título IX “Delitos contra la Economía y la Hacienda Pública”, Capítulos I y II. En el caso del delito tipificado en el art. 347 (estafa) intervendrá sólo cuando el monto de la estafa supere la suma de U\$S 20.000 (dólares americanos veinte mil); iii) investigación y litigio de los delitos previstos en la Ley N.º 14.412, modificativas y complementarias, cuando el monto supere los U\$S 20.000 (dólares americanos veinte mil)¹³; iv) investigación y litigio de los delitos regulados en la Ley N.º 18.387 de fecha 23 de octubre de 2008; v) investigación y litigio de los delitos tributarios y aduaneros; vi) investigación y litigio del delito de insolvencia societaria fraudulenta; vii) investigación y litigio del delito de lavado de activos y del delito de asistencia al lavado de activos cualquiera sea el delito precedente (con excepción de aquellos delitos que tengan como precedente un delito competencia de la Fiscalía Penal de Montevideo de Estupefacientes); viii) investigación y litigio del delito de financiación del terrorismo y delitos de naturaleza terrorista.

Por su parte, las **Fiscalías Penales de Montevideo de Estupefacientes** son competentes para intervenir en la investigación y litigio de los delitos contra la propiedad intelectual (Leyes N.º 9.739 de fecha 17 de diciembre de 1937, en la redacción dada por la Ley N.º 17.616 de fecha 10 de enero de 2003; Ley N.º 17.011 de fecha 25 de setiembre de 1998, Ley N.º 17.164 de fecha 2 de setiembre de 1999 y Ley N.º 17.250 de fecha 19 de julio de 2002); ii) investigación y litigio de los delitos regulados en el Decreto-Ley N.º 14.294 de fecha 31 de octubre de 1974, modificativas y complementarias; iii) investigación y litigio del delito de lavado de activos y el delito de asistencia al lavado de activos cuando tengan como precedente un delito de su competencia; iv) investigación y litigio de los delitos contra la propiedad intelectual (Leyes N.º 9.739 en la redacción dada por la Ley N.º 17.616, Ley N.º 17.011, Ley N.º 17.164 y Ley N.º 17.520); v) investigación y litigio de los delitos de extorsión y secuestro; vi) investigación y litigio de los delitos de tráfico de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; investigación y litigio del delito de torturas y desaparición forzada de personas; vii) investigación y litigio de todo otro delito conexo a los delitos de su competencia.¹⁴

En el interior del país -a excepción del departamento de Maldonado- no existe especialización. Las Fiscalías Departamentales son competentes en todos los delitos existen-

11 Inicialmente era una única Fiscalía pero a partir del 8 de noviembre de 2018 por Resolución de la FGN N.º 609/2018 de la FGN se instaló una Fiscalía Penal de Montevideo de Delitos Económicos y Complejos de 2º Turno.

12 Inicialmente era una única Fiscalía pero a partir del 8 de noviembre de 2018 por Resolución de la FGN N.º 609/2018 de la FGN se instaló una Fiscalía Penal de Montevideo Estupefacientes de 2º Turno.

13 Los delitos previstos en la Ley N.º 14.412, modificativas y complementarias así como el delito de estafa cuando no superan los U\$S 20.000 son competencia de las Fiscalías Penales de Montevideo de Flagrancia y Turno por su competencia residual según lo dispuesto en la Resolución de la FGN N.º 850/2017 de fecha 18 de diciembre de 2017.

14 Resoluciones de la FGN N.º 850/2017 de fecha 18 de diciembre de 2017 y N.º 150/2018 de fecha 20 de marzo de 2018.

do una asignación de competencia que en principio es únicamente territorial en función al lugar de ocurrencia del hecho.¹⁵ Sin perjuicio de ello, en el departamento de Maldonado se estableció -al entrar en vigencia el CPP- un régimen de semi-especialización.

En este sentido por Resolución de la FGN N.º 638/2017 de fecha 12 de octubre de 2017 se estableció que la Fiscalía Departamental de Maldonado de 1º Turno intervendrá en los casos de homicidios dolosos, el 2º Turno en determinados delitos sexuales¹⁶, el 3º Turno intervendrá en los casos de delitos económicos y complejos y el 4º Turno intervendrá en los casos de tráfico de estupefacientes (micro y macro).

A fin de determinar la incidencia que el proceso abreviado tiene como mecanismo para la solución del conflicto penal, así como la utilización en caso de delitos de tipo económico consideramos relevante contar con información respecto al porcentaje de casos que se resuelven por proceso abreviado en comparación con vías alternativas tales como acuerdo reparatorio y suspensión condicional del proceso.

Para ello realizamos una solicitud de información a la FGN al amparo de lo dispuesto en los arts. 13 y 14 de la Ley N.º 18.381 de Acceso a la Información Pública, con fecha 15 de agosto de 2019. Solicitamos información respecto al número de casos trabajados por las Fiscalías de Montevideo de Delitos Económicos y Complejos, de Estupefacientes¹⁷ y de la Fiscalía Departamental de Maldonado de 3º Turno respecto a delitos de tipo económico (estafa, lavado de activos, fraudes con títulos valores, delitos aduaneros, tributarios y concursales).

Limitamos la solicitud de información a los números de estas fiscalías ya que son las que -de acuerdo a lo señalado precedentemente- tienen dentro de sus competencias delitos de tipo económico y nos pareció un excelente muestreo para analizar la incidencia del proceso abreviado en la resolución de este tipo de delitos.

Ante la solicitud de información la FGN respondió mediante informe de fecha 21 de agosto de 2019 aportando los datos de las distintas fiscalías indicadas y los tipos de delitos señalados para las Fiscalías Penales de Montevideo de Estupefacientes y Fiscalía Departamental de Maldonado de 3º Turno.

Del referido informe se desprende que para el período que transcurrió entre el mes de noviembre de 2017 a junio de 2019 en el caso de las Fiscalías de Delitos Económicos y Complejos del total de noticias criminales formalizadas o resueltas mediante vías alternativas o proceso abreviado, el 83,6% fue resuelto mediante condenas por proceso

15 Resolución de la FGN N.º 245/2018 de fecha 8 de mayo de 2018. Resoluciones de la FGN N.º 636/2017 de fecha 12 de octubre de 2017 para el Departamento de Canelones, N.º 173/2019 de fecha 12 de marzo de 2019 y N.º 186/2019 de fecha 14 de marzo de 2019 para Ciudad de la Costa y Atlántida, N.º 066/2019 de fecha 30 de enero de 2019 para Pando y Toledo, N.º 135/2019 de fecha 28 de febrero de 2019, N.º 136/2019 de fecha 28 de febrero de 2019 y N.º 149/2019 de fecha 1 de marzo de 2019 para el departamento de Paysandú, N.º 244/2019 de fecha 4 de abril de 2019 y N.º 245/2019 de fecha 4 de abril de 2019 para el departamento de Salto, N.º 263/2019 de fecha 11 de abril de 2019 y N.º 264/2019 de fecha 11 de abril de 2019 para Las Piedras, N.º 639/2017 de fecha 12 de octubre de 2017 para el resto del país,

16 Por Resolución de la FGN N.º 391/2018 de fecha 30 de julio de 2017 se estableció que la Fiscalía Departamental de Maldonado de 2º Turno será competente para entender en los delitos de violación, abuso sexual, abuso sexual especialmente agravado, atentado violento al pudor y abuso sexual sin contacto corporal.

17 Únicamente respecto al delito de lavado de activos.

abreviado. Por su parte, un 3% fueron resueltos por suspensión condicional del proceso, un 1,5% por acuerdo reparatorio. Aquellos que casos que están formalizados en etapa de investigación representan un 11,9% del total y no existen condenas por juicios orales para estos delitos.

Por otra parte, surge que las Fiscalías Penales de Montevideo de Estupefacientes no han realizado formalizaciones ni resuelto casos por vías alternativas para delitos de lavado de activos.

En cuanto al interior del país, en la Fiscalía Departamental de Maldonado de 3º Turno surge que el total de condenas obtenidas mediante juicio abreviado asciende a un 66,7% del total de casos trabajados por la fiscalía respecto a los delitos ya señalados. Por su parte, el acuerdo reparatorio representa un total del 33,3% de los casos.

De lo expuesto surge la justificación de la elección del análisis del proceso abreviado como mecanismo para la resolución de conflictos originados en delitos de tipo económico ya que resulta ser el más utilizado por las fiscalías en general, así como las especializadas en delitos económicos.

3. PROCESO ABREVIADO

La resistencia y la necesidad

Como mecanismo para la solución del conflicto penal el proceso abreviado ha sido altamente cuestionado por sectores de la doctrina a nivel nacional e internacional. Se ha señalado el rechazo a las soluciones negociadas en el ámbito penal y se han identificado a los procedimientos abreviados como infractores de las garantías de los imputados en tanto implican la renuncia al derecho a juicio afectando el principio de inocencia y debido proceso.¹⁸ Ferrajoli señala que los procedimientos especiales -como sería el caso del proceso abreviado- vulneran garantías y terminan por sustituir la jurisdicción por prácticas negociales meramente administrativas.¹⁹

Sobre el punto y en una postura más moderada Eduardo Jauchen señala que: *“Se ha dicho del proceso abreviado que se trata de una “confesión transaccional” (Vivas) o de una “vuelta al inquisitivo” (Almeyra), o de un “réquiem para el juicio penal oral”, lo cierto es que resulta sensible al modelo constitucional ortodoxo (juicio oral y público) tolerar mansamente la posibilidad de una sentencia de condena sin recorrer el camino íntegro del debido proceso, con importantes mutaciones, las que se admiten en mérito a la mayor celeridad y eficacia en la resolución del conflicto, si bien se debe reconocer que también derivan ventajas para los intereses del imputado (claro está, siempre que el trámite fuere absolutamente regular)”*.²⁰

En nuestro ordenamiento Gomes Santoro señaló que el proceso abreviado vulnera el

18 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, “Manual del sistema de justicia penal”, Tomo II, Segunda edición actualizada, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile 2010 pág. 687.

19 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, Cita a María Inés Horvitz quien cita a Ferrajoli. Ob. Cit. Pág.687.

20 JAUCHEN, Eduardo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, 1ª edición, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2012, pág. 519.

principio constitucional de debido proceso por distintas razones: i) no existe previo juicio de declaración de responsabilidad del imputado; ii) la confesión del imputado pasa a tener valor de plena prueba convirtiéndose en tasada; iii) la función jurisdiccional queda reducida desde que el juez se limita a controlar la regularidad formal del acuerdo sin poder ingresar al análisis probatorio.²¹

Contra las corrientes “opositoras” al proceso abreviado se ha señalado que estas instituciones procesales proponen modos de intervención menos formales, menos costosas y más céleres y eficaces. Aseguran la resolución del conflicto en un plazo breve y descongestionan a los operadores fiscales, judiciales y administrativos que no pueden resolver todos los casos por la vía del juicio oral.

Como fundamento principal de su viabilidad e incluso de la necesidad de su consagración se mencionan la aplicación del principio acusatorio adversarial, la imposibilidad de enjuiciar todos los casos conforme al juicio oral y la necesidad de acortar los procedimientos a fin de cumplir con los derechos de los imputados de ser juzgados en tiempo razonable.²²

Refiriéndose a los autores que valoran positivamente estas nuevas instituciones procesales Cerda San Martín ha señalado que: “(...) operan como instrumentos de “defensa social” al asegurar que los culpables serán castigados en un lapso breve, y que, con la misma rapidez, serán absueltos los inocentes”.²³

La consagración legal. Su importancia

Sin perjuicio de los argumentos en contra, la realidad es que el procedimiento abreviado ha sido incluido en varias de las reformas procesales habidas tanto en Europa como en Latinoamérica.²⁴

En el caso de Chile la consagración respondió a la necesidad de contar con una vía rápida y económica de resolución del conflicto a fin de favorecer la eficacia ahorrando tiempo y costos. Como señala Cerda San Martín: “(...) el fundamento de este procedimiento especial radicaría en los cálculos presupuestarios del nuevo sistema procesal penal, contruidos sobre la base de que sólo un porcentaje de los casos en que exista una acusación serán llevados al juicio oral”.²⁵

En el caso de Uruguay la incorporación de la estructura del proceso abreviado no fue una innovación, sino que los procesos acusatorios y el código modelo para Iberoamérica proponían este tipo de soluciones que fueron tomadas por distintas legislaciones, entre ellas la nuestra.

21 GOMES SANTORO, “Derecho Procesal Penal”, Ed. La Ley Uruguay, 2019, Pág. 930 y 931.

22 CERDA SAN MARTÍN, Ob. Cit. págs. 686 y 687.

23 CERDA SAN MARTÍN, Ob. Cit. pág. 687.

24 En Latinoamérica Chile, Costa Rica, Panamá, México y Chile, por citar algunos ejemplos han regulado el proceso abreviado como una de los mecanismos para dilucidar el conflicto penal y evitar que el sistema colapse por tener que tramitar todas las causas por la vía del juicio ordinario oral. Por su parte, en Europa, la Ley de Enjuiciamiento Penal española regula el instituto en sus artículos 757 y siguientes. El Código Penal italiano de 1988 también lo regula en su art. 438 y siguientes.

25 CERDA SAN MARTÍN, Ob. Cit. pág. 689.

Al discutir el proyecto de ley que incorporó el proceso abreviado como lo conocemos hoy se señaló que este tipo de mecanismos resultan necesarios para descongestionar el sistema y conferir un mayor grado de eficacia. Son diferentes los recursos materiales y humanos que se utilizan si se llevan todos los casos a juicio, es por ello que estas vías procuran evitar el colapso de los sistemas acusatorios.²⁶

Al debatir en el Parlamento sobre el proyecto de ley que incorporó al proceso abreviado el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación manifestó que no existe sistema procesal en el mundo que pueda llevar a juicio oral y público todos los asuntos penales. De ahí la importancia de las salidas alternativas y del proceso abreviado. Asimismo, señaló que de las estadísticas relevadas en América Latina hay una media de un 10% de los asuntos penales que llegan a juicio oral y público. El resto de los asuntos se resuelven o por proceso abreviado o por alguna de las vías alternativas (suspensión condicional del proceso y acuerdos reparatorios).²⁷

Además de permitir el descongestionamiento del sistema y lograr una rápida y eficiente resolución del conflicto penal, el proceso abreviado evita la victimización y criminalización secundaria. En el proceso abreviado no hay diligenciamiento de prueba de modo que se evita la comparecencia a prestar declaración de la víctima. En cuanto a la criminalización secundaria, esta no ocurre con el proceso abreviado ya que se evita el hecho de someter al imputado a un proceso que pueda terminar con una sentencia de absolución.

No menos importante es el hecho de que mediante este mecanismo abreviado se realiza un derecho del justiciable: el acceso a un proceso sencillo y rápido (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica).

Como señala Cerda San Martín, el proceso abreviado aparece como fenómeno del derecho negociado que en el plano jurídico penal implica “(...) *la introducción progresiva de fórmulas negociadas al interior del proceso penal respondería al rechazo del modelo intervencionista y expansionista del derecho penal en el doble plano de la legitimidad y la eficacia*”.²⁸

En la doctrina nacional Corujo citando a Caferatta Nores señala que en el proceso abreviado “*hay debido proceso porque hay defensa; hay juicio porque es el proceso abreviado con un control de Juez natural y un consentimiento prestado libremente con asistencia de su Defensor; el Juez controla los elementos de cargo y si son bastantes como para que el imputado acepte declarar su culpabilidad, puede ser absuelto*”.²⁹

Sin perjuicio de las distintas discusiones doctrinarias la constitucionalidad de la solu-

26 Exposición del Dr. Charles Carrera, Director General de Secretaría del Ministerio del Interior (delegación del Poder Ejecutivo). Sesión de la Comisión de Constitución y Legislación Carpetas N.º 555/2016 y 556/2016, Distribuido N.º 737 del 24 de mayo de 2016: “Código del Proceso Penal – Modificación – Sistema Penal Acusatorio – Visita Poder Ejecutivo, Fiscalía General de la Nación”. Disponible en sitio web del Parlamento <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/S201607372381625.HTML> visitado el día 25 de junio de 2019 a las 15:36 horas.

27 Ídem cita anterior. Exposición del Dr. Jorge Díaz, Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación. Delegación de la Fiscalía General de la Nación.

28 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, cita a María Inés Horvitz Ob. Cit. pág. 479.

29 CORUJO GUARDIA, William, “Proceso abreviado: el proceso mercado”; en AAVV, Estudios sobre el Nuevo proceso penal; implementación y puesta en práctica en El Nuevo Proceso Penal, FCU, Montevideo 2018. Pág. 199.

ción legislativa parecería ya en nuestro país, un tema zanjado a partir de mayo de 2018 cuando la Suprema Corte de Justicia se pronunció a favor de la constitucionalidad del proceso abreviado en Sentencia Número 667/2018 de fecha 28 de mayo de 2018. En el fallo se señala que el proceso abreviado como mecanismo de negociación entre el fiscal y el imputado resulta propio de los sistemas acusatorios y que se utiliza en beneficio de ambas partes. En este mecanismo existe un respeto de los principios de igualdad; prohibición de los juicios por comisión; abolición de los procesos penales en rebeldía y de las pesquisas secretas; el principio de inocencia y el derecho a la defensa técnica.³⁰

4. REGULACIÓN LEGAL EN NUESTRO PAÍS

El proceso abreviado como mecanismo para la resolución del conflicto penal fue consagrado como solución al conflicto penal en el marco del sistema penal acusatorio. No surgió como conquista original del sistema sino a partir de la sanción del art. 3 de la Ley N.º 19.436 de fecha 23 de setiembre de 2016 que vino a sustituir la redacción original del Título II del Libro II de la Ley N.º 19.293 de fecha 19 de diciembre de 2014 (Código del Proceso Penal).

En la redacción original el art. 272 del Código del Proceso Penal (CPP) refería a un trámite extraordinario pero no consagraba el proceso abreviado como lo conocemos hoy.³¹ Fue recién a partir de la Ley N.º 19.436 que se consagró al proceso abreviado como mecanismo de derecho negociado y alternativa al juicio oral. A continuación, analizaremos su regulación.

Procedencia.

El art. 272 del CPP establece que el proceso abreviado se regirá por lo dispuesto en el proceso ordinario con las modificaciones contenidas en los arts. 272 y 273. Al decir de Guerra, sus prescripciones deberán interpretarse de modo estricto y si no existe una solución establecida en las normas que regulan su tramitación, deberá acudirse a lo establecido para el proceso ordinario.³²

La norma exige como presupuestos para la procedencia del proceso abreviado:

i) Que la tipificación de los hechos refiera a delitos que tengan una pena mínima inferior a seis años de penitenciaría o pena de distinta naturaleza cualquiera sea su entidad.

El proceso abreviado podrá utilizarse para el juzgamiento de hechos cuya tipificación por la Fiscalía de lugar a la aplicación de una pena mínima no superior a seis años de penitenciaría o de una pena de otra naturaleza cualquiera fuere su entidad (ejemplo: multa, inhabilitación, suspensión).

30 GOMES SANTORO, Ob. Cit, pág. 930.

31 La redacción original del art. 272 del CPP establecía: "(Procedencia). Si el Ministerio Público entendiera suficiente la prueba reunida para fundar la acusación, al solicitar la formalización de la investigación o en la audiencia preliminar podrá pedir que el proceso se tramite por la vía extraordinaria. Si la defensa no se opusiere, el juez deberá acceder al pedido del fiscal. En caso contrario el juez resolverá de acuerdo con el literal b) del artículo 269.6 de este Código."

32 GUERRA PÉREZ, Walter, La etapa de conocimiento del proceso abreviado. Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal, Ley N 19.293, Vol. 2, AAVV, Ed. FCU, Ed. Febrero 2019, pág. 289.

La referencia a que la tipificación considerada sea la realizada por la Fiscalía, ocasiona que sea la calificación fiscal la que determina si en el caso se cumple o no con este requisito de procedencia. Al respecto se señala que en el proyecto de reforma que terminó siendo la actual Ley N° 19.653, dicha referencia no estaba. Como señala Gomes Santoro: “El cambio no era menor, conforme a la redacción actual hay que estar a la tipificación que hace el fiscal, mientras que en la proyectada, había que atender a la pena mínima prevista en el tipo penal, extremo que podría llevar a que el juez declarara improcedente el acuerdo en cuanto no coincidía con la calificación fiscal y sostenía que el guarismo mínimo para ese eventual delito era superior a seis años, por ejemplo, el fiscal llegaba a un acuerdo por rapiña agravada y solicitaba la estructura abreviada, si el juez entendía que se trataba de copamiento podía desestimarse el pedido y seguir la vía ordinaria.”³³

Este punto lleva a la discusión en cuanto a qué aspectos abarca la negociación del acuerdo abreviado lo que trataremos con detenimiento al referir al contenido del acuerdo.

ii) Que el imputado debidamente asistido acepte libre y voluntariamente los hechos que le son atribuidos.

En efecto, el art. 272 establece en el inciso segundo que en conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los antecedentes de la investigación, el imputado deberá aceptarlos libre y expresamente. Esta aceptación será considerada por el fiscal al momento de solicitar la pena pudiendo -como contrapartida- reducir la solicitud de pena hasta en una tercera parte de la que pueda resultar aplicable al caso concreto.

iii) Que ambas partes -fiscal e imputado debidamente asistido- acuerden someter el conflicto a esta estructura procesal.

El art. 272.2 dispone que el imputado deberá manifestar su conformidad con la aplicación del proceso abreviado. En caso de que existan varios imputados ello no impedirá la aplicación del proceso abreviado respecto a algunos de ellos. En este caso el acuerdo celebrado con un imputado no podrá ser utilizado como prueba en contra de los restantes.

En aplicación de los principios generales y propios del sistema penal acusatorio en la propuesta, negociación y celebración del proceso abreviado el imputado deberá estar siempre asistido por abogado. El art. 7 del CPP establece que la defensa técnica constituye una garantía del debido proceso y un derecho del imputado a ser asistido por defensor letrado desde el inicio de la indagatoria preliminar. Se cumplen con los principios de igualdad de armas, debido proceso así como con las premisas del sistema acusatorio adversarial.

Contenido del acuerdo

Respecto al **contenido**, la referida norma indica que el acuerdo deberá contener la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por el imputado. Coincidimos en que esta aceptación del imputado tiene un valor de confesión de los

33 Ob. Cit. Pág. 932.

hechos siendo además uno de los requisitos para su procedencia. En este sentido se ha pronunciado Gomes Santoro.³⁴

En relación a este punto resulta interesante referir al contenido de la negociación que involucra el acuerdo de un proceso abreviado.

Surge sin mayor esfuerzo de las normas analizadas que el acuerdo de proceso abreviado necesariamente incluirá la **negociación en cuanto a los términos de la pena** acordando la fiscalía una reducción de la misma dentro de los términos señalados en la norma, esto es en un tercio. Esta negociación incluye no sólo el monto de la pena sino también la forma de cumplimiento de la misma. Al respecto las partes podrán considerarlo dispuesto en la Ley N.º 19.446 de fecha 28 de octubre de 2016, norma que fue recientemente ajustada por la Ley N.º 19.831 de fecha 12 de setiembre de 2019.

Respecto a la pena el numeral 6 del art. 273 -que fuera incorporado por el art. 9 de la Ley N.º 19.653) establece que la solicitud de pena disminuida por parte del fiscal no podrá ser inferior al mínimo previsto por el delito correspondiente en los casos de violación (art. 272 del Código Penal), abuso sexual especialmente agravado (art. 272 TER del Código Penal), atentado violento al pudor (art. 273 del Código Penal), abuso sexual sin contacto corporal (art. 273 BIS del Código Penal) y homicidio con dolo directo (art. 310 del Código Penal).

También parece desprenderse de la norma la **posibilidad de que las partes negocien y acuerden sobre la calificación jurídica de los hechos** o en otras palabras, la tipificación. Sin embargo, entendemos que la negociación no debe incluir lisa y llanamente la posibilidad de negociar sobre hechos.³⁵ Coincidimos con Guerra en que de una interpretación literal de la norma no parece desprenderse de manera expresa la autorización a las partes para convenir o disponer sobre hechos libremente.³⁶ Sin embargo sí hay libertad para convenir sobre la calificación jurídica que pueda darse a los mismos sobre la base de una “certeza pactada”.³⁷

El acuerdo sobre hechos debe reconocer límites manteniendo una barrera infranqueable sobre la cual no podrán disponer las partes en la negociación y que estará marcada por el resultado y el contenido de las evidencias que puedan reunirse en la etapa investigativa. De ahí la especial relevancia en cuanto a que el imputado deba aceptar no sólo los hechos sino también los antecedentes de la investigación realizada por el fiscal. Pongamos un ejemplo: si en la filmación del local comercial rapiñado pudiera apreciarse con claridad el rostro del imputado, así como el uso de arma de fuego ejerciendo violencia

34 Ob. Cit. Pág. 933.

35 En doctrina nacional Corujo se ha pronunciado a favor de la posibilidad de negociar en base a los hechos. Así lo sostuvo en Ob. Cit. pág. 196.

36 GUERRA, Ob. Cit, pág. 282.

37 Al respecto se señala lo dispuesto en el art. 142.3 del CPP en la redacción dada por el art. 14 de la Ley N.º 19.549 de fecha 25 de octubre de 2017, en cuanto dispone que no resulta aplicable al proceso abreviado lo dispuesto en el art 142 relativo a la certeza razonada. Esto se traduce en que para condenar por sentencia definitiva en proceso abreviado no se requiere existencia de plena prueba lo que se intercambia en el caso con el concepto de certeza acordada o pactada entre fiscal e imputado que libre y voluntariamente acepta los hechos y los antecedentes de la investigación sobre los cuales versa la calificación jurídica realizada por el fiscal.

contra las personas presentes en dicho lugar, no parecería admisible que el fiscal negociara sobre la posibilidad de no tipificar los hechos como un delito de rapiña agravado. En este caso no parecería razonable negociar sobre hechos que resultan irrefutables para conseguir una tipificación más benigna a fin de acordar la estructura abreviada. En todo caso, si el mínimo de pena lo permitiera podrá utilizarse esa evidencia como elemento negociador para conseguir una pena más elevada en el caso de la fiscalía. Ahora bien, si existieran dudas sobre esa evidencia porque no se ve con claridad si el imputado está sujetando un arma de fuego o si eventualmente ejerció violencia sobre las personas allí presentes, entonces sí podrá negociarse la calificación acordando la exclusión de esos hechos determinados. Así se pronunció Corujo.³⁸

De más está decir que debemos diferenciar lo que referimos como “acuerdo sobre los hechos” de la posibilidad de que las partes modifiquen los hechos en contra de las evidencias para conseguir un acuerdo de proceso abreviado. Ello atenta contra el principio de buena fe y lealtad procesal además de afectar estándares éticos y de transparencia en el ejercicio del sistema de justicia. Tales actuaciones podrían derivar incluso en la aplicación del principio de responsabilidad en cuanto a que ante el conocimiento de hechos con apariencia delictiva el ministerio público como titular de la acción penal se encuentra en un poder-deber de su persecución (art. 43 del CPP).

Como señala Guerra: “(...) no puede considerarse admisible y lícito que las partes puedan construir una plataforma fáctica cualquiera, un relato de hechos que no tenga relación con la realidad de lo que efectivamente acaeció, así sea parcialmente. Por tanto, el acuerdo sobre los hechos debería tener base en las evidencias reunidas en la investigación preliminar por el fiscal con un alto grado de razonabilidad en cuanto a la ocurrencia de los hechos y a la responsabilidad que le cabe.”³⁹

Forma

La norma no exige una forma determinada por lo que no existen fórmulas sacramentales para el acuerdo, sino que se cumplan los requisitos previstos en la normativa en cuanto al contenido y la procedencia del mismo.

Relacionado a este punto se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de este acuerdo. En nuestro país Guerra sostiene que se trata de un acto en el que la voluntad de las partes (fiscal e imputado) concurren para producir efectos jurídico-procesales así como efectos sustanciales tales como acordar la calificación jurídica, la pena y el modo de cumplimiento.⁴⁰ Corujo también se pronunció a favor del acuerdo abreviado como verdadera convención entre las partes y aboga por su preservación frente al actuar judicial.⁴¹

Procedimiento

i) Oportunidad procesal

38 Ob. Cit. Pág. 196.

39 Guerra, Ob. Cit. pag. 283

40 Guerra, Ob, Cit, pag. 279.

41 Corujo, Ob Cit. Pág. 196.

En cuanto a la **oportunidad procesal** para acordar el proceso abreviado el art. 273 del CPP establece que podrá acordarse desde la formalización de la investigación (art. 266 del CPP) hasta el vencimiento del plazo para deducir acusación (art. 127 del CPP) o solicitar sobreseimiento (129 del CPP).⁴² Como se señaló precedentemente, el acuerdo se realizará entre el fiscal y el imputado debidamente asistido.

Compartimos con Guerra que el acuerdo de aplicación del proceso abreviado entre fiscal e imputado podrá celebrarse tanto en audiencia judicial como fuera de la misma. Podrá llevarse a cabo por ejemplo en la propia audiencia de formalización quedando en tal caso el contenido del acuerdo incluido en el acta de audiencia respectiva.⁴³

La práctica indica que generalmente los acuerdos se realizan fuera de audiencia y el fiscal concurre a la audiencia de formalización o a otra posterior convocada al efecto con el acuerdo ya elaborado y por escrito solicitando al juez su homologación.

Esta práctica resulta concordante con lo dispuesto en la Instrucción General N° 6 de la FGN de fecha 11 de octubre de 2017 sobre “Aplicación de vías alternativas de solución del conflicto penal y proceso abreviado”. En la misma se dispone la conveniencia de realizar el acuerdo en la audiencia de formalización –en cuyo caso habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 266 del CPP- o en una fecha próxima a la misma. Asimismo, la referida instrucción dispone que al negociar la pena y ofrecer la correspondiente rebaja al imputado deberá tenerse presente el momento procesal en el que se realiza la negociación, beneficiando aquellos procesos abreviados a los que se arribe tempranamente sobre los que se acuerden en etapas más avanzadas del proceso penal.

La referida Instrucción General dispone además que el acuerdo celebrado entre la fiscalía y el imputado y su defensa deberá ser documentado en forma circunstanciada por el fiscal del caso. Dicho acuerdo deberá ser presentado al juez por las partes en escrito que deberá contener los hechos imputados, los antecedentes de la investigación, la calificación jurídica, la pena y su forma de cumplimiento y el petitorio. En el referido escrito deberá contar claramente la aceptación del imputado.

ii) Verificación del juez

Una vez arribado al acuerdo las partes lo someterán a **verificación del juez en audiencia**. El juez verificará el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 272 en cuanto a su procedencia, así como que el imputado hubiere prestado su conformidad con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

En caso que el juez entienda que el acuerdo no cumple con los requisitos legales declarará su inadmisibilidad. En dicho caso la pena solicitada por el fiscal en el acuerdo de proceso abreviado no será vinculante para el fiscal y la aceptación de los hechos y ante-

42 Al respecto se señala la existencia de un proyecto sometido al Parlamento por el Representante Ope Pasquet de fecha 5 de junio en el que entre otras cosas se propone que el proceso abreviado pueda alcanzarse luego de la presentación de acusación para alcanzar situaciones en las que el mismo pueda arribarse incluso en la audiencia de control de acusación.

43 Guerra, Pág. 280.

cedentes de la investigación por parte del imputado se tendrá por no formulada. Así lo prevé expresamente el numeral 3 del art. 273 del CPP.

Tratándose de un sistema acusatorio adversarial, el juez deberá realizar las verificaciones en base a las argumentaciones realizadas por las partes. Las mismas se realizarán de acuerdo al contenido del acuerdo sin que se pueda acceder para ello a la carpeta investigativa llevada a cabo por el fiscal y a la que debió tener acceso la defensa (art. 264 del CPP).

Como señala Guerra: “(...) lo abreviado refiere a la estructura, al procedimiento, pero no a las garantías. El juez no debería escatimar esfuerzos para controlar que el imputado haya estado en conocimiento de los hechos que ha admitido y de los antecedentes del fiscal que existen a su respecto; y que tal aceptación sea expresada libremente con conocimiento pleno de su situación y de sus consecuencias”.⁴⁴

iii) Sentencia

En tanto no puede existir pena sin sentencia de condena dictada en un proceso tramitado con las debidas garantías, el CPP establece que luego de la verificación de los requisitos de admisibilidad el juez deberá dictar sentencia la que podrá ser de condena.

El juez no debe verificar si a su juicio el acuerdo arribado le resulta equitativo, razonable o justo. Y ello por cuanto no conoce la teoría del caso de las partes, ni las pruebas o elementos valorados por las mismas y que las llevó a decidir arribar a ese acuerdo. Tal valoración no se corresponde con el rol que la legislación confiere al juez en un sistema adversarial. Sin embargo, el juez sí deberá constatar que el imputado comprenda el alcance de los términos acordados, su forma de cumplimiento y control, y la facultad que tiene de no acordar y que como consecuencia el conflicto se dilucide en juicio oral.

Las virtudes y garantías del actual sistema pierden contenido y la esencia del contradictorio se transforma, si ante la presentación de un acuerdo abreviado el juez debe decidir si lo admite o no en base a valoraciones referidas a la culpabilidad del acusado, tipificación delictual o pena acordada a su entender inadecuada.

En efecto, en caso que el juez considere cumplidos los requisitos dictará sentencia que en caso de ser condenatoria no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal.

Sobre el punto compartimos con Corujo la preferencia de que el juez no modifique los términos del acuerdo imponiendo penas distintas a las acordadas a fin de preservar la autonomía de las partes que fueron quienes libre y voluntariamente acordaron someter el conflicto a la vía abreviada negociando para ello la calificación jurídica y la pena.⁴⁵

Al respecto se ha señalado que “En tanto es el único funcionario de un sistema republicano al que se le exige que no represente y que no gestione ningún interés, el Juez no podrá suplir la

44 GUERRA, Ob. Cit, pág. 291.

45 CORUJO, Ob. Cit. Pág. 196.

*labor de ninguna de las partes en la audiencia, ni tampoco resolver sobre cuestiones que no hayan sido llevadas a la audiencia por las partes.*⁴⁶

Finalmente, en relación a este tema compartimos con Corujo y Gomes que en tanto el art. 273.4 dispone que “*el juez dictará sentencia, la que en el caso de ser condenatoria(...)*” entendemos que es admisible la absolución por parte del juez, aunque creemos de escasa ocurrencia, ya que para que ello suceda debió pasar inadvertida la función del defensor durante la etapa de negociación. Otra hipótesis sería por existir vicio insanable que cause nulidad de lo actuado. En igual sentido se ha pronunciado Guerra.⁴⁷

Al respecto quedan planteadas dudas en cuanto a si en caso de absolución esa cuestión puede volver a plantearse sin vulnerar las reglas del non bis in ídem.

iv) Participación de la víctima

La Ley N.º 19.653 incorporó al numeral 4 del art. 273 la referencia a la víctima en cuanto establece que en audiencia y antes de dictar sentencia el juez oír a la misma en caso que estuviera presente en la audiencia. La norma no indica qué actitud podrá tomar la al respecto, pero se considera que podrá manifestar su conformidad o en su defecto plantear las razones en las que podría fundar un eventual rechazo a la solución abreviada. Claramente su intervención deberá limitarse a las facultades establecidas en el art. 81 del CPP las que la identifican con un papel coadyuvante.

La norma parece no conferir demasiada participación a la víctima ya que, si bien se le confiere la palabra, la misma no tendrá incidencia en la decisión del juez quien en caso de que se cumplan con los requisitos establecidos dictará sentencia considerando la solicitud del fiscal.

El numeral 7 del art. 273 (también por redacción dada por la Ley N.º 19.653), establece que en caso de que la víctima no hubiera estado presente en la audiencia en la que se dictó la sentencia, le será notificado el acuerdo alcanzado entre la fiscalía y el imputado en el plazo de diez días.

La notificación -por tratarse de una notificación judicial- debe ser realizada por el juzgado. En este punto no se comparten algunas soluciones recientes en las que el juzgado ordena a la fiscalía la realización de la notificación del acuerdo abreviado a la víctima.⁴⁸

Debe tenerse presente que la condena de proceso abreviado es una sentencia judicial cuya notificación compete al juez que la dictó. A los efectos de la notificación, en la Instrucción General N.º 10 de la FGN sobre “Suspensión Condicional del Proceso y la Aplicación del Proceso Abreviado” de fecha 24 de agosto de 2018 se dispone que el fiscal

46 Alliaud, Alejandra, “Audiencias preliminares al juicio oral”, Ed. Didot, 1º de. Bs. As. 2016, pág. 68.

47 GUERRA, Ob. Cit, pág. 293.

48 Sentencias N.º 196/2019 de fecha 23 de julio de 2019, N.º 203/2019 de fecha 26 de julio de 2019 y N.º 204/2019 de fecha 26 de julio de 2019 dictadas por el Juzgado Letrado de Primer Instancia en lo Penal de 34º Turno por las que se dispuso que el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 273.7 corresponde al Ministerio Público. En el mismo sentido la Sentencia N.º 168/2019 de fecha 24 de julio de 2019 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 36º Turno en cuanto dispuso: “Cométese a la fiscalía la notificación a la víctima de corresponder consentida o ejecutoriada”.

al momento de solicitar la formalización deberá proporcionar a la sede los datos identificatorios de la víctima incluyendo su domicilio si lo tuviere.

v) Cumplimiento de la pena

El numeral quinto del art. 273 también fue una incorporación de la Ley N.º 19.653 en cuanto establece en forma expresa que en este tipo de procesos **el imputado deberá cumplir de manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía**. Al respecto la doctrina parece inclinarse por la negativa frente a la posibilidad de que el imputado pueda acogerse al beneficio de la libertad anticipada en caso de sentencia de condena en proceso abreviado. Así se pronuncian Guerra y Corujo.

En el mismo sentido se pronuncia la Instrucción General N.º 10 en cuanto señala que en caso de que la pena sea en su totalidad privativa de libertad, la prisión será de cumplimiento efectivo no aplicando los beneficios de libertad anticipada ni reducción de pena por trabajo y/o estudio.

Sin perjuicio de ello en tanto se admite el pacto en la forma de cumplimiento de la pena, en la práctica se visualizan sentencias en las que se recogen penas mixtas esto es, tiempo de privación de libertad efectiva y acogimiento al sistema de libertades vigiladas previstas en la Ley N.º 19.446 de fecha 28 de octubre de 2016 y que fuera recientemente ajustada por la Ley N.º 19.831 de fecha 12 de setiembre de 2019. Ello considerando las distintas limitantes que prevé la norma para admitir la imposición de la modalidad de “libertad vigilada”.

Al respecto la Instrucción General N.º 10 ya citada dispone que en caso de acuerdo de penas mixtas, al momento de determinar la forma de cumplimiento los fiscales deberán establecer en todo o en parte pena privativa de libertad en aquellos delitos en los que el legislador previó que la pena disminuida no puede ser inferior al mínimo legal o ante delitos en los que la FGN declaró tener un interés público para su persecución.⁴⁹

Por otra parte, la posibilidad de pactar y que se condenen penas “mixtas” ha generado en la práctica dificultades en cuanto al cumplimiento de estos mecanismos alternativos.

En la práctica se presentan algunas dificultades y errores procedimentales en caso de incumplimiento de las condenas de procesos abreviados cuando estas son penas mixtas, es decir, de cumplimiento efectivo y aquellas en régimen de penas alternativas (libertad vigilada) previstas en la Ley N.º 19.446.

Se han visto prácticas equivocadas en cuanto a que en caso de incumplimiento de la pena acordada en el acuerdo y contenida en la sentencia, se han solicitado “revo-

49 Se refiere a los delitos de tortura, desaparición forzada, trata de personas, delitos sexuales, crímenes de lesa humanidad o genocidio, hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, y delitos de narcotráfico (salvo los casos de microtráfico) y terrorismo, lavado de activos, delitos que tengan como causa situaciones de violencia de género o doméstica, homicidios dolosos, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función, delitos de corrupción pública, copamiento, privación de libertad, extorsión, secuestro, rapiña y los delitos de contenido sexual y cuestiones en género incorporadas por ley N.º 19.580 Ley de violencia hacia las mujeres basada en género. Definidos según Instrucción General de la FGN N.º 6 y Resolución de fecha 13 de mayo de 2019 respecto a la defraudación tributaria.

caciones de acuerdos abreviados”, solución que no se comparte. Sería equiparable a solicitar revocación de sentencias ejecutoriadas por incumplimiento de condenas lo que no es compartible.

La propia Ley N.º 19.446 preveía una solución expresa a estas situaciones en cuanto disponía en su art. 12 que, en caso de incumplimiento de alguna de las medidas impuestas, el tribunal -previo informe de la Oficina de Seguimiento de la Libertad Asistida- podrá revocar la libertad vigilada o vigilada intensiva privando de la libertad al individuo por el saldo restante de la pena. En caso de violación grave al régimen de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva la revocación será inmediata. Al respecto la ley establece que se considera violación grave la existencia de un procesamiento posterior.

De acuerdo a la referida ley correspondía que en caso de incumplimiento de sentencias de condena en el marco de procesos abreviados y cuando refieran a una pena alternativa, correspondía solicitar al juez la revocación del régimen de libertad vigilada impuesto.

A partir de la sanción de la reciente Ley N.º 19.831 -entre otros aspectos- se realizaron ajustes a la ya citada Ley N.º 19.446. En lo que refiere a este punto, el art. 10 de la reciente norma establece que en caso de incumplimiento de alguna de las medidas impuestas será el Fiscal quien valorando las circunstancias del caso solicite al tribunal la revocación del beneficio de libertad vigilada, privando de libertad al condenado por el saldo restante de la pena. En la anterior Ley N.º 19.446 quedaba en manos del tribunal la revocación del régimen de libertad vigilada lo que claramente constituía una contradicción a las bases del actual sistema penal acusatorio.

Asimismo, la actual norma establece que en caso de violación grave al régimen de libertad vigilada la revocación será inmediata. Entendemos al respecto que la revocación será dispuesta en este caso de oficio por el juez de ejecución sin que sea necesario contar con la aquiescencia, vista previa o audiencia de la Fiscalía. Advertimos algunas dificultades en la aplicación de este segundo inciso en tanto no se aporta una definición de lo que se considera como incumplimiento grave del régimen de libertad vigilada. La reciente ley establece que se considera tal *“entre otras, la existencia de una formalización posterior”* (art. 266.6 in fine del CPP). Es la referencia *“entre otras”* la que podrá traer dificultades prácticas a la hora de determinar cuándo se está ante un incumplimiento grave -y por ende la revocación procedería de oficio- y cuándo debería realizarse a solicitud del Fiscal. Ello sin perjuicio que entendemos que en cualquiera de ambos casos el Fiscal -en caso que haya tomado conocimiento del incumplimiento- solicite al juez de ejecución la revocación del régimen de libertad vigilada y posterior privación de libertad del condenado por el saldo que restare de la pena.

5. CONCLUSIONES

Una característica del nuevo sistema es la nueva conceptualización del objeto del proceso, que deja de ser la averiguación de la verdad material y pasa a ser la solución de un

conflicto entre el Estado -representado por la Fiscalía- y un individuo o grupo de individuos acusados de cometer un delito.

En este sentido *“Los fiscales deberán velar por la eficiencia y la efectividad en la aplicación de la ley penal, mientras que los jueces ya no serán más inquisidores comprometidos en la tarea de hallar la verdad para aplicar la ley, sino que su función será custodiar el respeto del debido proceso y de todas las garantías individuales del sujeto sometido a su jurisdicción (Maier, Julio, “El sistema acusatorio en Iberoamérica”, en XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, impreso en Colombia, agosto de 1996, págs. 211 y 212)”*.⁵⁰

Como señala Binder, en el modelo adversarial se prioriza la respuesta del sistema judicial al conflicto penal ya sea a través de vías alternativas como a través de un juzgamiento. La *“función de la justicia penal es dar respuesta, no tramitar expedientes”*.⁵¹

La implementación de sistemas adversariales genera por sus propias características una sobrecarga de trabajo en el sistema de justicia penal incluyendo: ministerio público, jueces, defensores, peritos, etc. **De eliminar o minimizar las posibilidades de utilizar vías alternativas se generará un evidente colapso en el sistema de justicia penal.**

Las **normas internacionales reconocen las vías alternativas y abreviadas como mecanismo de solución de conflictos penales.** La Declaración de Naciones Unidas sobre *“principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder”* adoptada por la Asamblea General en su resolución N.º 40/34, del 29 de noviembre de 1985, establece en su numeral 4 que: *“se establecerán y reforzarán, cuando sean necesarios, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles”*.

El fundamento de estas soluciones no radica únicamente en la aceleración de los tiempos de respuesta sino, “en el intento de brindar una respuesta al conflicto que asegure la satisfacción de los intereses de las partes. Se trata así de una suerte de “civilización del procedimiento penal” que permite a las partes arribar a acuerdos que luego decidirán la suerte de la acción pública”.⁵²

La figura del proceso abreviado como vía para la resolución del conflicto penal, concretamente en caso de delitos de tipo económico, ha sido de gran utilización en estos casi dos años de vigencia del nuevo sistema.

Se comparte con el Dr. Guerra que, si bien el proceso abreviado aparece como una vía para descomprimir el sistema y preservarlo de eventuales colapsos, actualmente resulta la vía más recurrida en la práctica para la resolución del conflicto penal. Se utiliza para aquellas situaciones para las cuales fue pensado el proceso abreviado, pero además para las que de preferencia deberían reservarse para la estructura del juicio oral. No obstante,

50 Sent. N.º 667/2018, SCJ, 28/05/2018

51 Binder, Alberto, *“El cambio de justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades.”* en A.A.V.V. *“Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”*, Pág. 12.

52 Alliaud, Alejandra, Ob. Cit. pág. 136.

son las partes en definitiva quienes acuerdan la estructura procesal aplicable en el marco de lo dispuesto por la legislación vigente.⁵³

Como señaló la Dra. Minvielle, reconociendo que hoy día existe a nivel académico una posición de embate hacia este tipo de procedimientos, es necesario reconocer, por un lado, que es una opción de política legislativa que se trata de un “mal necesario” si es que no se quiere que colapse el sistema penal y, finalmente, que al abreviado se llega por virtud de una manifestación de voluntad conteste de parte del imputado, emitida en un plano de igualdad (formal y sustancial) con el Ministerio Público y que se logra por la presencia del Defensor del imputado.”⁵⁴

BIBLIOGRAFÍA

XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Fernando Cardinal Piegas. Octubre 2017, Salto, Uruguay, FCU.

AAVV, “Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”. AA.VV. Coordinadores: Santiago Pereira Campos, Leonel González Postigo, Gonzalo Rúa. CEJA – JSCA – INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales). Ed. Universidad de Montevideo. Montevideo 2018.

AAVV, “Derecho Penal Económico”, Ponencias del curso de posgrado 2008. Director Miguel Langón. Ed. Universidad de Montevideo.

AAVV, “Derecho Penal Económico”, Ponencias del curso de posgrado 2009. Director Miguel Langón. Ed. Universidad de Montevideo.

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

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

CERVINI, Raúl. “Derecho Penal Económico. Perspectiva integrada.”, Revista de Derecho.

Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Ed. Universidad Católica del Uruguay / Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2008.

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

53 Cfr. GUERRA Ob. Cit. 271, 272 y 273.

54 Sent. N.º 667/2018, SCJ, 28/05/2018.

CORUJO GUARDIA, William, “Proceso abreviado: el proceso mercado”; en AAVV, *Estudios sobre el Nuevo proceso penal; implementación y puesta en práctica en El Nuevo Proceso Penal*, FCU, Montevideo 2018.

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

GUERRA PÉREZ, Walter, *La etapa de conocimiento del proceso abreviado. Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal, Ley N 19.293, Vol. 2, AAVV, Ed. FCU, Ed. febrero 2019.*

JAUCHEN, Eduardo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, 1ª edición, Ed.

Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2012.

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

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

EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

THE PRINCIPLE OF TYPICITY IN ADMINISTRATIVE PENALTY LAW

O PRINCÍPIO DE TIPICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

*DRA. NATALIA VELOSO GIRIBALDI**

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio. En efecto, se parte de un análisis del concepto mismo de tipicidad, sus diferencias con la tipicidad penal y con el principio de legalidad y su carácter de principio general del Derecho. Asimismo, se busca analizar cuál es el alcance de dicho principio y cuáles son los límites a la remisión reglamentaria y la prohibición de la analogía. Por último, se realiza un análisis práctico acerca de cómo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha aplicado dicho principio en la práctica.

PALABRAS CLAVE: tipicidad, legalidad, potestad reglamentaria y analogía.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the application of the principle of adequacy of a certain behavior with the legal description rendering such behavior unlawful (“tipicidad”) in connection to the sanctioning rules under administrative law. In particular, this work analyzes the concept of the aforementioned principle, its differences with the equivalent principle under criminal law and with the principle of legality and, its nature as a general principle of law. Additionally, this work aims to study the scope of such principle and which are the limits to applying rules by reference and the prohibition of analogy. Finally, a practical analysis is carried out regarding the application of this principle by the Administrative High Court.

KEY WORDS: adequacy of behavior to legal description (“tipicidad”), legality, regulatory powers and analogy.

1

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universidad de Montevideo (2006-2019), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2018-2019). ORCID ID: 0000-0002-5340-2906 natalia.veloso@delpiazzo.com

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a aplicação do princípio de tipicidade no direito administrativo sancionatório. Efetivamente, baseia-se em uma análise do próprio conceito de tipicidade, suas diferenças com a tipicidade penal e com o princípio da legalidade e o seu caráter de princípio geral do direito. Além disso, procura-se analisar qual é o alcance desse princípio e quais são os limites à remissão regulamentar e a proibição da analogia. Por último, é realizada uma análise prática sobre a forma como o Tribunal do Contencioso Administrativo aplicou este princípio na prática.

PALAVRAS-CHAVE: tipicidade, legalidade, poder regulamentar e analogia.

1. CONCEPTO

El principio de tipicidad postula la necesidad de que las conductas punibles estén expresamente previstas en una norma previa a la ocurrencia de la infracción, que a su vez también prevea la sanción aplicable.

Así, el principio de tipicidad ha sido definido como “la exigencia de la predeterminación normativa (*lex previa, lex scripta*), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados”¹.

En efecto, el principio de tipicidad supone la verificación conjunta de tres elementos: a) la existencia de una ley que expresamente prevea la infracción y la sanción (*lex scripta*); b) la exigencia de que dicha ley sea anterior en el tiempo a la infracción (*lex praevia*) y c) la necesidad de que dicha ley tenga un grado de precisión suficiente y razonable en torno a cuál es la conducta punible y su correspondiente sanción (*lex certa*).

Tal como puede advertirse, las tres exigencias (*lex scripta, praevia y certa*) tienen como fundamento la seguridad jurídica. Esto es, que el administrado sepa ciertamente qué conductas constituyen infracciones con anterioridad a su actuar y que pueda, asimismo, prever, cuál será la sanción aplicable.

En este sentido, se ha señalado que: “el mandato de tipificación coincide con la vieja exigencia de la *lex certa* y con lo que habitualmente suele llamarse «principio de determinación (precisa)» y, más recientemente todavía, «principio de taxatividad», cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho”².

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha entendido que el principio de tipicidad de las sanciones: “es necesario para dotar de seguridad jurídica a los particulares, en resguardo del derecho que tienen los mismos de conocer qué conductas son punibles y cuáles no, así como el contenido específico de las mismas” (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 702/012 de 25 de octubre de 2012).

1 María Lourdes RAMÍREZ TORRADO - “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, en Revista Estudios de Derecho” de la Universidad de Antioquía, Antioquía, 2011, Núm. 151, pág. 39.

2 Alejandro NIETO - “Derecho administrativo sancionador”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 260 y ss.

Es que, a través de este principio, se otorga un marco de contención a la potestad punitiva de la Administración, cuya discrecionalidad se verá limitada a los límites impuestos por esta ley escrita, previa y cierta.

Al respecto, LORENZO ya ha señalado con anterioridad que la potestad sancionatoria de la Administración no es de principio, sino que tiene su base en la ley. Ello en tanto: “al esclarecer la vinculación de la potestad sancionatoria con la legalidad, strictu sensu, carece de sentido la afirmación de que la potestad sancionatoria de la Administración es de principio. Es la ley quien le otorga a la Administración la potestad de imponer sanciones y también es ella quien fija los límites de este poder que le atribuye”³.

Apoyando este temperamento, **el Tribunal de lo Contencioso Administrativo** ha sido categórico en cuanto a que: “la ausencia de una norma de rango legal que tipifique el proceder de la parte actora como una falta administrativa, conlleva a que la Administración se vea impedida de ejercer su facultad sancionatoria” y agrega más adelante que lo anteriormente expresado “implica reconocer la aplicación del principio legal que establece: “*nulla pena sine legge*”, que excluye en forma terminante y definitiva la potestad sancionatoria de principio, sin texto expreso” (Sentencia N° 538/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2015).

En definitiva, tanto la doctrina nacional como la extranjera, reconocen al principio de tipicidad como aquel que demanda la existencia de una ley escrita, previa y cierta que tipifique la infracción y su correspondiente sanción, para poder ejercer válidamente la potestad sancionatoria de la Administración. Asimismo, dicho principio también es reconocido por la jurisprudencia contencioso administrativa de nuestro país, que entiende que los actos que violenten dicha norma se encuentran viciados de nulidad absoluta.

2. LA TIPICIDAD ES UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

En cuanto a su rango normativo, debe señalarse que el principio de tipicidad es un principio general de Derecho y más específicamente, es un principio general del derecho punitivo, que tiene su origen en el Derecho Penal y se ha extendido al Derecho Administrativo, en la medida que cada vez con más frecuencia, la ley ha atribuido poderes sancionatorios de gran entidad a las diferentes Administraciones.

En este sentido, existe acuerdo en cuanto a que la tipicidad es un principio sustantivo del derecho administrativo sancionador⁴. Asimismo, también existe conformidad en referencia a que este tipo de principios “tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa”⁵.

3 Susana LORENZO – “Sanciones Administrativas”, Ed. B de F, Montevideo, 1996, pág. 14.

4 Cristian Román CORDERO - “El derecho administrativo sancionador en Chile” en Revista de la Universidad de Montevideo, Núm. 16, Año 8, 2009, pág. 96

5 Carlos Alberto MATA COTO – “El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador” en Revista del

Asimismo, en tanto principio general del Derecho, cumplirá con “la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos, y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración”⁶.

En el mismo sentido, y en referencia a los principios de tipicidad y legalidad, se ha pronunciado el **Tribunal de lo Contencioso Administrativo** al sostener que: “Se trata de principios de raigambre constitucional, que son inherentes a todo procedimiento sancionador, más allá de la posición doctrinaria a la que se afilie” (Sentencia N° 538/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2015).

Asimismo, ahondando en el desarrollo de dichos conceptos ha manifestado que: “Existe un extendido consenso en la doctrina administrativista, en que, a las sanciones administrativas, les es aplicable el principio de tipicidad, puesto que se trata de un principio general de derecho sancionatorio (penal y no penal). No cabe aplicar a nadie una sanción que no esté, en forma previa, prevista en una regla de derecho objetivo. Luego, la conclusión que se impone es que el acto encausado es contrario a la regla de derecho. Y lo es porque resulta doblemente violatorio de la regla de derecho. En primer término, porque viola, un principio general del derecho represivo o sancionatorio como el de tipicidad -*nulla poena sine lege*- y, “en segundo término, porque violenta la regla contractual (...)” (Sentencia N° 862/011 de 25 de octubre de 2011).

En definitiva, tal como puede apreciarse, existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que la tipicidad es un principio general del Derecho y más específicamente, un principio general del derecho punitivo, cuyo origen se encuentra en el Derecho Penal pero que resulta plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador.

3. VÍNCULO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de tipicidad guarda íntima relación con otro principio general de Derecho como es el de legalidad o reserva de ley.

No obstante, se trata de principios diferentes de cuya aplicación, devienen exigencias distintas. Por un lado, el principio de legalidad exige que la regulación de una determinada materia quede reservada exclusivamente a ley en sentido orgánico y formal (reserva legal). Por otra parte, el principio de tipicidad determina que la conducta punible o infracción, esté prevista previamente en una norma de rango legal, y que: “la descripción de la conducta sancionada tenga una precisión tal que no dé lugar a confusiones o interpretaciones divergentes”⁷.

Foro, Costa Rica, pág. 124.

6 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General”, AMF, Montevideo, 2015, Volumen 1, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, pág. 111.

7 Federico MARENGO – “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo” en Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 2018, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46532-principio-legalidad-sanciones-administrativas-su-proyeccion-ambito-relaciones-del>

En el caso del derecho sancionatorio administrativo, el principio de legalidad impondría la necesidad de que las infracciones y sanciones, como limitantes de los derechos fundamentales, estén previstos por la ley previamente al cometimiento de la infracción (*lex scripta y praevia*). Por su parte, el principio de tipicidad determinaría que dicha infracción y sanción fueran descritas con un grado de certeza tal, que permita otorgar seguridad jurídica al administrado en cuanto cuáles son las conductas punibles y cuáles sus eventuales sanciones (*lex certa*).

Así, el principio de legalidad se violentaría si se aplicara una sanción sin base legal alguna o si se pretendiera aplicar una sanción por una infracción que no estaba prevista al momento de cometerse la infracción. Mientras que el principio de tipicidad se violentaría si la infracción y/o la sanción, no se encontraban descritas con un nivel de certeza tal que permitiera advertir que se trataba de una infracción punible o no se avizoraba claramente cuál sanción podía resultar de dicha conducta.

Sin embargo, a pesar de tratarse de principios diferentes, estas garantías operan en forma complementaria e incluso puede sostenerse, que: “la tipicidad de las infracciones y de las sanciones es una exigencia ineludible del principio de legalidad y de la reserva de ley. Si la garantía que éste consagra es la de que sólo se sancione una conducta cuando así lo establece una norma con rango de ley, lo que la norma debe determinar en todo caso son las infracciones sancionables (garantía criminal) y las sanciones que pueden imponerse (garantía penal)”⁸.

Es que “la legalidad consiste en poner en cabeza del Poder Legislativo la facultad de establecer el marco sancionador. La tipicidad, por su parte, es considerada como la atribución de dicho órgano constitucional de crear - con la mayor precisión posible- las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que conste en la norma de tal rango una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y, asimismo, de la vinculación entre una y otra. Es lo que le permite al particular conocer de antemano qué conductas pueden constituir una infracción y cuál será, eventualmente, la respuesta punitiva que le corresponderá por tal actividad. Los principios de tipicidad y de legalidad, entonces, se encuentran fuertemente entrelazados porque el primero debe enmarcarse en el segundo. Las conductas y su reproche deben estar previstos en la ley (legalidad) al igual que su definición en términos precisos y concretos (tipicidad). Dicho en pocas palabras, el requisito de reserva legal se refiere a la tipificación sancionadora. El mandato de tipificación coincide con *lex certa* y con lo que suele llamarse “principio de determinación (precisa)” o “principio de taxatividad”, cuyos objetivos estriban en proteger la seguridad jurídica y la reducción de la discrecionalidad de la Administración en la aplicación del Derecho. En sustancia, consiste en la exigencia de que los textos normativos describan con la mayor precisión posible las conductas que se amenazan con una sanción, así como estas mismas sanciones”⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que las particularidades del Derecho Administrativo, cambiante por definición, flexibilizan en cierta medida la es-

8 Jesús GONZÁLEZ PÉREZ – “Manual de Procedimiento Administrativo”, Civitas, Madrid, 2000, pág. 414.

9 Federico MARENGO – “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”, ob. cit.

tricta aplicación de los principios de legalidad y tipicidad propios del Derecho penal. En efecto, no puede pretenderse que el principio de tipicidad penal se aplique con la misma rigidez en el ámbito penal y en el ámbito administrativo. Ello es así, en tanto: “las infracciones administrativas crecen indefinidamente como consecuencia de la actividad gestora de la Administración. De tal modo, una ley excesivamente tipificadora sería interminable y, además, tendría que ser modificada permanentemente”¹⁰.

Por tal razón, el desafío consistirá en cómo definir los límites del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Esto es, hasta donde debe definir el tipo legal para no vulnerar dicho principio y cuáles son los elementos esenciales, sin los cuales, la aplicación de una sanción podrá resultar nula por ausencia de base y precisión normativa legal. A dicho análisis nos dedicaremos seguidamente.

En definitiva, el principio de tipicidad y el de legalidad o reserva de ley, se encuentran íntimamente relacionados siendo el primero, una derivación necesaria del segundo. En efecto, mientras que el principio de legalidad cumple con la exigencia de que, para sancionar, exista una ley escrita y previa a la infracción, el principio de tipicidad adiciona la exigencia de que dicha conducta, para ser pasible de sanción, esté descripta con razonable nivel de detalle, de tal forma que el administrado pueda reconocer fácilmente cuál es la conducta punible y cuál es su eventual sanción. Sin perjuicio de ello, las particularidades propias del Derecho Administrativo hacen que dichos principios no puedan ser aplicados con el mismo nivel de rigidez, que en del Derecho Penal, por lo que será necesario analizar, cuál es el núcleo normativo que debe estar previsto por la ley para que la potestad sancionatoria administrativa sea ejercida conforme a Derecho.

4. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y LÍMITES A LA REMISIÓN A NORMAS REGLAMENTARIAS

Tal como se ha señalado anteriormente, las particularidades propias del Derecho Administrativo como un Derecho esencialmente dinámico y cambiante, hacen que la posibilidad de tipificar todas las infracciones administrativas posibles con sus correspondientes sanciones, sea realmente difícil.

Es por ello, que doctrina y jurisprudencia se han planteado cuáles son los contenidos que necesariamente tienen que estar previstos por la ley y cuáles, son aquellos elementos que podrán ser delegados para su regulación en la reglamentación.

En torno a la cuestión de cuál es el mínimo de cuestiones que debe prever la ley para no vulnerar el principio de tipicidad, BALBIN ha señalado, en opinión que se comparte, que el precepto legal debe contener necesariamente el desarrollo del **núcleo sancionatorio**. Asimismo, dicho autor sostiene que el núcleo sancionatorio está contenido en la norma, **cuando puede ser aplicado por sí mismo**¹¹.

10 Ob. cit. Ver también: Fernando LODOÑO MARTÍNEZ – “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo -sancionatorio” en Revista de Derecho de Valdivia, 2014, Vol.27, N.2, págs. 147-167. ISSN 0718-0950.

11 Carlos BALBÍN – “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 759 y 760.

En relación a este punto, se ha entendido que ello sucede cuando el operador puede inferir “desde el propio texto legal –con un grado de certeza suficiente- cuál es la acción y omisión que exige el ordenamiento y cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento de ese mandato”¹².

Tal como puede apreciarse, el análisis señalado aporta dos elementos esenciales para la evaluación del cumplimiento del principio de tipicidad: el núcleo sancionatorio y la posibilidad de aplicación de la norma. En función de ello, para poder analizar si se ha cumplido o no con el principio de tipicidad, deberá evaluarse si la norma de rango legal contiene o no el núcleo sancionatorio y para poder dar respuesta a dicha primera interrogante, deberá responderse a una segunda pregunta, que es si la sanción puede aplicarse únicamente con lo establecido por la ley.

Si la respuesta a la segunda pregunta es que sí, entonces el núcleo sancionatorio estará efectivamente contemplado en la norma de rango legal y se habrá dado cumplimiento entonces, al principio de tipicidad. Por el contrario, si la respuesta es que la norma legal no puede aplicarse sin necesidad de regulación complementaria, entonces no se habrá regulado legalmente el núcleo sancionatorio y en consecuencia, existirá un incumplimiento del principio de tipicidad en caso de imponer sanciones en base a dicha disposición legal.

Lo anterior, no quiere decir que el núcleo sancionatorio no pueda ser complementado por la reglamentación. En efecto, la norma reglamentaria podrá complementar a la norma legal siempre y cuando respete los límites del marco legislativo.

En este sentido, se ha señalado que: “Esos límites son: a) la ley ha de definir el núcleo básico como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora; b) el reglamento no puede ir más allá de un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de la finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley; c) si la función de reglamento es complementar, el problema esencial es determinar hasta qué punto puede llegar la sumariedad de la ley para que el reglamento no se convierta en algo independiente de ella. De tal modo que la ley sancionadora debe contener un mínimo de contenido material –tanto en el tipo infraccional, como en lo concerniente a las sanciones-, y la labor de la Administración se limitará a delinear los complementos indispensables para la concreción de la finalidad legalmente establecida”¹³.

A nuestro criterio, el núcleo sancionatorio necesariamente debería definir los siguientes aspectos para dar cumplimiento al principio de tipicidad.

En primer lugar, debe describir con razonable grado de certeza las conductas u omisiones que constituyan infracción. En este sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado claramente que no alcanza con un marco genérico que le confiera

12 Federico MARENGO – “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”, ob. cit.

13 Federico MARENGO – “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”, ob. cit.

a la Administración la facultad de imponer sanciones, sino que “esta facultad presupone y condiciona la imposición de la sanción concreta, no solo a la especificación previa y detallada de la conducta punible -eventualmente infractora-, sino también a la naturaleza de la sanción y su medida. Tales extremos no surgen que se hubieran previsto y menos aún, que lo sean con anterioridad, situación omisa que no se puede suplir por el marco normativo genérico, impreciso y laxo, invocado como fundamento de la recurrida, cuando se impone como limitación de la potestad sancionatoria de principio, sin texto expreso” (Sentencia N° 538/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2015).

Tal como puede apreciarse, el Tribunal rechaza por insuficiente la invocación de un marco legal “genérico, impreciso y laxo” como fundamento de la sanción, exigiendo un grado de certeza que no puede ser alcanzado cuando la ley no es precisa.

En segundo lugar, debe definirse si para la configuración de la infracción es necesaria la existencia de culpa o dolo, o en caso de que así se admita, si trata de una infracción meramente objetiva.

Al respecto, debe señalarse que la doctrina es categórica sobre la necesaria subjetividad del agente como requisito de la aplicación de sanciones. Así, se ha enfatizado que: “Se descarta, en las infracciones administrativas en general, al igual que en las disciplinarias, la responsabilidad objetiva. Se atenderá siempre, y según corresponda, al elemento subjetivo; si éste se enerva, no habrá sanción”¹⁴.

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en recientes pronunciamientos ha señalado que: “La imputación de una falta administrativa cualquiera, requiere -de regla- de la concurrencia del elemento subjetivo. La regla en materia de infracciones administrativas es la responsabilidad subjetiva, ya que la responsabilidad objetiva constituye la excepción. Por tal motivo, no concurriendo el elemento subjetivo, no puede caberle responsabilidad administrativa alguna máxime teniendo en cuenta el principio de personalidad de las penas” (Sentencia N° 229/2015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

En tercer lugar, debe contener la entidad de la culpabilidad del agente, (si se trata de culpa leve, grave o gravísima), en caso obviamente de que se trate de una infracción que requiera el elemento subjetivo¹⁵.

En cuarto lugar, debe describir la sanción imponible claramente o en todo caso, el elenco de las mismas. Al respecto, se ha pronunciado nuestra doctrina en el entendido de que la norma “debe establecer la sanción, o en su defecto, un repertorio de sanciones, dentro de la cual, la Administración podrá elegir la que fuere adecuada, en aquellos ca-

14 Ver: Susana LORENZO – “Sanciones administrativas”, Editorial B de F, Montevideo, 1996, pág. 142. En similar sentido, sobre el ámbito disciplinario y extensible a las sanciones administrativas en general, ver: Mariano R. BRITO - “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en Procedimiento administrativo, Acali. Montevideo, 1977, pág. 138; y Augusto DURAN MARTINEZ – “Principios del procedimiento disciplinario”, en Procedimiento administrativo, UCUDAL, Montevideo, 1991, pág. 82.

15 María Lourdes RAMÍREZ TORRADO - “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, en Revista Estudios de Derecho”, cit. pág. 40.

sos en que, además, se determine esa posibilidad de elección”.¹⁶

En el mismo sentido, se ha sostenido que: “Como regla no basta que la norma reglamentaria sancione con carácter general el incumplimiento de las obligaciones en ella establecidas. La tipicidad exige una descripción legal de la conducta, que puede ser completada por el reglamento a la que se conectará una sanción específica”¹⁷.

En definitiva, la norma de rango legal debe contener el núcleo sancionatorio, no pudiendo delegar en la ley la regulación del mismo. A tales efectos, se considera que el núcleo sancionatorio se encuentra contenido en la norma cuando la misma es susceptible de aplicación inmediata. Sin perjuicio, ello no impide que la norma legal pueda remitir a la reglamentación para que regule extremos complementarios de la misma, siempre y cuando se mantenga dentro del marco legal. Asimismo, se entiende que necesariamente integra este núcleo sancionatorio: a) la descripción razonable de la conducta u omisión constitutiva de infracción; b) la necesidad de culpa o dolo o en caso de que se entienda, la existencia de una infracción objetiva; c) en caso de ser subjetiva, la entidad de la culpabilidad exigida; y d) la descripción de la sanción o del elenco de las mismas.

5. PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

Una vez analizado el concepto mismo del principio de tipicidad, su alcance y su vinculación con el principio de legalidad, corresponde cuestionarse si en caso de falta de previsión explícita de una infracción de su correspondiente sanción, pueden aplicarse por analogía tipos infraccionales previstos para casos similares o sanciones de entidades similar a las impuestas en casos asimilables.

Al respecto, no es poco frecuente que la Administración esgrima como fundamento la analogía para la aplicación de sanciones por infracciones que, si bien no estaban previstas específicamente, sí encuentran tipos infraccionales explícitos para conductas similares. No menos común es el graduar la entidad de una sanción en base a antecedentes de sanciones impuestas por otras conductas, que sí poseen sanción específica.

En este sentido, existe consenso bastante generalizado a nivel de doctrina y jurisprudencia en cuanto a la **prohibición de la analogía** para la aplicación de tipos infraccionales y sanciones administrativas.

En efecto, respecto de la posibilidad de aplicar sanciones por analogía, se ha señalado que: “el principio de tipicidad comprende tres garantías: *lex certa*, *lex previa* y *lex scripta*, que se quebrantarían claramente, en la medida que se impone una sanción o se tendrían en cuenta circunstancias agravantes que no se encuentran expresadas en norma alguna (*lex previa* y *lex scripta*), sino que se crean a partir de una norma con un contenido muy próximo. Quedando, por ende, en sede de autoridad administrativa la configuración de las infracciones en cada caso y de acuerdo a lo que juzgue conveniente en cada situación (*lex certa*). Entonces, y a pesar de que en el derecho administrativo

16 Susana LORENZO – “Sanciones Administrativas”, cit., pág. 9.

17 Graciela RUOCCO – “Principios de Legalidad, Tipicidad y de Prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración” en Estudios de Derecho Administrativo, Montevideo, 2011, Ed. La Ley, N° 1, pág. 144 y 145.

sancionador los principios que los presiden pueden ser matizados en relación con el derecho penal, ello no implica que la Administración pueda crear el binomio infracción sanción o circunstancias agravantes para el administrado, vía analógica¹⁸.

Es que “La exigencia constitucional de la determinación precisa de las infracciones y de las sanciones se evaporizaría si se permitiera a la Administración la aplicación analógica de la normativa sancionadora en perjuicio del inculpado. Es que el derecho represivo –en cualquiera de sus ramas- constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera –por la naturaleza de los objetos jurídicos de que trata- ningún tipo de integración, extensión o analogía tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley. Cabe tener presente que, por aplicación del mencionado principio, no se admite que las autoridades administrativas extiendan las normas sancionatorias a comportamientos no previstos por ella y que puedan ser calificados como infracciones, en la medida que suponen la creación de un nuevo tipo de infracción o sanción. Asimismo, tampoco es admisible que se complete el texto legal mediante una analogía *in malam partem* cuando la laguna se refiere a los procedimientos sancionatorios. La correlación entre sanción y bien jurídico es la que permite fundar la prohibición de que –so pretexto de interpretación- se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos de los que el legislador ha querido proteger¹⁹.”

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español, ha señalado que “va de suyo que la tipicidad como manifestación sui generis del principio de legalidad en el ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas frena cualquiera veleidad hermenéutica que conduzca a la extensión por analogía de las figuras definidas como infracciones, más allá de sus límites estrictos (SSTC 75/1984, 159/1986, 138/1987 y 182/1990). Esta prohibición, que viene de antiguo y nace en el Derecho Penal, es inherente a la concepción reflejada constitucionalmente que podría burlarse de hecho muy fácilmente a través de una jurisprudencia que ampliara analógicamente cada conducta acuñada por el legislador” (ATC 72/1993, reiterado en ATC 255/2002)²⁰.

Por su parte, esta también ha sido la posición del **Tribunal de lo Contencioso Administrativo**, el cual ha sostenido en referencia a una multa impuesta a una empresa por el Estado (MTSS) que: “la Administración, al no encontrar disposición normativa en la cual pudiera encuadrarse los hechos ocurridos, aplicó, por analogía, la norma aplicable a la actividad forestal, accionar que no es posible aceptar en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador (...) En definitiva, el acto sancionatorio impugnado resulta ilegítimo, por cuanto invoca un fundamento normativo equivocado”. En función de lo anterior, anula el acto sancionatorio por Sentencia N° 54/018 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 17 de abril de 2018).

En una tónica similar, al analizar un caso sumamente reciente, el Tribunal rechazó la posibilidad de aplicar analógicamente una norma para sancionar a una empresa de

18 María Lourdes RAMÍREZ TORRADO - “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, en Revista Estudios de Derecho”, cit. pág. 45 y 46.

19 Federico MARENGO - “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo”, ob. cit.

20 Carlos Alberto MATA COTO - “El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador”, cit. pág. 128.

servicios fúnebres. En efecto, dicha empresa solicitó la nulidad de una multa que le fuera impuesta por no haber presentado un Certificado de Defunción dentro de los 10 días hábiles posteriores a la inhumación que prevé la normativa departamental (Ordenanza de Necrópolis N° 2763/80).

En oportunidad de la demanda de nulidad, la empresa alegó que dicha sanción era violatoria del principio de tipicidad, en tanto dicha exigencia y su consecuente infracción y sanción, estaban previstas para las inhumaciones y no para las cremaciones. En consecuencia, dado que en este caso lo que se había realizado era una cremación, no correspondía imponer por vía analógica las exigencias previstas para la inhumación y sus consecuentes infracciones y sanciones.

Al respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo: “Es evidente que se aplicó una sanción sin que existiera previamente la transgresión a la norma, asistiendo al espectáculo de falta de tipicidad y vulneración del principio de legalidad. El principio de tipicidad establece que la conducta debe ser adecuada al tipo: “adecuación típica, por su parte, es el resultado de un proceso de comparación entre la descripción legal de conducta contenida en el tipo...con la conducta desarrollada en concreto...si la conducta de la realidad coincide con la abstractamente descripta...entonces puede afirmarse la adecuación típica de la conducta, de la cual resulta la tipicidad de ésta (El derecho penal desde la Constitución. Gastón Chavez Hontou páginas 160-161 C.C. 2015) y luego de atravesar el tamiz de la tipicidad se analizará si, efectivamente, es antijurídica. Y naturalmente, la ilegitimidad de los motivos del acto atañe al derecho de defensa y por tanto al debido proceso. Por tanto, se acoge el agravio de la parte actora, en cuanto no existía norma vigente al momento del hecho que se le imputa la falta que da lugar a la sanción”. En función de ello, anula la multa aplicada (Sentencia N° 77/019 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 26 de febrero de 2019).

Siguiendo este razonamiento, el Tribunal también anuló una sanción de la Intendencia Departamental de Montevideo a una empresa de tratamiento de residuos aplicando analógicamente sanciones previstas para infracciones similares. Al respecto, el Tribunal sostuvo que: “Una cosa es tener residuos en un predio no autorizado, otra es no verterlos en el SDFR (por cierto tiempo) sin indicar a dónde se están vertiendo y quién los transporta y otra muy distinta es incurrir en las conductas previstas por el art. 137 del Decreto Departamental, que exigen que en todas las hipótesis se verifique la referencia normativa de mención. Por lo tanto, asiste razón a la accionante en cuanto se agravia por violación al principio de legalidad, tipicidad y presunción de inocencia. Lo primero y lo segundo por cuanto la imputación no se ajustó a la figura sancionatoria prevista por el acto legislativo departamental. Y lo tercero, como consecuencia de que no se cumplió con la carga de demostrar razonablemente los hechos que normativamente se imputaron a la agraviada”. En consecuencia, anula la sanción por violación al principio de tipicidad mediante la Sentencia N° 946/017 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 30 de noviembre de 2017.

En el mismo sentido, años antes, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo había anulado una sanción impuesta a una empresa distribuidora de Gas Licuado de Petróleo por no haber controlado el exceso de stock en uno de los locales a los cuales se les ven-

día GLP. En esta oportunidad, la empresa invocó que la norma aplicada, sancionaba la venta de GLP a locales no habilitados pero que, en ningún caso, imponía sanciones por no haber controlado en dichos locales, la existencia o no de exceso de almacenamiento.

Al respecto, el Tribunal sostuvo que: “no puede admitirse la atribución de responsabilidad administrativa a la accionante por tal irregularidad, por lo que las sanciones que hubieran podido derivar de ello no podían tampoco aplicársele, ya que la previsión del citado art. 15 del Dec. Deptal 31.760 está limitada a la responsabilidad por el suministro de GLP a establecimientos que no cuenten con habilitación vigente y no se extiende a los casos de aquellos que, contando con la misma, excedan en un momento concreto el volumen autorizado, como ocurrió en la especie” (Sentencia N° 450/011 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 2 de junio de 2011). En este caso, al igual que en el anterior, anuló la sanción impuesta por violación del principio de tipicidad entre otros.

En definitiva, de lo anteriormente señalado puede concluirse que la aplicación del principio de legalidad y tipicidad tienen como corolario necesario la imposibilidad de aplicar por analogía una infracción prevista para una situación de hecho o de derecho diferente de la que se pretenda sancionar. Lo mismo vale decir respecto de que aquellas conductas -que aún tipificadas como infracción – no tengan asociadas una sanción concreta y pretenda aplicárseles aquellas sanciones previstas para casos similares. En ambos casos, la analogía supone una violación del principio de legalidad y de tipicidad en tanto se impone bajo este método, una sanción sin que exista norma legal escrita, previa y cierta que describa razonablemente la infracción y la vincule a una sanción concreta.

5. NULIDAD ABSOLUTA DE LA SANCIÓN IMPUESTA EN INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

La consecuencia de la violación del principio de tipicidad es la nulidad absoluta de la sanción que lo vulnera. Así lo ha entendido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en múltiples fallos (Sentencia N° 156/001 de 26 de marzo de 2001, Sentencia N° 601/001 de 16 de agosto 2001, Sentencia N° 862 de 25 de octubre de 2011, Sentencia N° 702/012 de 25 de octubre de 2012, Sentencia N° 538/015 28 de julio de 2015, Sentencia N° 946/017 de 30 de noviembre de 2017, Sentencia N° 54/018 de 17 de abril de 2018, Sentencia N° 280 de 9 de agosto de 2018; Sentencia N° 317 de 28 de agosto de 2018; Sentencia N° 66 de 19 de febrero de 2019, Sentencia N° 77/019 de 26 de febrero de 2019).

En este sentido, **el Tribunal de lo Contencioso Administrativo** ha señalado que: “para sancionar, debe mediar violación de alguna de las disposiciones del Estatuto o de los reglamentos (art. 60), por el principio general de que no hay sanción sin falta punible expresa o implícitamente prevista (“nullum crimen sino legge”) (art. 1° Cod. Penal) (igualmente, art. 85 de dicho código)”. (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 601/001 de 16 de agosto 2001).

En cuanto a la casuística relevada, puede señalarse que existen varias razones por las cuales el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado vulnerado el principio de tipicidad y en consecuencia, ha decidido anular los actos sancionatorios que así lo han hecho.

En primer lugar, el Tribunal ha considerado vulnerado el principio de tipicidad por no indicar cuál o cuáles normas fueron quebrantadas: en este caso el Tribunal sostuvo que no puede saberse en qué norma se apoya la sanción si no se hace mención a la norma que se infracciona (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 601/001 de 16 de agosto 2001).

En segundo lugar, el Tribunal ha considerado vulnerado el principio de tipicidad por error en la tipificación de la infracción. En este caso, la Administración sanciona por una infracción que, en realidad, no existió. En consecuencia, el Tribunal sostuvo que: “falta el presupuesto -que siempre la Sala reivindica como exigencia ineludible del acto sancionatorio: la existencia de infracción punible, conclusión que sella la suerte del proceso ante la inviabilidad de cualquier supuesto de “canjeabilidad” (...) En consecuencia, ha existido un error en la tipificación de la conducta, por lo cual, la motivación del acto en causa es errónea en cuanto a Derecho”. Por tal razón, el Tribunal anula mediante Sentencia N° 156/001 de 26 de marzo de 2001.

En tercer lugar, el Tribunal ha considerado vulnerado el principio de tipicidad por aplicación analógica de otro tipo infraccional o sanción: en este caso, y en referencia explícita a la aplicación de la analogía, el Tribunal sostuvo que “no es posible aceptar en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador” dicho accionar (Sentencia N° 54/018 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 17 de abril de 2018)

En cuarto lugar, el Tribunal ha considerado vulnerado el principio de tipicidad por invocación de una habilitación genérica a sancionar sin que se haya estipulado un tipo e infracción concretos: en este caso, la Administración consideró que no bastaba con invocar un “marco normativo genérico, impreciso y laxo, invocado como fundamento de la recurrida, cuando se impone como limitación de la potestad sancionatoria de principio, sin texto expreso” (Sentencia N° 538/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2015).

En quinto lugar, el Tribunal ha considerado vulnerado el principio de tipicidad por sancionar por incumplimiento de una obligación que no estaba sujeta a término: Al respecto se sostuvo que: “Entiéndase que si la legislación no establece término de cumplimiento de la obligación de la accionante, no existe comportamiento contrario a Derecho de ésta pasible de sanción administrativa, pues su cumplimiento era posible en cualquier instancia o momento” y agrega “la obligación a término o deber jurídico debe constar a texto expreso” (Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 702/012 de 25 de octubre de 2012).

En definitiva, el Tribunal ha considerado que se violenta el principio de tipicidad en múltiples casos como: a) por no indicar la norma vulnerada; b) por tipificar indebidamente una infracción, c) por aplicación de la analogía para sancionar; d) por invocar un marco legal genérico sin invocar el tipo infraccional preciso y e) por considerar incumplida una obligación que en su tipo no estaba sujeta a término. En todos los casos, la consecuencia fue la nulidad del acto cuestionado.

6. CONCLUSIONES

De lo señalado precedentemente pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) tanto la doctrina nacional como la extranjera reconocen al principio de tipicidad como aquel que demanda la existencia de una ley escrita, previa y cierta que tipifique la infracción y su correspondiente sanción, para poder ejercer la potestad sancionatoria de la Administración. Asimismo, dicho principio también es reconocido por la jurisprudencia contencioso administrativa de nuestro país, que entiende que los actos que violenten dicha norma se encuentran viciados de nulidad absoluta.

b) existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que la tipicidad es un principio general del Derecho y más específicamente, un principio general del derecho punitivo, cuyo origen se encuentra en el Derecho Penal pero que resulta plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador.

c) el principio de tipicidad y el de legalidad o reserva de ley, se encuentran íntimamente relacionados siendo el primero, una derivación necesaria del segundo. En efecto, mientras que el principio de legalidad cumple con la exigencia de que, para sancionar, exista una ley escrita y previa a la infracción, el principio de tipicidad adiciona la exigencia de que dicha conducta, para ser pasible de sanción, esté descrita con razonable nivel de detalle, de tal forma que el administrado pueda reconocer fácilmente cuál es la conducta punible y cuál es su eventual sanción;

d) las particularidades propias del Derecho Administrativo hacen que dichos principios no puedan ser aplicados con el mismo nivel de rigidez, que en del Derecho Penal, por lo que será necesario analizar, cuál es el núcleo normativo que debe estar previsto por la ley para que la potestad sancionatoria administrativa sea ejercida conforme a Derecho;

e) la norma de rango legal debe contener el núcleo sancionatorio, no pudiendo delegar en la ley la regulación del mismo. A tales efectos, se considera que el núcleo sancionatorio se encuentra contenido en la norma cuando la misma es susceptible de aplicación inmediata. Sin perjuicio, ello no impide que la norma legal pueda remitir a la reglamentación para que regule extremos complementarios de la misma, siempre y cuando se mantenga dentro del marco legal. Asimismo, se entiende que necesariamente integran este núcleo sancionatorio: a) la descripción razonable de la conducta u omisión constitutiva de infracción; b) la necesidad de culpa o dolo o en caso de que se entienda, la existencia de una infracción objetiva; c) en caso de ser subjetiva, la entidad de la culpabilidad exigida; y d) la descripción de la sanción o del elenco de las mismas.

f) la aplicación del principio de legalidad y tipicidad tienen como corolario necesario la imposibilidad de aplicar por analogía una infracción prevista para una situación de hecho o de derecho diferente de la que se pretenda sancionar. Lo mismo vale decir respecto de que aquellas conductas -que aún tipificadas como infracción – no tengan asociadas una sanción concreta y pretenda aplicárseles aquellas sanciones previstas para casos similares. En ambos casos, la analogía supone una violación del principio de lega-

lidad y de tipicidad en tanto se impone bajo este método, una sanción sin que exista norma legal escrita, previa y cierta que describa razonablemente la infracción y la vincule a una sanción concreta; y

g) el Tribunal ha considerado que se violenta el principio de tipicidad en múltiples casos como: a) por no indicar la norma vulnerada; b) por tipificar indebidamente una infracción, c) por aplicación de la analogía para sancionar; d) por invocar un marco legal genérico y sin invocar el tipo infraccional preciso y e) por considerar incumplida una obligación que en su tipo no estaba sujeta a término. En todos los casos, la consecuencia fue la nulidad del acto cuestionado.

BIBLIOGRAFÍA

BALBÍN, Carlos F. – “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 759 y 760.

BRITO, Mariano R. - “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en Procedimiento administrativo, Acali. Montevideo, 1977, pág. 138;

CORDERO, Cristian Román - “El derecho administrativo sancionador en Chile” en Revista de la Universidad de Montevideo, Núm. 16, Año 8, 2009, pág. 96

DELPIAZZO, Carlos E. – “Derecho Administrativo General”, AMF, Montevideo, 2015, Volumen 1, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, pág. 111.

DURAN MARTINEZ, Augusto – “Principios del procedimiento disciplinario”, en Procedimiento administrativo, UCUDAL, Montevideo, 1991, pág. 82.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús – “Manual de Procedimiento Administrativo”, Civitas, Madrid, 2000, pág. 414.

LODOÑO MARTÍNEZ, Fernando – “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo -sancionatorio” en Revista de Derecho de Valdivia, 2014, Vol.27, N.2, págs. 147-167. ISSN 0718-0950.

LORENZO, Susana – “Sanciones Administrativas”, Ed. B de F, Montevideo, 1996, pág. 14.

MARENGO, Federico – “El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo” en Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 2018, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46532-principio-legalidad-sanciones-administrativas-su-proyeccion-ambito-relaciones-del>

MATA COTO, Carlos Alberto – “El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador” en Revista del Foro, Costa Rica, pág. 124.

NIETO, Alejandro – “Derecho administrativo sancionador”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 260 y ss.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes - “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, en Revista Estudios de Derecho” de la Universidad de Antioquía, Antioquía, 2011, Núm. 151, pág. 39.

RUOCCO, Graciela – “Principios de Legalidad, Tipicidad y de Prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración” en Estudios de Derecho Administrativo, Montevideo, 2011, Ed. La Ley, N° 1, pág. 144 y 145.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

HOWARD, Walter

**Los convenios sobre cuestiones alimentarias y los límites
a la autonomía de la voluntad.**

LOS CONVENIOS SOBRE CUESTIONES ALIMENTARIAS Y LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD¹

WALTER HOWARD*

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Caracteres del convenio alimentario. 3. El contenido de los convenios sobre alimentos. 4. Los caracteres de las relaciones alimentarias y los límites a la autonomía de la voluntad. 5. La homologación judicial de los convenios. 6. La modificación de los convenios. 7. Conclusiones.

1. Planteamiento

La resolución de los conflictos en materia de familia mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y en lo concreto en sede de alimentos, es ampliamente recibida por los diferentes ordenamientos, y en el Derecho uruguayo se exterioriza a través de los denominados «convenios»². Aun cuando en un primer momento, esa autonomía era reconocida particularmente en lo atinente a las cuestiones patrimoniales (paradigmático es al respecto lo que acontece con las relaciones patrimoniales entre los cónyuges reguladas mediante capitulaciones matrimoniales), el Derecho de familia en su conjunto ha adoptado como propia la consideración de que es usual que los propios interesados sean los que están en las condiciones más propicias para solucionar las crisis que los enfrentan –por ser los más profundamente conocedores del contexto conflicto-, por lo que se les reconoce la legitimación para celebrar los negocios regulatorios y estatutarios que les permitan superar –tanto para el pasado como para el futuro- sus diferencias.

Ciertamente, en el presente, se concede –por la ley como por la jurisprudencia- una mayor autonomía a los individuos, a fin de adoptar las medidas que conceptúen más adecuadas, en lo referente a la dirección de la vida familiar durante la convivencia, como en la composición de los conflictos que se producen una vez que se ha verificado una ruptura. A raíz de ello, desapareció desde hace algunas décadas la idea –que vista desde hoy aparece como desatinada³- de que, en virtud de que en las cuestiones familiares en

* Abogado-Escribano. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de Montevideo y de la Universidad de la República.

1 Este artículo es una versión ampliada de la Comunicación presentada al Congreso Internacional «Límites a la autonomía de la voluntad» organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España, los días 29 y 30 de septiembre de 2016.

2 Mucho de lo que aquí expongo ya lo analicé en *El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas*, Universidad de Montevideo, 2012, en particular Cap. IV, págs. 243 y ss. y en *Alimentos*, Mdeo., F.C.U., 2016, págs. 194 y ss.

3 Como derivación, desapareció en buena medida el arcaico prejuicio de que los propios sujetos no están habilitados para resolver esas cuestiones, protegiendo adecuadamente sus intereses y en especial, los de sus hijos. Vale decir, al día de hoy es factible observar un sensible retroceso del orden público familiar, acompañado de una extensión correlativa del poder regulador de la voluntad de los particulares; al estatuto extrapatrimonial de la familia se le reconoce cierta flexibilidad con el fin de favorecer su adaptación a los intereses familiares que él rige (CHAPELLE, «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniales», *R.T.D.C.*, 1984, págs. 414-415).

infinidad de ocasiones se hallan involucradas cuestiones de orden público, los componentes de la agrupación familiar no están en las condiciones adecuadas mediante su autonomía privada para disciplinar, ellos mismos, los conflictos que aquejan al grupo.

La idea recién expuesta conduce a que sea preciso rechazar, desde ya, cualquier consideración acerca de que la naturaleza del Derecho de familia, en virtud de la calidad de orden público que de ordinario tienen atribuidos muchos de sus preceptos, inhibe de modo inexorable la presencia de un amplio margen de intervención para la autonomía privada. Como derivación, resulta incuestionable la posibilidad de crear por el libre juego de la aludida autonomía, no sólo ciertos estados familiares, sino también el estatuto que los ha de regir en su desarrollo, así como luego de su extinción.

Evidentemente, a pesar ciertas limitaciones incluidas en la materia, es inadmisibles desconocer la trascendencia de los acuerdos de los particulares en las relaciones de familia, en la medida en que los componentes de cada congregación familiar tienen las atribuciones, derivadas de su derecho fundamental de autodeterminación, de sentar la manera en la cual cumplen con los preceptos legales. En este sentido, más que autonomía privada o discrecionalidad, lo que verdaderamente existe es impotencia de los terceros (incluido el Estado) para inmiscuirse en la vida privada de los individuos, en reductos tan íntimos de éstos que repudian toda injerencia o intrusión ajena.

La doctrina es conteste acerca de que en la actualidad existe una mayor «privatización»⁴ o «contractualización»⁵ del Derecho de familia, que se traduce no sólo en la creación de los vínculos familiares, sino que del mismo modo alcanza al desarrollo y la extinción de éstos. Y en aquellas órbitas en las cuales el legislador ha concedido a los tribunales una amplia discrecionalidad para fallar, también suele reconocer un vasto poder de decisión a los particulares a quienes concierne la cuestión.

Es palmario que los legisladores actuales, sin especial referencia a un ordenamiento concreto, han estimado que los propios interesados son los que se sitúan en el mejor ambiente a fin de autorregular las consecuencias de la ruptura de sus relaciones familiares, sea que se deriven de la institución matrimonial o meramente de una unión fáctica. En pos del cumplimiento de ese designio han estimulado la celebración de acuerdos que regulen las consecuencias que emanan de las situaciones familiares litigiosas⁶. Atento a tales consideraciones, si bien no puede dejar de desconocerse que en materia de alimentos y más genéricamente en cuanto a los conflictos familiares, existe un fuerte componente

4 Infinidad de autores emplean el término; a guisa de ejemplo, *vid.* GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir.: ALBALADEJO), T. II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, 2ª ed., EDERSA, 1982, pág. 373; FERRANDO, *Separazione e divorzio. Guida alla lettura della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pág. 7 y PINI, en PINI, BUONADONNA, DE FILIPPIS, RICCI y SCHETTINI, *Il mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, 2ª. edizione, Italia, CEDAM, 2013, pág. 15.

5 BOULANGER, «Modernisation ou utopie?: la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002», *Recueil Dalloz*, 2002, n.º 20, sec. Chroniques, pág. 1575.

6 Como se postula en la doctrina francesa, el favor por los pactos de familia en materia extrapatrimonial constituye una inversión de la tendencia, un cambio de política legislativa, testimonio de un sorprendente retroceso del orden público familiar. Pero este favor no es ilimitado, dado que la organización de las relaciones familiares interesa demasiado a la sociedad como para ser abandonada a la discreción, a la arbitrariedad o al impulso de los intereses particulares. Es necesario, entonces, en cierta medida, canalizar esas relaciones convencionales con el fin de que la familia no se constituya en un campo herméticamente cerrado, dando lugar a guerras de intereses sin piedad (CHAPELLE, *op. cit.*, pág. 417).

de orden público, en los ordenamientos más modernos se procura reforzar la intervención de los propios particulares en la solución de las crisis que los afectan. En este rumbo, es emblemática la ley n.º 162/2014, de 10 de noviembre de 2014, en Italia, mediante la cual se trató de acentuar el carácter privado de la relación conyugal, confiando a los cónyuges que van a separarse o divorciarse el instrumento de la negociación asistida, a fin de evitar la vía jurisdiccional cuando haya hijos menores o mayores incapaces o privados de autonomía económica⁷. Según el art. 2.1 de la citada ley, «la convención de negociación asistida por uno o más abogados es un acuerdo mediante el cual las partes convienen en cooperar de buena fe y con lealtad para resolver amigablemente la controversia...». Y naturalmente que en el ordenamiento español no se pueden dejar de mencionar los convenios reguladores previstos por el varias veces modificado art. 90 del C.C.⁸

Así las cosas, la familia en crisis (dado que si no existe conflicto las prestaciones destinadas a la manutención de sus componentes de ordinario se cumplen en forma espontánea) constituye un espacio fértil para que las divergencias que surgen con la ruptura se solucionen mediante los denominados «convenios», entendidos éstos como las manifestaciones de voluntad de quienes están involucrados en el contexto de conflicto, con el fin de estipular las condiciones en que los componentes de la agrupación van a quedar apostados en el nuevo orden que se debe imponer como secuela de la desarticulación familiar.

Desde ahora cabe señalar, como simple adelanto, que las mayores atribuciones conferidas a la autonomía de los implicados, especialmente en los casos en que se produce un quiebre familiar, tienen una doble ventaja: por una parte, se atribuye a quienes están envueltos con mayor intensidad en el conflicto, a quienes son privilegiados conocedores de los pormenores de la realidad familiar que los envolvió, la posibilidad de autorregular sus diferencias y llegar a la solución que consideren más acomodada al escenario familiar litigioso; y por otra, se modera, aun cuando no desaparece, la intervención judicial. Por ende, sólo una vez que se produce el fracaso de la vía convencional, se abre la judicial para heterocomponer las cuestiones que no se pudieron resolver consensuadamente⁹. Es decir, «el legislador reservó la intervención judicial para un segundo plano, para cuando sea imposible el pacto o para cuando el contenido de las propuestas sean lesivas a los intereses del menor o de uno de los cónyuges»¹⁰.

Los convenios toman como punto de referencia para las soluciones a las que se arriba el contexto imperante en la época que se alcanza el acuerdo, pero ello no supone olvidar

7 TOMMASEO, «La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali», *Rev. Famiglia e diritto*, n.º 2/2015, Ed. Wolters Kluwer Italia s.r.l., págs. 159-160.

8 En la doctrina española respecto a la amplia intervención de la autonomía privada en las relaciones conyugales, *vid.* GASPARELLO, «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», en *A.D.C.*, T. LXIV, 2011, n.º III, en especial, págs. 1042-1045.

9 En la doctrina italiana se afirma que el juez es llamado a decidir en las modalidades de reestructuración familiar a propuesta de los padres y en vía sucesiva y eventual: su intervención solamente está legitimada cuando la conflictividad entre los padres es tal que impide una gestión autónoma de la relación (ROSSI CARLEO, «Famiglie disgregate: le modalità di attuazione dell'affidamento dei figli fra disciplina attuale e prospettive di riforma», *Rev. Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.º 1, gennaio-febbraio 2004, Giuffrè Editore, sec. Dottrina, pág. 6).

10 IVARS RUIZ, *Guarda y custodia compartida*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, pág. 21.

que lo estipulado refiere también a vinculaciones futuras, por lo que debe prestarse especial atención a lo que verosímilmente vaya a acontecer en el porvenir, bajo riesgo de someter a los involucrados a continuos litigios en virtud de la alegación de cambios en las circunstancias. Lo anterior en la medida en que una de las características fundamentales que tiene la intervención de los tribunales en materia de familia y más particularmente en cuestiones de pensiones alimenticias (como así también en lo atinente a custodia, comunicaciones y visitas), radica en que se procura predeterminedar un estatuto que gobierne las relaciones entre los contendientes para el futuro, a fin de reglar el nuevo orden que se engendra como consecuencia de la ruptura familiar. Ello permite diferenciar esa intervención judicial de lo que acontece en otras órbitas del ordenamiento, en que los jueces son llamados a fallar acontecimientos ocurridos en el pasado, con el propósito de cerrar un conflicto amparando o no pretensiones formuladas por los litigantes¹¹.

De todas maneras, en una primera aproximación, se intuye que la libertad de pacto no es absoluta, sino que está sujeta a variados límites¹². A guisa de ejemplo, cuando los padres acuerdan el modo y condiciones en que quedan los hijos a la disolución del vínculo familiar, así como la contribución alimentaria que se les ha de servir, se requiere —como elemento que coadyuva a su eficacia vinculante— que el concierto alcanzado se subordine a la homologación o control judicial. La razón estriba en que en el Derecho de familia se encuentran en juego no sólo los intereses y objetivos de quienes intervienen en el acuerdo, sino también los de los hijos, por lo que el Estado, a través de la participación judicial que tiene lugar por el examen del convenio, se inmiscuye, guiado por la finalidad de que con lo convenido no se afecte su situación.

Por lo dicho, los caracteres que de conformidad con los preceptos legales adornan a las pensiones de alimentos mantienen su condición de orden público y por ende de inderogabilidad; con lo cual, los convenios son acuerdos, que como ocurre en la órbita contractual son impugnables —como cualquier negocio— por contrariedad con las normas imperativas; y naturalmente que también están sujetos al principio *rebus sic stantibus*¹³.

En el caso de las relaciones paterno-filiales es indispensable partir desde la constatación de que con la ruptura familiar no varían los derechos y obligaciones que los padres tienen respecto a sus hijos, pero existe un nuevo escenario, que ineludiblemente debe ser visualizado para determinar las noveles formas y perfiles que deben asumir esas vinculaciones. Por esa razón, se les ha atribuido normativamente la facultad de acordar

11 En la doctrina argentina se señala como particularidad de los procesos de familia que «la solución del conflicto se debe proyectar para el futuro, en función del porvenir. Esto supone que no se agota la solución en el conflicto puntual y actual, sino que las decisiones que adopten los jueces deben contemplar conflictos latentes que puedan desencadenarse en el futuro» (GUAHNON, *Medidas cautelares en el derecho de familia*, 2ª ed., Bs. As., Ediciones La Rocca, 2011, pág. 43).

12 «Ciertamente, no todo está permitido, ni todo es posible. A la sociedad le interesa demasiado la organización de la familia como para abandonar totalmente la reglamentación de las relaciones familiares a las voluntades individuales y repudiar todo orden público familiar. Pero, por otro lado, los pactos de familia intervienen en un ámbito donde el derecho debe hacer buena pareja con los sentimientos, donde la afectividad y la sensibilidad, es decir, lo irracional, dirigen la conducta humana tanto, y sin duda mucho más, que el respeto ciego de una regla de derecho fría y abstracta... Individualizar el estatuto jurídico de una relación familiar, a fin de alcanzar una reglamentación satisfactoria de una situación por hipótesis única, aparece como la razón de ser de los pactos de familia en materia extrapatrimonial» (CHAPELLE, *op. cit.*, pág. 415).

13 Cfr. SESTA, «Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della copia», *Rev. Famiglia e diritto* 3/2015, sec. Opinioni, Milán, Wolters Kluwer Italia S.r.l., pág. 304.

la manera que consideren más adecuada para promover su desarrollo, adoptando las convenciones que reputen convenientes en el caso de esa familia específica. La singular condición en que se instalan los padres, a pesar de la desarticulación familiar, aparece que sean ellos los situados en la condición más apropiada para determinar las medidas pertinentes en las relaciones con sus hijos. Y es que son aquellos quienes conocen mejor las particularidades de la nueva coyuntura que emerge de la crisis¹⁴.

Es ostensible, desde luego, que aun cuando en caso de soluciones acordadas se requiere la presencia de cierta participación judicial¹⁵, consistente en la homologación del convenio que se celebró, la naturaleza de esa intervención dista considerablemente de la que tiene lugar cuando se incoa una contienda a resolver por los jueces¹⁶. Por cierto, la tarea de éstos no se encamina en dichas coyunturas a componer un conflicto procurando contemplar los derechos e intereses de cada una de las partes que confrontan, sino que se trata de un quehacer de tenor, al menos desde el punto de vista teórico, notoriamente más sencillo, que radica en determinar si los acuerdos alcanzados son dañosos para los involucrados, especialmente en el caso de los alimentos para el hijo beneficiario de la pensión, o si se han vulnerado las múltiples disposiciones de orden público rectoras de la materia.

La posibilidad que se le atribuye a los padres de regular consensuadamente la posición en que han de quedar los hijos procreados o adoptados cuando se destruye la unión que integraban y el contenido que se le atribuye a los derechos y obligaciones que de esa situación emergen, no significa que «puedan decidir omnímodamente ni impide que tal acuerdo deba estar presidido por ciertos principios o directrices normativas»¹⁷. Acaso el único límite expreso, pero que en sí mismo contiene toda su generalidad, es el del respeto del interés de los sujetos infantiles y adolescentes (y en el caso puntual de los alimentos para los menores de veintiún años, por virtud de lo dispuesto por el art. 51 del C.N.A.). Pero en cualquier caso, sin dejar de reconocer la restricción de los poderes de los padres en la materia, es claro que dista de ser un borde pétreo, puesto que en cada supuesto conflictivo se identifica e imprime de conformidad con las peculiaridades de la situación concreta planteada. Pero además existe un elemento cuya trascendencia no

14 La previsión de tener en cuenta los acuerdos entre los cónyuges relativos a la custodia y mantenimiento de los hijos encuentra su fundamento en el hecho de que los padres, si concuerdan sobre este punto, pueden ser los mejores intérpretes de los intereses de los hijos, además de las personas que mayormente conocen sus exigencias y preferencias. La presencia de un acuerdo sobre el punto es asimismo índice de la voluntad de los cónyuges de superar, al menos por el bien de los hijos, las divergencias recíprocas, para llegar a la solución que en concreto sea la más adecuada a los intereses de éstos (RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pág. 37, con cita de Rubino).

15 El control judicial de los convenios no debe impedir que se visualice el cambio de tendencia acontecido. Si bien sobre los acuerdos de familia, siempre planeó la sombra de un orden público familiar vigoroso y riguroso, hoy la situación se invirtió; la amenaza está fuertemente desvanecida, en razón de que el orden público devino más tolerante; no obstante, él no ha desaparecido (CHAPELLE, *op. cit.*, pág. 424).

16 Con respecto a la posición del juez ante el convenio se sostuvo que «en cierta medida, al menos... es un siervo de las estipulaciones fijadas en el convenio», «su función, pues, no es de protagonismo negocial, sino puramente ratificadora, si bien con el doble límite referido» -esto es: cláusulas lesivas para los hijos o estipulaciones gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges- (ALONSO PÉREZ, «Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», *Rev. La Ley* 1983.4, pág. 1163).

17 RIVERO HERNÁNDEZ, «Las relaciones paterno-filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador», AA.VV., *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1984, pág. 79.

puede ser ignorada, que transcurre en el sentido de que los padres son los que deciden en infinidad de ocasiones, no solamente la forma en que ese interés es protegido, sino también y de modo previo, cuál es ese interés.

Frente a los referidos postulados es obligado concluir que en el marco interno de las relaciones paterno-filiales, los adultos están facultados –por ejercer la patria potestad y como derivación de los poderes que se derivan de ella y de la procreación o la adopción– para acordar la forma más adecuada de plasmar en la realidad el interés de sus hijos, de manera de dar observancia a la serie de deberes y responsabilidades que el ordenamiento les impone. Y esas posibilidades de concertación, en tanto su ejercicio no suponga transgresión de las reglas de orden público, sujeta a los tribunales a lo convenido. Por lo cual, sin una fundamentación con base en argumentos sólidos –como por ejemplo una inadecuada protección del interés de los hijos–, no cabe no aprobar los convenios celebrados por los padres para componer la situación conflictiva que los enfrenta.

Si las convenciones no afectan el orden público o el principio de la indisponibilidad de los créditos alimentarios, pueden libremente fijar el régimen en que ellos se van a cumplir. Ello en la medida en que la indisponibilidad está destinada a proteger los intereses del acreedor de la pensión. Por esa razón, la renuncia expresa o tácita del pago de una contribución de mantenimiento no tiene ningún efecto¹⁸.

En el ordenamiento uruguayo las relaciones alimentarias tienen su base legislativa en el C.N.A. para los acreedores alimentarios menores de 21 años y en el C.C. para los mayores de esa edad. En el caso de los primeros, el art. 51 del C.N.A. previene una ordenación sistemática, jerarquizada y subsidiaria para reclamar una pensión¹⁹; mientras que en el caso de los segundos, la ley no es diáfana y de conformidad con lo que admite la doctrina y la jurisprudencia puede establecerse que el principal obligado alimentario es un cónyuge respecto al otro (cuando hay separación de hecho o de cuerpos), el ex cónyuge (art. 183 del C.C.) o el ex concubino (art. 3° de la ley n.º 18.246, de «Uniones concubinarias»); luego de éstos, se hallan los ascendientes y descendientes en línea recta (en forma ilimitada en la filiación matrimonial –art. 118 del C.C.- y con reciprocidad limitada en la extramatrimonial –art. 279 del cuerpo civil-), a continuación los hermanos matrimoniales, puesto que cuando quien reclama es un hermano extramatrimonial no hay relación alimentaria –art. 120 del C.C.-, y por último, los suegros respecto a sus yernos o nueras, recíprocamente, esto es, parientes por afinidad dentro del primer grado (art. 119 del C.C.).

Por otro lado, es procedente señalar que el régimen legal uruguayo se diferencia de los regímenes europeos de los cuales extrae habitualmente soluciones, como el español,

18 REBOURG, en AA.VV., *Droit de la famille* (Dir.: Pierre MURAT), París, Dalloz, 2013, pág. 1133.

19 El citado art. 51 bajo el rótulo «Personas obligadas a prestar alimentos y orden de preferencia» dispone que «Los alimentos se prestarán por los padres o, en su caso, por el o los adoptantes. Para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, se prestarán subsidiariamente de acuerdo al siguiente orden: 1) Los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado. 2) El cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. 3) El concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho. 4) Los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple. En los casos previstos en los numerales 1) y 4), si concurrieren varias personas en el mismo orden, la obligación será divisible y proporcional a la posibilidad de cada obligado».

el francés o el italiano, en la medida en que no reconoce el sistema de las obligaciones de mantenimiento para los sujetos en edad infantil o adolescente o las pensiones compensatorias o asignaciones *post divortium*, sino que todas esas prestaciones se incluyen dentro de la noción de alimentos y sujetas a la disciplina de éstos.

A grandes rasgos, en lo atinente a las relaciones de alimentos derivadas de la existencia pasada de un matrimonio o de una unión concubinaria, la ley uruguaya prevé la subsistencia de una obligación de contribuir en caso de que uno de los ex componentes de la pareja lo necesite, pero en términos diferentes atendiendo al origen del vínculo. En el caso de los alimentos entre ex cónyuges (o cónyuges separados de cuerpos –figura de más que escasa aplicación en el ordenamiento uruguayo), el art. 183 del C.C. –en la redacción dada por la ley n.º 19.119, de 2 de agosto de 2013, que modifica la ley de Matrimonio igualitario n.º 19.075, de 3 de mayo de 2013– distingue dos hipótesis, atendiendo a si quien pide los alimentos fue o no culpable del divorcio: a) para el caso de que no haya sido declarado culpable de la disolución del matrimonio (o de la separación de cuerpos), el cónyuge que lo necesite tiene derecho a reclamar –al menos desde el punto de vista teórico²⁰– una contribución «congrua», esto es, «una pensión que permita al beneficiario conservar en lo posible la posición que tenía durante el matrimonio»; b) si el reclamante fue declarado culpable del divorcio, el derecho a reclamar la pensión surge cuando se encuentre en la indigencia y únicamente tiene derecho a ser socorrido en lo que necesite para su modesta sustentación, con lo cual se le reconoce una pensión «necesaria». Entretanto, en el caso de los ex concubinos, el derecho que se le reconoce al reclamante es exclusivamente a una pensión necesaria, en el entendido de que es procedente «siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos» (art. 3º de la ley n.º 18.246, de 27 de diciembre de 2007, sobre «Uniones concubinarias»).

En cuanto al marco normativo de los convenios en sede de alimentos, el legislador uruguayo prácticamente no se ha pronunciado en cuanto a su contenido. Sin embargo, es incuestionable que admitió su presencia; como muestra, en el inc. 3º del art. 48 del C.N.A. se dispone respecto a la vigencia de la pensión de alimentos que «La convenida extrajudicialmente, se debe desde la fecha pactada» y el art. 54 del mismo cuerpo legal señala que «La transacción sobre alimentos futuros no surtirá efectos sino después de ser aprobada judicialmente». Incluso el art. 9º de la ley n.º 18.246, de 27 de diciembre de 2007, sobre «Uniones concubinarias», prevé en sede de disolución que el tribunal procurará que las concubinos lleguen a un acuerdo sobre varios aspectos, entre otros, en materia alimentaria, y sólo en defecto de concierto voluntario, se resolverá la cuestión judicialmente.

Por tanto, los convenios en cuestiones alimenticias legales pueden ser celebrados a favor de beneficiarios menores de 21 años, como en las relaciones pensionarias para mayores de edad.

²⁰ Por cierto, cuando se adoptan decisiones en las relaciones alimentarias entre divorciados, con sostén en el art. 183 del C.C., se admite que el servicio pensionario debe permitir que el beneficiario pueda mantener el tenor de vida que gozaba durante la convivencia matrimonial y que para ese propósito debe implementarse una pensión alimenticia congrua; sin embargo, cuando se compulsan los fallos dictados se comprueba que (salvo contadas excepciones en más o en menos) se fijan cuotas alimentarias que van del 8 al 15% de los ingresos del deudor, aun en casos en que es palmario que el acreedor está impedido de obtener recursos, con lo cual ni cercanamente puede mantener aquel estándar de vida.

2. Caracteres del convenio alimentario

En el caso de las relaciones paterno-filiales, el convenio por el cual los padres acuerdan la situación en que han de quedar los hijos luego de la destrucción de la comunidad familiar es un negocio jurídico aderezado con características especiales, derivadas de múltiples razones, entre las que se destacan la naturaleza de los contenidos que incluye, la circunstancia de que a través de él se regulan cuestiones atinentes al Derecho de familia y en que requiere la intervención judicial en su homologación. Y de similar tenor es lo que acontece cuando mediante acuerdo se verifica un *accertamento* de la relación alimentaria en que resulta beneficiario un sujeto infantil o adolescente y presta el servicio una persona diferente a sus padres. Tal el caso de las contribuciones acordadas con los abuelos paternos respecto a la obligación alimenticia subsidiaria en provecho de sus nietos.

Algunas diferencias en lo señalado se verifican en las hipótesis en que la relación de alimentos es entre mayores de edad (como entre ex cónyuges o ex concubinos), dado que, al contrario de lo que sucede con los menores de edad o incapaces, la madurez y superior autonomía de que goza el acreedor del servicio, junto al hecho de que está disponiendo de intereses propios, le confiere un poder de decisión más extenso. Sin embargo, tanto cuando el acreedor es mayor de edad como menor, están presentes las características propias de las relaciones de alimentos, con lo cual el acuerdo al que se arribe debe respetar los diversos límites de orden público incorporados a la materia, dado que, de no ser así, el convenio padecerá nulidad en grado absoluto.

En virtud de dicha consideración, no se puede perder de vista que la función de los convenios no es crear una relación alimentaria, sino que ésta ya fue prevista por la ley. Por ende, a través de la vía consensual no es posible desconocer los diferentes límites que el ordenamiento prevé para los alimentos con plataforma legal. Su función, más austera, consiste en disciplinar las condiciones en que una obligación de existencia legislativa se va a satisfacer.

Las particularidades aludidas separan netamente a los convenios que nos ocupan de los negocios de tipo patrimonial; no obstante y a pesar de ello, existen ciertos elementos en común entre las dos especies negociales. En primer lugar, ambos están supeditados a la presencia regular de ciertos elementos que determinan su existencia y validez (principalmente, art. 1261 del C.C.U.), de modo que, en su ausencia, el negocio celebrado no produce los efectos jurídicos perseguidos. Habida cuenta de ello, los convenios otorgados en la materia en análisis requieren para alcanzar su meta que haya voluntad de las partes no viciada, que éstas tengan la capacidad requerida por la ley, que el objeto sobre el cual se pacta sea lícito y que también sea lícita la causa de su celebración. Al no existir en el ordenamiento uruguayo una regulación orgánica de los negocios jurídicos en general —en virtud del ingreso a la dogmática jurídica de la figura en tiempo posterior a la sanción del C.C.U.—, los preceptos contractuales reciben aplicación analógica para la regulación general de los negocios. Consecuentemente, el convenio destinado a regir las cuestiones en estudio es nulo: cuando las partes emiten un consentimiento que no es reputado apto (como es el caso en que uno de los otorgantes padezca demencia o esté privado de la capacidad de obrar exigida por el legislador), si el objeto sobre el cual convienen está fuera del comercio (*v. gr.* si se previera que por cada visita que recibe uno

de los padres de parte de sus hijos, debe abonar una suma de dinero) o tiene una causa ilícita (por ejemplo, cuando se determine que el convenio es simulado y que se pactó una cuota alimenticia sumamente alta para perjudicar a hijos de un matrimonio anterior o extramatrimoniales del deudor alimentario). Pero incluso, aun cuando se reúnan los elementos de existencia y validez mencionados, la eficacia ejecutiva del convenio queda supeditada, entre otros factores –como la legitimación para intervenir en él-, a un elemento externo y de aparición posterior, que es la homologación o aprobación judicial, la cual opera en el sentido que más adelante detallo (*infra* n.º 5).

Los caracteres que tiene el convenio en análisis son los siguientes:

1º) Se trata de un negocio jurídico de derecho familiar. Consecuencia de ello es que lo pactado debe respetar las múltiples disposiciones de orden público que rigen en esta rama del Derecho. Asimismo, si bien lo acordado está sometido al principio «pacta sunt servanda», admite modificaciones en su contenido, en tanto se alteren las circunstancias que llevaron a su conclusión, lo cual lo subordina a la condición «rebus sic stantibus».

2º) Es de naturaleza consensual. Los pactos en materia de alimentos carecen de solemnidades exigidas por el legislador, por lo que en principio podrían incluso ser verbales. Claro está, sin embargo, que en razón de que deben presentarse al juez para su homologación deben constar por escrito. Empero, debe admitirse en todo caso que la forma escrita que se exige es un requisito *ad probationem*, y no *ad solemnitatem*. A falta de prueba escrita, se abre al litigante que quiera probar su existencia, la posibilidad de aportar cualquier especie de medios probatorios. Incluso, un indicio muy fuerte acerca de su realización, puede surgir de la prueba testimonial, no tanto de la propia celebración del convenio, dada su dificultad de comprobación, sino de que los otorgantes han cumplido lo pactado por un lapso de cierta extensión. Por otro lado, dado que en ocasiones es imprescindible que los involucrados en un conflicto acrediten en vía judicial que han llegado a un acuerdo, se requiere que conste por escrito (*v. gr.* es lo que acontece cuando se pretende dar cumplimiento por convenio a lo dispuesto por el art. 167 del C.C.U.).

3º) Se trata de un negocio de naturaleza estatutaria. No se trata de un contrato, pues si bien comparte con éste su calidad de acuerdo o convención, en su esencia no es generador de obligaciones (art. 1247 del C.C.U.), sino que su condición es de estatuto, en el sentido de que da una regulación determinada a derechos y obligaciones que surgen por ley. El origen de esos derechos y obligaciones no se encuentran en el propio acuerdo, sino en la ley al regular la situación conflictiva²¹. La función ordinaria de los convenios

21 En la doctrina uruguaya, si bien se revela una inexistencia prácticamente absoluta de pronunciamientos al respecto, CAUMONT sostiene en referencia a la naturaleza jurídica de los convenios que configuran negocios jurídicos de fijación, los cuales en la clasificación de los negocios en dispositivos y declarativos, se ubican en esta última categoría. El autor señala que «el negocio jurídico de fijación es aquel por el cual mediante la correspondiente declaración intencional de voluntad sus partes intervinientes proceden al accertamiento de una determinada situación jurídica generada por fuente diversa y en la cual se encuentran involucrados por su interés y por derecho, delimitando –sin modificación sustantiva- el ámbito y el alcance de dicha situación no demarcados en su fuente». A ello agrega que las obligaciones atinentes a las relaciones de familia nacen no del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos, sino por disposición de la ley: la situación jurídica obligacional encuentra su génesis en la norma legal (CAUMONT, «Introducción al estudio de la teoría general del negocio jurídico como marco referencial de los convenios respecto de menores», *R.U.D.F.*, n.º 4, sec. Doct., Mdeo., F.C.U., 1989, pág. 128). Sin embargo, juzgo que aun cuando de ordinario los convenios simplemente se limitan a acertar la situación jurídica de los padres en la coyuntura concreta, no es ajeno a su contenido el nacimiento de obligaciones que no se encontraban consagradas por la ley; *v. gr.* es lo que acaece cuando los padres con-

consiste en adaptar los derechos y obligaciones legales a una situación real que presenta caracteres únicos, de suerte que facilita la adecuación de la norma general y abstracta al caso concreto que se acuerda. A través del estatuto pactado se confiere regulación al nuevo orden que emerge como consecuencia de la crisis y dispersión familiar; por su intermedio, más que producirse la generación de nuevos derechos y obligaciones (lo cual no es ajeno al convenio), se adaptan a la novel realidad existente los derechos y obligaciones que ya componían las relaciones familiares y que no desaparecieron por la desarticulación de la convivencia.

En la doctrina se afirma respecto a la asignación posdivorcio –pero ello es trasladable a los demás vínculos alimentarios- que se trata de negocios que se caracterizan por ser de *accertamento*, que no mutan ni la causa, ni el título del derecho: en cuanto a la primera porque permanece individualizada en la solidaridad posconyugal; y en cuanto al segundo porque sigue siendo siempre la ley. El negocio, en definitiva, se basa sobre el dato inequívoco e inmutable, de que es la ley la que prevé, inderogablemente, el derecho y la obligación de la asignación, a cuyo respecto fija, imperativamente, los presupuestos; el negocio se limita a fijar el contenido de la relación, cuya causa justificante está en la ley²².

4º) El convenio concertado tiene naturaleza transaccional, en cuanto evita mediante recíprocas concesiones de las partes que el juez deba determinar medidas sustitutivas²³. Sin embargo, es menester adoptar ciertas precauciones en cuanto a esta afirmación. Evidentemente, esta herramienta que proporciona el legislador tiene elementos de la transacción, como el hecho de que «terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual», con lo que se acomoda a la noción brindada por el art. 2147 del C.C.U. Pero por otro lado, mediante los convenios familiares no se resignan (o al menos ello no es imprescindible) derechos de los involucrados en procura de una solución que evite un juicio, sino que más bien de lo que se trata es de estatuir una reglamentación acerca de las condiciones en que esos derechos van a ser ejercitados y las obligaciones cumplidas. Por tanto, nada obsta a que –dentro de los confines que admite el legislador- se puedan pactar la cuantía, forma, lugar de pago y demás condiciones de las prestaciones alimenticias.

5º) Es un negocio en principio bilateral, en cuanto al número de intervinientes, desde que a través de él los padres acuerdan la situación en la que han de permanecer sus hijos luego de la destrucción familiar o quien tiene la calidad de deudor alimentante y el beneficiario de una pensión alcanzan un acuerdo sobre ésta; pero ello no obsta a que se transforme en plurilateral, pues es dable que intervengan en él otras personas interesadas en la resolución de las cuestiones que se tratan de zanjar mediante el acuerdo; *v. gr.* la pensión complementaria que será servida por los abuelos, ante la insuficiencia del aporte paterno o la que se obligan a servir los hijos como consecuencia de la exigüidad de la que brinda un ex cónyuge.

sienten en otorgar la guarda de sus hijos a un tercero y éste interviene en el convenio asumiendo determinados deberes.

22 BONILINI y NATALE, en AA.VV., *Trattato di Diritto di Famiglia*, vol. III –Dir.: Giovanni BONILINI-, Torino, Utet Giuridica, 2016, pág. 2944.

23 Cfr. LOPEZ BURNIOL, «Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales», AA.VV., *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1984, pág. 52.

6º) Es negocio *inter vivos*, en tanto obliga a los participantes desde su celebración. Como es evidente, una vez alcanzado un acuerdo pensionario, éste alcanza a ambas partes y obliga en tanto no sea modificado a través de otro convenio, por decisión judicial o caduque en la medida en que se verifiquen los hechos previstos en la misma convención como supuestos extintivos del estatuto previsto.

7º) No es un negocio personalísimo. Por cierto, si bien normalmente se trata de un negocio en el cual intervienen de manera personal los propios involucrados en la relación alimentaria, también es admisible que el convenio lo celebre alguno de ellos con el representante legal o convencional del otro. En este rumbo, es posible que si el deudor alimentario se encuentra sometido a interdicción por demencia, su representante legal celebre los pactos necesarios para solventar las necesidades de los hijos de aquél, de su ex cónyuge, ex concubino, etc.

8º) Es un negocio susceptible de ser sometido a plazos o condiciones, siempre en el entendido de que a través de dichas modalidades no se quebranten los preceptos de orden público familiar. En este sentido, precisamente por ser contrario al interés del menor, no es dable someter el cumplimiento del régimen de visitas por parte del guardador al pago puntual de las obligaciones alimenticias por parte del padre que no tiene la custodia. Sin embargo, no existen obstáculos para que se subordine el mantenimiento de lo pactado a que persistan determinadas condiciones existentes al tiempo de la celebración, como por ejemplo, la residencia o los horarios y demás condiciones laborales de los involucrados. Asimismo, nada impide que en el propio convenio se establezcan previsiones acerca de la trascendencia que van a tener sobre lo pactado las modificaciones que se produzcan en el futuro respecto a la condición de los pactantes. Como muestra, el cambio de domicilio del custodio de los hijos, junto con éstos, puede aparejar derivaciones perjudiciales para el régimen de visitas del padre que no ejerce la tenencia, en particular cuando el traslado es a un lugar lejano o a otro país. Para tales coyunturas, es dable el acuerdo por el cual se reduzca la contribución que sirve el no guardador a fin de que pueda solventar los mayores gastos que le generan los traslados para comunicarse y visitar a sus hijos.

9º) Su eficacia queda supeditada a la homologación judicial, la cual opera como determinante de su eficacia ejecutiva (*infra* n.º 5).

10º) Aun cuando se encuentre perfeccionado y homologado, lo pactado en el convenio puede ser modificado en tanto varíen las circunstancias que motivaron su otorgamiento. Al igual que las medidas dispuestas judicialmente para la resolución de los conflictos familiares, las acordadas en modo consensual puedan ser modificadas cuando varían las circunstancias. En este derrotero, en el Derecho positivo uruguayo se contienen disposiciones referidas al aumento, disminución o exoneración de las obligaciones alimenticias cuando se modifican las necesidades del acreedor o las posibilidades del deudor (arts. 122 y 123 del C.C.U. y 46, inc. final, del C.N.A.). Pero como se habrá de ver *–infra* n.º 7-, no toda modificación en el escenario a que se atendió al fijar la contribución alimentaria, tiene la fuerza suficiente para producir una variación en ella.

3. El contenido de los convenios sobre alimentos

Los nuevos paradigmas existentes en el Derecho de familia acerca de las repercusiones que se reconoce a la autonomía privada para la autocomposición de los conflictos acontecidos en su seno, lleva a que sean vastas las cuestiones que se pueden abordar a través de los convenios. Es así que se pueden regular diferentes tópicos que es preciso resolver frente al nuevo orden que se genera como consecuencia de la desarticulación familiar (manutención y alimentos, tenencia, comunicaciones, visitas y atribución del hogar conyugal son los principales, pero nada impide que se agreguen otros como elección del colegio de los hijos o de la institución médica en que recibirán atención, entre muchísimos más).

Los sujetos comprendidos en la contienda disfrutan de amplias facultades de autorregulación; sin embargo, es claro que esa extensión no equivale a discrecionalidad absoluta²⁴. Por el contrario, el legislador ha impuesto varios recortes a la aptitud negocial, a veces de modo expreso y concreto, y en la mayoría de oportunidades a través de expresiones que conceden un considerable margen de actuación para los jueces al analizar la procedencia o admisibilidad de lo acordado.

Entre los límites expresos y concretos que señaló el legislador se encuentra la imposibilidad de violar los caracteres que se reconocen a las pensiones alimenticias, como por ejemplo, la irrenunciabilidad o uncompensabilidad.

Con todo, las restricciones cuantitativamente más trascendentes se encuentran incorporadas por medio de expresiones abiertas que admiten una variada interpretación y que, en definitiva, para comprobar si se ha recogido lo que ellas imponen requieren de la participación judicial a través de la utilización de criterios valorativos y con aristas en buen grado discrecionales; por ejemplo, es lo que acontece con la frecuente invocación del principio del «interés del menor», recibido por el art. 3° de la Convención Universal de los Derechos del Niño, además de otras disposiciones internas de cada ordenamiento, con el análisis de los polos de la ecuación «posibilidades-necesidades» a atender para fijar el montante de la cuota alimentaria o con las previsiones sobre qué implica mantener el nivel de vida alcanzado durante la convivencia.

Además, aunque obvio, es de advertir que cuando los padres establecen en un convenio acuerdos que contrarían preceptos constitucionales (y aun en caso de que sean aprobados judicialmente), ellos serán inejecutables (por ej., si se dispusiesen cláusulas que impliquen la renuncia a que el menor ejerza el derecho a conocer su verdadera identidad).

Así las cosas, la vía consensual constituye una herramienta propicia para reglar las diversas relaciones alimentarias que pueden emerger como consecuencia de la destrucción familiar o de otros eventos que se generan en las vinculaciones familiares. En el marco de las relaciones paterno-filiales, si bien la disgregación de la familia no varía los derechos y

24 Lo dicho por cuanto no se puede olvidar que «en estas hipótesis no estamos en presencia de alimentos de origen convencional porque la fuente de esta obligación no es el contrato sino la ley que la impone» (FANZOLATO, *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Bs. As., Ed. Depalma, 1993, pág. 169).

obligaciones que los padres tienen respecto a los hijos que han engendrado o adoptado, es evidente que se produce una alteración en el modo en que se ejercen y se cumplen unos y otros. Durante la convivencia familiar los alimentos se prestan de ordinario en especie, a través de la satisfacción diaria de las necesidades de los hijos; pero ello varía sustancialmente cuando los padres se separan. En estos supuestos, es frecuente que el padre que ostenta la guarda y custodia cumpla con sus obligaciones de manutención en especie, con el agregado de su labor doméstica, pero esa forma de cumplimiento no puede ser equivalente, en razón de la carencia de una relación de inmediatez cotidiana, para el caso del ascendiente próximo que no convive con su hijo.

La relación alimentaria que se forja como consecuencia de los vínculos entre padres e hijos, aun cuando sea establecida por la vía de los convenios, no varía su condición y mantiene su fundamento en la propia ley, con lo cual aunque cabe reconocer un amplio juego de la autonomía privada para determinar el monto, así como las condiciones de cumplimiento de las contribuciones alimentarias, no se puede dejar de lado el intenso componente de orden público anexo a ellas. De todos modos no cabe descartar la trascendencia que tienen los convenios para todas estas cuestiones, en la medida en que los involucrados pueden acordar los diversos tópicos vinculados a la relación, esto es no sólo la cuantía, oportunidades y forma de pago, si la cuota es dineraria, en especie o una conjunción de ambas, así como quién habrá de asumir ciertos gastos que se generan, como por ejemplo atención de la salud y educación de los hijos.

Los convenios también pueden contener previsiones acerca de gastos que aunque no existan al otorgarse, es posible que se generen en el futuro, como la necesidad de que el beneficiario se someta a ciertas intervenciones quirúrgicas o realice cursos en el exterior, así como prever la variación del montante de la contribución cuando el acreedor alimentario alcance determinadas edades.

Las partes están habilitadas para prever además cláusulas referidas a la modificación de lo convenido, pero siempre en el sentido de que ellas no signifiquen una renuncia a la posibilidad de reclamar un aumento de la prestación en caso de que varíen las condiciones atendidas al fijarla, puesto que ello supondría un perjuicio para el *bonum filii* y contravendría la condición irrenunciable del derecho.

4. Los caracteres de las relaciones alimentarias y los límites a la autonomía de la voluntad

Cuando se analizan los caracteres de la relación alimentaria legal existen dos aspectos que no admiten confusión: por un lado, el derecho que tiene cada persona a reclamar una pensión alimenticia, y por otro, su derecho sobre la contribución alimenticia concreta. Esta distinción es la que permite separar y explicar con mayor precisión ciertos caracteres que hacen referencia a uno de esos aspectos y no al otro²⁵. Un ejemplo: el

25 En un sentido similar en la doctrina española se considera que «bajo el amplio concepto de obligación de alimentos deberíamos distinguir distintas realidades. Por una parte, podemos distinguir un *derecho de alimentos en general*, como relación jurídica de derecho-deber entre familiares próximos que determina que, conforme a las normas del Código Civil, puedan exigir o tengan que prestar alimentos; y una *relación obligatoria alimenticia*, cuando ese derecho de alimentos en general, con un cierto carácter abstracto, pasa a establecerse y concretarse entre las partes, ya sea de modo voluntario, ya

derecho a pedir alimentos es imprescriptible y carece de contenido patrimonial (y como derivación de esto último, no puede ser atacado por los acreedores por no servir a los fines de garantía –art. 2372 del C.C.U.-, ni es posible que éstos lo ejerzan mediante acción subrogatoria –art. 1295-); sin embargo, las pensiones de alimentos son prescriptibles²⁶, y si bien tienen un contenido patrimonial, también son inembargables, pero ello no porque no puedan servir para satisfacer a los acreedores, sino porque la ley atendiendo al especial fin que están destinadas a cumplir ha declarado su inembargabilidad.

El C.C.U. recibe la distinción a que me acabo de referir, en tanto el art. 124 prevé el carácter personalísimo e inherente a la persona del beneficiario del derecho a pedir alimentos en los siguientes términos: «El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte ni venderse o cederse de modo alguno ni renunciarse». Entretanto, el art. 126 se refiere a las cuotas concretas, en el caso ya vencidas, previendo que «... las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse, sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor y de la limitación establecida en el artículo 1766 inciso 2º».

El fundamento de la distinción tiene plataforma en que los alimentos constituyen un derecho-deber de contenido asistencial, destinado a proteger la vida y la integridad física y psíquica del acreedor alimentario, lo cual explica el contenido de muchas disposiciones del ordenamiento uruguayo (arts. 124 a 126 del C.C.U. y 52 y 54, entre otros, del C.N.A.). Como derivación de ello, la posibilidad de realizar negocios jurídicos sobre la pensión de base legal únicamente existe respecto a alimentos atrasados, cuando el riesgo de vida y a la integridad física y psíquica ya no existe (principio *in praeteritum non vivitur*). En estos casos, opera una especie de patrimonialización de la obligación alimentaria, de modo que se acerca a los vínculos patrimoniales puros y por ende es susceptible de que sea objeto de negocios jurídicos, que no es admisible realizar respecto a los servicios pensionarios futuros.

De suerte que, cabe establecer como principio que los límites a la autonomía privada refieren a las prestaciones alimenticias futuras, puesto que respecto a las ya vencidas existe una amplia disponibilidad del crédito que constituyen.

Varios caracteres que se reconocen a las relaciones alimentarias influyen a la hora de determinar los límites a que está sujeta la autonomía de los involucrados.

Las pensiones de alimentos están sujetas al principio de proporcionalidad; esto es, deben ser fijadas atendiendo a la siguiente ecuación: posibilidades del deudor de sufragarlas-necesidades del beneficiario (arts. 122 del C.C.U. y 46, inc. final, del C.N.A.); sin embargo, desde ya cabe considerar que no se trata de una ecuación perfecta, en la medida en que se entremezclan e interfieren aspectos que llevan a que la decisión sobre la cuantía de un servicio pensionario pueda dar lugar a incertidumbres. La regla de la

por imposición judicial» (JIMÉNEZ MUÑOZ, «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes», *A.D.C.*, T. LIX, 2006.2, sec. Estudios monográficos, págs. 754-755).

26 Como se ha distinguido judicialmente: «si bien el derecho a los alimentos es imprescriptible, las pensiones alimenticias atrasadas pueden prescribirse» [sent. del T.A.F. de 1º. Turno n.º 59/2011, de 16 de marzo de 2011 (BACCELLI –red.-, BENDAHAN, DÍAZ SIERRA)].

proporcionalidad entre las variables mencionadas actúa como un criterio definitorio del alcance cuantitativo de la obligación alimentaria. En el caso de los alimentos para los hijos, cada padre debe aportar de acuerdo a sus posibilidades para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. Con ese propósito, un criterio orientador es el de impedir que la separación de los padres constituya un descenso pronunciado en el nivel de vida de los hijos, con relación al tiempo de vida en común con sus progenitores. A la luz de tales consideraciones, los tribunales estiman que las necesidades de los niños y adolescentes resultan *in re ipsa*, por ser hechos de carácter evidente y no necesitar de prueba específica cuando se ajustan a los parámetros normales (art. 138 n.º 2 del C.G.P.)²⁷.

La especial naturaleza de esta relación alimentaria conlleva a ciertos corolarios que no pueden dejarse de lado cuando se analizan estas cuestiones: de un lado, la crisis operada entre los adultos que condujo a una ruptura familiar carece de entidad para afectar los derechos de los hijos a que sus padres cumplan con su deber de manutención; y de otro, dicho quiebre no debe afectar las condiciones de vida de los hijos, en tanto éstos, víctimas inculpables de la ruptura, deben continuar gozando del tenor o nivel de vida que desarrollaban durante la convivencia familiar²⁸.

En la doctrina se señala al respecto que las exigencias que se imponen a los padres no son ciertamente relacionadas sólo con la obligación alimentaria, sino que se extienden a los aspectos habitacional, escolar, deportivo, sanitario, social, a la asistencia moral y material, así como a la oportuna predisposición de una organización doméstica estable, con el fin de garantizar a los hijos el nivel económico correspondiente a los recursos de la familia y análogo, en cuanto sea posible, a aquel gozado cuando existía convivencia de los padres²⁹.

Cuando el operador jurídico se interna en el análisis de las decisiones judiciales en materia de alimentos, contempla que se le confiere un tratamiento absolutamente diferencial a las contribuciones alimenticias que se imponen a los padres en beneficio de los hijos que las que tienen como favorecidos a los propios padres o a otras personas. Y lo anterior no sólo en lo concerniente al monto concreto a que asciende la pensión, sino que, dada la natural inhabilidad de los sujetos en edad infantil o adolescente de desarrollar actividades retribuidas que les permitan sustentarse con sus propios recursos, no es menester probar –porque aparece presumido– uno de los ejes o presupuestos de la relación alimentaria, es decir, las necesidades del beneficiario.

Por lo demás, la obligación alimentaria de los padres respecto a sus hijos resulta no sólo de disposiciones vernáculas, como las constitucionales (arts. 40 y 41) o legales (arts. 45 y ss. del C.N.A.), sino que también ha sido recogida por tratados supranacionales, como el art. 18 de la Convención Universal de los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento patrio por la ley n.º 16.137, de 28 de setiembre de 1990. Este precepto dis-

27 Por todas y como simple muestra, sent. del T.A.F. de 2º Turno n.º 230/2005, de 7 de setiembre de 2005 (CANTERO, PÉREZ MANRIQUE –red.–, SILBERMANN).

28 La inherencia de los deberes de los padres surgidos por la relación de filiación, existe con prescindencia de las vicisitudes concernientes al matrimonio (OBERTO, «Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale», Rev. D.F.P., 1999.1, Sec. Studi, pág. 273).

29 PINI, *op. cit.*, pág. 167.

pone en su apdo. 1° que «los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño». Y si bien el precepto transcrito no emplea la palabra «alimentos», es ostensible que refiere al cumplimiento de finalidades que precisamente se saldan o satisfacen a través de ellos. Asimismo, igual preocupación del legislador supranacional resulta del art. 27 de la aludida Convención.

En el marco de las relaciones paterno-materno-filiales, la obligación alimentaria en examen pesa sobre ambos padres, tanto cuando existe convivencia como en las coyunturas en que ésta ha cesado; sin embargo, en los supuestos de crisis familiares, que es cuando los conflictos sobre la manutención de los hijos emergen y se tornan más controvertidos, es palmario que, debido a la situación imperante, el deber de satisfacer las necesidades adquiere ribetes diferenciales para cada uno de los ascendientes próximos, desde que se vuelve menester distinguir la forma en que se comprometen con sus hijos tanto el padre custodio, como el no tenedor. En orden a lo que acaba de decirse, aun cuando se trata de un deber que soportan ambos, no suele ser idéntico su modo de efectivizarlo, en tanto la contribución de cada uno de los padres va a depender de la situación laboral y patrimonial en que se encuentren, entre otros factores.

Pero en todo caso, es indispensable tener en cuenta los ingresos percibidos por cada uno de los ascendientes más próximos al momento de fijar la pensión alimenticia, puesto que ambos se encuentran obligados a la asistencia material de sus hijos, en proporción a su situación concreta.

A raíz de ello, es obligado concluir que opera como límite a la autonomía de la voluntad de los padres, la necesidad de atender a la proporcionalidad entre las posibilidades de cada uno de ellos cuando se fija la pensión. Y lo mismo cabe decir respecto a un convenio que libera a uno de los deudores alimentarios de su obligación de contribuir.

Pero, junto con lo que se acaba de decir, no puede perderse de vista que la proporcionalidad que nos ocupa no incide sólo al momento de fijar en forma inicial un servicio pensionario, sino que asume trascendencia durante todo el período en que se abastece, dado que el cambio de la ecuación posibilidades-necesidades puede llevar a variar la pensión primariamente implementada.

La variabilidad, condicionalidad, mutabilidad o movilidad constituyen otro rasgo definitorio de las pensiones de alimentos, desde que ellas dependen de la presencia de ciertos presupuestos, como el estado de necesidad del beneficiario y la disponibilidad económica del deudor, que no sólo repercuten cuando se fija la cuota, sino también durante toda la relación alimentaria, en la medida en que ciertas variaciones que se produzcan en los aludidos parámetros pueden conducir a que se revise el servicio pensionario fijado. Se trata, pues, de evitar que la obligación resulte muy gravosa para el deudor o que, a la inversa, no satisfaga enteramente las exigencias del alimentado³⁰.

30 AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, pág. 300.

Ciertamente, la variabilidad de las pensiones alimenticias y la aplicación del principio *rebus sic stantibus* a los acuerdos o fallos que las determinan encuentran su explicación en los presupuestos por los cuales aquellas se fijan, o sea, la varias veces mencionada ecuación necesidades del acreedor – posibilidades del deudor.

El derecho del cual goza el beneficiario de la pensión no implica la solución de aspectos de su vida que se puedan solventar en un solo acto o cubrir en un único bloque: la comida es una necesidad diaria, los requerimientos en cuanto a vestido son más o menos asiduos, el colegio se abona en forma mensual o en su caso anual, etc. Por esa razón, entre otras (como la frecuente imposibilidad del deudor de abonar todo lo debido al acreedor en una sola partida), la pensión se cubre en forma periódica, a lo largo de la vida de las personas vinculadas por la relación de alimentos. Ante dicho escenario, es patente que la situación en que se encuentra colocada cada una de las partes de la relación, puede variar, con lo cual se torna necesario, por lo general, revisar la pensión antes fijada, siempre que las modificaciones en la situación fáctica sean de envergadura.

La variabilidad de la cuantía de la pensión es consecuencia inmediata de la proporcionalidad a la que se ha hecho alusión y que debe prevalecer durante todo el período de cumplimiento de los alimentos, dado que no se trata de una contribución que –una vez fijada– adquiera carácter definitivo³¹.

En función de ello, es ostensible que tratándose de derechos y obligaciones que de ordinario se extienden durante un lapso prolongado, la situación de los sujetos involucrados puede variar a lo largo del tiempo: por ejemplo, el niño beneficiario se transforma en adolescente o el deudor disminuye sus ingresos. A raíz de lo dicho, y atento a que «las prestaciones deberán ser proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y a las necesidades de los beneficiarios», como refiere el art. 46 del C.N.A. en su inciso final, en forma similar al art. 122 del C.C.U., los legisladores suelen incluir en los preceptos legales que disciplinan los alimentos disposiciones que tienden a zanjar las variaciones que ocurren en la condición de las personas. En este sentido, el art. 123 del C.C.U. prevé que «cuando el que suministra los alimentos o el que los recibe, llega a un estado tal, que el uno ya no puede darlos o el otro no los necesita en todo o en parte, puede solicitarse la exoneración o reducción de la cuota señalada» y el art. 55 del C.N.A. rotulado «Modificación de la obligación alimentaria» dispone que «los alimentos podrán ser objeto de aumento o de reducción, si se modifica la situación económica del deudor o las necesidades del acreedor. Se tramitarán por el procedimiento establecido en los artículos 346 y 347 del Código General del Proceso».

Aun cuando a grandes rasgos se puedan incluir en la genérica ecuación: posibilidades del deudor-necesidades del acreedor, son poco menos que infinitos los factores que pueden influir a efectos de variar una pensión ya fijada, sea para hacerla desaparecer, sea

31 PADIAL ALBÁS, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pág. 159. En la doctrina argentina, BELLUSCIO afirma que «como la variabilidad concierne a la naturaleza de la prestación alimentaria, ningún convenio ni ninguna sentencia tienen en la materia carácter definitivo, pues si las circunstancias por las que se fijó la cuota alimentaria varían, también podrá variar dicha cuota para adecuarla a la nueva realidad, sea aumentando, disminuyendo o cesando la pensión, que sólo se mantendrá inalterable en el caso de que se mantuvieran los presupuestos de hecho sobre cuya base se fijó» (BELLUSCIO, *Prestación alimentaria. Régimen jurídico*, Bs. As., Ed. Universidad, 2006, pág. 196).

para disminuir o acrecer su cuantía. Como mera muestra: el aumento de edad del beneficiario menor por lo general opera como una de las causas que llevan a que se acreciente el monto de la pensión que se viene sirviendo; sin embargo, cuando a esa mayor edad se le agrega que el beneficiario desarrolla actividades laborales o que su vida transcurre durante más horas en la casa del deudor alimentario es dable que se impetre una acción tendiente a su reducción.

Por lo dicho, el derecho a demandar una revisión o la supresión de una pensión alimenticia opera como otra limitación a la autonomía privada, en tanto es insusceptible de renuncia, por ser de orden público³².

En otro orden de cosas, la prestación de alimentos por su vinculación con las necesidades específicas del alimentario es personalísima (*intuitu personae*); pero ese rasgo también se enlaza con la persona del alimentante, puesto que la prestación se mide según sus posibilidades. Como derivación de ello, el art. 122 del C.C.U. dispone que «los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»³³. De ello deriva la intrasmisibilidad del derecho a exigir o la obligación de servir alimentos.

El art. 52, n.º 1, del C.N.A. prevé que «el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni renunciarse, ni venderse o cederse de modo alguno». Y para reforzar más la idea, el n.º 4 del art. 56 determina como una de las causales de extinción de la obligación alimentaria el fallecimiento del beneficiario. Por tanto, «con el fallecimiento del acreedor, sus necesidades desaparecen y también su relación de parentesco, quedando el alimentante liberado, sin que subsista la obligación de alimentos frente a los herederos; sin perjuicio de que alguno de ellos pueda reclamar alimentos de este mismo pariente deudor, pero deberán prestarse *ex novo*, surgiendo una nueva relación obligatoria con el mismo deudor»³⁴.

Con respecto al impedimento de transmisibilidad del crédito sobre alimentos futuros, es palmario que ello se funda en que implicaría para el beneficiario el riesgo de caer en un estado de indigencia y tener que recurrir a reclamar alimentos a otro obligado, con lo cual se beneficiaría con una doble contribución alimentaria. Además, también podría conducir a que se perjudique su correcto desarrollo o sus posibilidades de vida futura.

Más dudoso es, desde mi punto de vista, la posibilidad de ceder la deuda que suponen los alimentos futuros debidos por el deudor. Por ejemplo, nada impide que el deudor realice una donación con la carga impuesta al donatario de hacerse cargo de la deuda alimentaria. Repárese en que esta posibilidad existe también en caso de la asignación forzosa de alimentos cuando se admite en el art. 871 *in fine* que el testador imponga el gravamen alimentario a alguno de los sucesores. Ante tales hipótesis, cabe admitir

32 REBOURG, *op. cit.*, pág. 1161.

33 Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación son inherentes a la persona del acreedor y del deudor, en tanto son sus particulares circunstancias personales y no otras, las que determinan la existencia de la relación obligatoria (BERROCAL LANZAROT, «Consideraciones legales sobre la obligación legal de alimentos entre parientes», *R.C.D.I.* n.º 721, septiembre-octubre 2010, año LXXXVI, sec. Análisis Crítico de Jurisprudencia, pág. 2345). Y similares son las expresiones de PADIAL ALBÁS, *op. cit.*, págs. 109 y 163.

34 BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, pág. 2346.

que igualmente el deudor principal queda obligado ante el eventual incumplimiento del cesionario de la deuda, dado que la cesión –aunque la acepte– es inoponible al acreedor. Empero, también milita en la cuestión que el derecho a pedir alimentos es irrenunciable, por lo que no cabe una liberación definitiva e irreversible del llamado a proporcionarlos.

Una cuestión que a primera vista puede parecer discutible es la atinente a determinar si es posible que una institución reciba la cuota alimenticia fijada a favor de cierta persona y que a la vez asuma la obligación de cuidarla y satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, en el caso de una empresa que se dedique al cuidado de personas mayores, puede surgir la duda acerca de si es practicable que cobre directamente la pensión que a favor de un anciano esté sirviendo su hijo y se ocupe del beneficiario de los alimentos. En realidad, bien vistas las cosas, en ese supuesto no existe una transmisibilidad de la pensión (y menos aún del derecho a pedir alimentos), sino que se trata de un pago que se realiza a fin del cuidado de quien recibe la contribución. Pero además de ello, la situación de cuidado y percepción de la cuota sufragada puede cesar en cualquier momento por el derecho de receso con que cuentan los involucrados.

En caso de que fallezca el deudor alimentario, el derecho a los alimentos que ya fuesen exigibles se mantiene y el acreedor puede pedirlos a la masa hereditaria (art. 871 del C.C.U.).

A la vista de las consideraciones antedichas, también resulta la inalienabilidad del derecho a exigir una pensión; por esa razón en la legislación uruguaya se expresa que el derecho a pedir alimentos no puede cederse o enajenarse (art. 124 del C.C.U.); empero, la limitación no rige tratándose de alimentos atrasados (arts. 126 del C.C.U. y 53 del C.N.A.). Como derivación de este carácter, el derecho del acreedor al cobro de la pensión tampoco puede ser prendado, con lo cual está excluido de las amplias posibilidades que prevé el art. 3º de la ley n.º 17.228, de 7 de enero de 2000.

Los alimentos atrasados, en cambio, se consideran un crédito disponible en el patrimonio del acreedor y por ende, pueden renunciarse, transigirse o extinguirse por prescripción. No obstante, conforme al art. 1766, inc. 2º, dichas pensiones atrasadas sólo pueden cederse hasta la tercera parte de su monto. El fundamento de la cesión del tercio de los alimentos atrasados sólo tiene justificación por el especial fin que se persigue con la obligación alimentaria, puesto que, como el beneficiario ya sobrevivió cuando realiza la cesión del derecho ingresado en su patrimonio (principio *in praeteritum non vivitur*), nada impediría que cediera el monto total.

La doctrina destaca que las normas que impiden la negociación del derecho del alimentista y las agresiones de terceros deben reconocerse como de orden público, dado que no responden sólo al interés individual de aquél, sino también al de la sociedad de no verse afectada en razón de que los individuos que la componen carecen de lo necesario para desarrollar su vida³⁵.

Todo convenio que implique explícita o implícitamente una renuncia al derecho a reclamar alimentos es nulo por contrariar disposiciones de orden público. Al tratarse de

35 BOSSERT, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Ed. Astrea, 2000, pág. 4.

normas de *ius cogens* rige el art. 11 del C.C.U., según el cual «no pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres».

El fundamento de la irrenunciabilidad es patente si se toman en consideración las necesidades a que proveen las pensiones de alimentos. Desde que mediante éstas se trata de asegurar la vida y el desarrollo físico e intelectual del beneficiario, su renuncia a reclamarlas implicaría poner en riesgo lo que se procura salvaguardar³⁶.

La indisponibilidad del derecho pensionario se vincula, asimismo, con su carácter personalísimo; pero ello es aplicable sólo a los alimentos de futuro y no a los vencidos. Su recepción supone que ni el deudor ni el acreedor pueden disponer libremente de la pensión, ni tampoco terceras personas. Por consecuencia, es nulo el convenio privado entre los padres que exime de la obligación a uno de ellos; la libertad de pactos encuentra una de sus excepciones en la indisponibilidad de las pensiones por alimentos³⁷.

Según el art. 124 del C.C.U., «el derecho de pedir alimentos no puede... renunciarse» y de conformidad con el art. 2155 «la transacción sobre alimentos futuros no surtirá efectos, sino después de ser aprobada judicialmente». Y lo mismo resulta del art. 52.1 del C.N.A. Se trata de disposiciones de orden público, que se fundan en que el aludido derecho está fuera del comercio (art. 1668 del C.C.U.).

Si bien para ciertos autores la razón de ser de este carácter estriba en que se trata de proteger al beneficiario de las maniobras o presiones del deudor³⁸, en verdad el fundamento es menester buscarlo en la protección de la vida del acreedor. Empero, «la prohibición de renunciar a los alimentos no impone al acreedor la conducta procesal de reclamar los alimentos que le corresponden, como tampoco impide que el mismo desista del reclamo judicial interpuesto»³⁹.

De todas maneras, es ostensible que el desistimiento de un reclamo judicial para ser válido debe ser realizado por una persona capaz y con la legitimación para intervenir en la reclamación. A raíz de ello, es nulo el desistimiento que realiza quien actúa en representación de un menor de edad a demandar los alimentos a que tiene derecho⁴⁰.

36 En la doctrina se ha señalado que «la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos se deriva del carácter indispensable de los alimentos, dado que, en cuanto que nacen, como consecuencia de la situación de necesidad del alimentista y, en atención a un interés mediato, como es salvaguardar la propia subsistencia, el Ordenamiento jurídico debe impedir la renuncia a este derecho, pues, en última instancia, sería como permitirle renunciar a la propia vida» (PADIAL ALBÁS, *op. cit.*, pág. 169).

37 MARTÍN NAJERA, «Problemática en torno a la pensión alimenticia», *Revista de Derecho de Familia* n.º 61, sec. Artículos doctrinales, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2013, pág. 29. Similar afirmación realiza en la doctrina francesa: REBOURG, *op. cit.*, págs. 1148-1149.

38 Cfr. BELLUSCIO, *op. cit.*, pág. 55.

39 BELLUSCIO, *op. cit.*, pág. 56. Otros autores agregan que se persigue salvaguardar al propio alimentado de las maniobras o presiones que pudiera utilizar el obligado a prestar alimentos para convencer al primero a que renuncie a su derecho; con lo cual se protege al individuo contra su propia ligereza o inexperiencia (TORDI, DÍAZ y CINOLLO, AA.VV., *Alimentos*, T. I, Dir.: KEMELMAJER DE CARLUCCI y MOLINA DE JUAN, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 46).

40 En un caso en que la madre accionó en representación de sus dos hijos en una reclamación de mejora alimentaria, desistió de la acción con base en el art. 228 del C.G.P. Empero, en el fallo se advierte que al momento de la demanda, uno de los hijos tenía diecinueve años de edad, con lo que al ser mayor y capaz, la representación materna había cesado. Mientras

Consecuencia del carácter: nulidad absoluta del convenio que se aparte de las previsiones tomadas por el legislador en protección de los más necesitados e imposibilitados de defenderse en las condiciones adecuadas (arts. 8 y 11 del C.C.U.)⁴¹.

Junto a lo apuntado, en el caso de los alimentos que tienen como beneficiarios a los menores de 18 años, existe otro argumento que lleva a la imposibilidad de desistir del reclamo de las contribuciones alimentarias con base en el art. 271, ord. 5°, del C.C.U., consistente en que se prohíbe a los padres «hacer remisión voluntaria de los derechos de los hijos». Por derivación, la irrenunciabilidad es para el propio sujeto –por ausencia de capacidad de obrar- y para quienes actúan en su representación legal.

En un convenio entre mayores de edad nada impide que los otorgantes (*v. gr.* ex cónyuges o ex concubinos) acuerden que, de conformidad con la posición económica de cada uno, ninguno de ellos requiere que el otro le preste un servicio pensionario. Sin embargo, dada la irrenunciabilidad propia del derecho a pedir alimentos, es palmario que esa afirmación no obsta a que en el futuro, modificándose las circunstancias que la motivaron y como derivación del principio *rebus sic stantibus* –característico de la materia- se reclame una pensión⁴².

La irrenunciabilidad del derecho a pedir alimentos no impide sujetar la contribución que se acuerde a plazo o condición, dado que ello no pone en juego la abdicación del derecho. Sin embargo, estimo que se debe ser cauto con dicha aserveración, en la medida en que vencido el plazo por el cual se debía servir la pensión o cumplido el evento previsto como condición resolutoria, en caso de que se mantengan las necesidades del beneficiario, es posible atendiendo a la nueva situación fáctica planteada, reclamar un

que, respecto al otro hijo, que contaba con 17 años de edad, fue correcta la actuación de la madre en su nombre, pero el desistimiento operado no fue válido, dado que el inc. 2° del art. 228 del cuerpo procesal prevé que el desistimiento de la pretensión o renuncia al derecho, no requerirá la conformidad de la contraparte, pero a continuación, indica el deber para el tribunal de examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio. En el caso no se dudó que el derecho en litigio de autos son los alimentos y tanto el C.C.U. (art. 124) como el C.N.A. (art. 52 ord. 1°) establecen la irrenunciabilidad del derecho a pedir alimentos [sent. interlocutoria del T.A.F. de 2° Turno n.° SEI-11-000321/2013, de 18 de diciembre de 2013 (CAVALLI, CANTERO –red.-, MARTÍNEZ CALANDRIA)].

41 Como muestra, en una decisión se proveyó que «la pretensión de cesar o suspender provisoriamente la prestación alimenticia que debe el apelante servir a sus menores hijos, por encontrarse los mismos en el extranjero, aun cuando así lo hubiera convenido con la contraparte, es manifiestamente improcedente; obsérvese que ello implica renuncia voluntaria de los alimentos futuros transgrediendo norma prohibitiva conforme lo previsto por el art. 52 num.1 del C.N.A., de dónde el rechazo actuado se cifiere enteramente a Derecho (arts. 8 y 11 del C.C.) La obligación de prestar alimentos en favor de los beneficiarios constituye un imperativo constitucional y legal, subsiste independientemente del domicilio que éstos tengan y sólo cesa –provisoria o definitivamente- por las causas legalmente previstas y a través del tracto procesal correspondiente» [sent. interlocutoria del T.A.F. de 2° Turno n.° 212/2008, de 8 de setiembre de 2008 (SILBERMANN –red.-, PÉREZ MANRIQUE, CANTERO)].

42 En lo atinente a las contribuciones entre cónyuges, en la doctrina italiana se sostiene que el derecho al mantenimiento y a los alimentos es absoluto e inderogable y por ende irrenunciable y todo acuerdo que prevea una renuncia en vía preventiva o que esconda una renuncia es nulo, en cuanto concierne a un derecho indisponible. Es también nulo todo acuerdo que tenga por objeto la renuncia a una eventual revisión de lo acordado entre las partes o sobre la sentencia que ha determinado una pensión alimenticia. En el respeto de tales principios inderogables, dictados con la finalidad de la tutela de los intereses de la familia, nada impide que los cónyuges puedan alcanzar un acuerdo sobre la entidad del servicio pensionario o que el cónyuge a cuyo favor debería establecerse, reconozca su actual autosuficiencia. Tales acuerdos, sin embargo, no precluyen la posibilidad posterior de reclamar judicialmente una pensión cuando han cambiado las condiciones tomadas en consideración en un primer momento. Dichos acuerdos no pueden considerarse una renuncia y son válidos en cuanto representan una libre y objetiva evaluación de las posibilidades y necesidades de las partes, con la consecuencia de que sería nulo si estuviese afectado por error sobre la situación económica del obligado o determinado por la violencia (BIANCA y SCARDULLA, cit. por PINI, *op. cit.*, pág. 54, nota 30).

nuevo servicio alimentario, siempre que no haya acontecido alguna de las causales de cese que prevé la ley.

Sin embargo, una solución diferente en cuanto a la irrenunciabilidad rige respecto a las cuotas alimenticias vencidas o atrasadas. En efecto, según el art. 126 del C.C.U. «las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse...». De modo que, en virtud de que en ellas ha desaparecido el riesgo para la vida e integridad del beneficiario, pueden ser renunciadas por vía negocial (arts. 126 del C.C.U. y 53 del C.N.A.)⁴³.

Como aplicación de lo expuesto, si bien el art. 340.2 del C.G.P. prevé que «La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar se tendrá como desistimiento de su pretensión, incluso si el demandado tampoco compareciere...», se estima que esa sanción –además de por razones procedimentales– no es aplicable para los menores de edad, dado que la pretensión de alimentos para éstos involucra derechos indisponibles y cuando aquella envuelve materia afectada por el orden público u objeto indisponible, la sanción prevista por el precepto resulta inaplicable para el actor: el derecho a pedir alimentos futuros es, sin duda, irrenunciable y, por tanto, indisponible (art. 124 del C.C.) y aplicar como sanción a un actor que no comparece a una audiencia dentro del proceso de alimentos el desistimiento de la pretensión implica tanto como transformar en renunciable un derecho que sólo puede ejercerse eficazmente a través de la deducción de una pretensión⁴⁴. Por tanto, la no concurrencia del promotor (o su representante legal) sólo puede llevar a que se estime que ha desistido del proceso instaurado –lo que ni siquiera es admitido en algunos fallos–, pero en modo alguno supone desistimiento de la pretensión, la cual podrá ser hecha valer en otro juicio.

Otro rasgo que individualiza a las obligaciones alimentarias es su incompensabilidad relativa. Ciertamente, la pensión alimentaria no puede ser compensada (arts. 125 y 1510 del C.C.U. y 52, ord. 2º, inc. 2º del C.N.A.). Dado que la obligación de alimentos es de cumplimiento necesario, al basarse en la necesidad del alimentista⁴⁵, es insusceptible de ser compensada con deudas que éste tenga con el alimentante.

Por consiguiente, el deudor alimentario no puede pretender compensar los créditos que tenga contra el beneficiario aun cuando hayan pretendido satisfacer necesidades de éste y que fueron directamente sufragadas por parte de aquél. Ello con base en lo primordial en dos razones: de un lado, por cuanto a quien corresponde decidir el destino de lo percibido por concepto de servicios pensionarios es al propio beneficiario –o en caso de ser incapaz a quien le haya sido atribuida la administración de lo percibido–; de otro, porque si el deudor decide el destino de lo que debe pagar por pensión se está separando de lo acordado convencionalmente o dispuesto en vía judicial.

43 Como se señala en la doctrina española, «la prohibición de renuncia no alcanza a las pensiones atrasadas que pueden ser objeto de renuncia, como tal obligación pecuniaria, al desaparecer las razones de orden público que lo impedían y no ser imprescindibles para la vida, los alimentos en que consistan éstas» (BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, pág. 2348). *Vid.* asimismo, en la doctrina uruguaya: VARELA DE MOTTA, *Obligación familiar de alimentos*, Mdeo., F.C.U., 1984, págs. 18-19.

44 Sent. del T.A.F. de 1º Turno n.º 212, de 1 de octubre de 1999 (BATTISTELLA, MONSERRAT, MARTÍNEZ ROSSO –red.–), pub. en *El Derecho Digital –Uruguay– CASO - TAF1 - 10121*.

45 JIMÉNEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 757.

A la vista de lo expuesto, debe entenderse que las contribuciones del deudor ajenas a lo acordado o dispuesto constituyen liberalidades en beneficio del alimentado. Sostener lo contrario implicaría admitir una alteración unilateral del modo de cumplimiento de la obligación⁴⁶.

El art. 126 del C.C.U. no le confiere la posibilidad de compensación al deudor por las cuotas alimentarias ya vencidas, a pesar de que sí admite respecto a éstas que puedan ser susceptibles de renuncia, transmisión, prescripción extintiva, etc.

El fundamento de que el alimentante no pueda oponer la compensación de lo que adeuda por alimentos, con créditos que pueda tener frente al beneficiario radica en que se privaría a éste de aquello que le resulta indispensable para atender a sus necesidades.

Pero además, es patente que no es procedente la compensación entre créditos del deudor alimentario y alimentos futuros, en la medida en que éstos últimos no son créditos líquidos y aún no son exigibles, con lo cual se violaría –de admitirse aquélla– lo previsto por los ords. 2º y 3º del art. 1499 del C.C.U.

Por ende, una vez determinada la forma en que ha de cumplirse la prestación alimentaria, el alimentante no tiene derecho a elegir como pagarla, por lo que no puede compensarse lo debido con erogaciones hechas en beneficio de los alimentados, las cuales se considerarán simples liberalidades.

No obstante, el inc. 2º del ord. 2º del art. 52 del C.N.A. prevé que «el deudor de alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba, excepto que lo adeudado refiera a la pensión alimenticia objeto del litigio», con lo cual abre la puerta para que en ciertas hipótesis opere la compensación en la materia.

Y ello tiene su lógica. Adviértase que si no se admitiera la compensación de lo debido por alimentos, en caso de que el administrador de la pensión fuera reticente en el pago de ciertos rubros, como la educación, el no pago de las cuotas respectivas en forma directa por el deudor sería susceptible de ocasionar perjuicios al beneficiario. Y a la par de ello, implicaría un enriquecimiento injustificado para el administrador del servicio, en cuanto recibiría la totalidad de la cuota sin necesidad de tener que sufragar determinados rubros que se contienen en ella.

Ante el panorama señalado, cuando el alimentante efectúa un pago en especie con el fin de cubrir un rubro que integra la cuota alimentaria, dicho desembolso no puede ser considerado un simple acto de liberalidad; de modo que, las sumas abonadas directamente por el padre alimentante en concepto de cuota escolar adeudada deben ser descontadas de la cuota alimentaria, en tanto fue una erogación que redundó en provecho exclusivo de los menores beneficiarios, por lo que, una decisión contraria implicaría aceptar un enriquecimiento indebido y sin causa⁴⁷. Así, en la jurisprudencia argentina se estimó que cabe descontar las cuotas pagadas por el padre en forma directa, si la madre,

46 SALIDO, BLANCO y PÉREZ, en AA.VV., *Alimentos*, T. II (Dir.: KEMELMAJER DE CARLUCCI y MOLINA DE JUAN), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, pág. 92.

47 SALIDO, BLANCO y PÉREZ, *op. cit.*, pág. 93.

que ejercía la tenencia, desatendió su pago, a pesar de que el padre habría sufragado la pensión y el colegio advirtió sobre la posible pérdida de la vacante para el año siguiente, si persistía el incumplimiento⁴⁸.

La obligación que asume el deudor alimentario es, en principio, de cumplimiento periódico. En este sentido, el art. 47, inc. 2° del C.N.A., previene que «todas las prestaciones se servirán en forma periódica y anticipada». Sin embargo, cabe admitir la posibilidad de que todas las pensiones sean sufragadas en un solo acto o mediante un bien productor de rentas. Lo dicho es dable en tanto no implique una renuncia a la posibilidad de reclamar alimentos futuros, para el caso de que persistan o se modifiquen las necesidades del beneficiario.

Por medio de los convenios, atendiendo a las circunstancias particulares de cada contexto familiar, es posible por parte de los propios involucrados determinar la cuantía y condiciones en las cuales se cumple la obligación. Por ejemplo, nada impide que se acuerde que la prestación alimentaria se satisfaga sólo en efectivo o en forma total o parcial en especie, a través de la asunción por parte del deudor de ciertas cargas que ocasiona el hijo (*v. gr.* pago de instituciones de salud, educativas o recreativas). Incluso en un fallo uruguayo se admitió el acuerdo respecto al pago de las prestaciones alimenticias íntegramente, en un solo acto, mediante la transferencia de un inmueble. La sentencia lo estima asequible, en razón de que no significa una renuncia a la pensión, pues en caso de que cambien las necesidades de los hijos y no puedan ser cubiertas, es posible solicitar un aumento de ella. Al respecto se consideró que la «percepción anticipada de pensiones a través de la entrega de un capital ofrece claras ventajas frente a la forma habitual de solventarse el servicio pensionario, en tanto existe implícita una suma adicional que debe contemplarse y que corresponde a los intereses generados por tal capital durante el plazo de vigencia de la obligación alimentaria y, por otra parte, deja bajo resguardo al acreedor de toda contingencia económica... que pueda afectar al deudor y, por tanto, al monto del servicio». Empero, el veredicto agrega que habida cuenta de la naturaleza «*rebus sic stantibus*» del proceso de alimentos, nada de lo convenido por los padres impide que si las necesidades de los hijos cambian, el deudor esté obligado a cubrirlas de acuerdo a sus posibilidades⁴⁹.

En orden a lo que acaba de decirse, aparece como un límite a la autonomía de la voluntad el hecho de que cualquiera sea la forma que se adopte para la satisfacción de la obligación alimentaria, lo acordado no puede operar en el sentido de significar una renuncia al servicio pensionario, ni vulnerar las diferentes características que adornan las

48 TORDI, DÍAZ y CINOLLO, *op. cit.*, pág. 52.

49 Sent. del T.A.F. de 2° Turno, de 12 de noviembre de 1997 (BELLO –red.–, VIÑA, MONSERRAT), pub. en *R.U.D.F.* n.º 14, sec. Jurisprudencia anotada, Mdeo., F.C.U., 1999, págs. 55 y ss. En una dirección análoga, en la jurisprudencia argentina –pero enteramente trasladable a nuestro ordenamiento– se proveyó que «los cónyuges son libres de acordar el medio más eficaz para el cabal cumplimiento del deber alimentario, por lo que nada obsta a que a ese fin el obligado adelante una o muchas cuotas, o entregue al beneficiario de la prestación un capital o un bien productor de rentas que permita a este último la satisfacción de sus necesidades, muchas veces en mayor medida que una simple cuota periódica. Sin embargo, si la alimentada se ve en la necesidad de formular un reclamo alimentario adicional, como consecuencia de los avatares económicos de nuestro país, será el juez en esa hipótesis quien examinará la concurrencia de los presupuestos legales, pero para ello no será una valla infranqueable la homologación del convenio de liquidación de la sociedad conyugal, en la cual la Sala –custodiando el orden público– dejó a salvo la irrenunciabilidad al derecho de alimentos futuros» (sent. cit. por BARBADO y BARBADO, *Alimentos según la jurisprudencia*, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2000, § 32, pág. 22).

relaciones alimentarias. Por consiguiente, si bien se admite el pago de las contribuciones en un solo acto, ello no puede operar como *solutio totale*, en cuanto a que si reaparecen las necesidades del acreedor esté obstaculizado a requerir nuevamente alimentos.

La transacción llevada a cabo en materia alimentaria no surte efectos si no es aprobada judicialmente. El presente carácter resulta de los arts. 2155 del C.C.U., que alcanza tanto a mayores como a menores de edad, y 54 del C.N.A., aplicable únicamente a estos últimos⁵⁰. Con los preceptos señalados de lo que se trata es de que los involucrados no eludan a través de la vía convencional las obligaciones que la ley pone a cargo del deudor alimentario, así como que se dejen de lado las diversas normas de orden público emplazadas en sede de alimentos. Empero, nada obsta a que –dentro de los confines que admite el legislador– puedan pactar la cuantía, forma, lugar de pago y demás condiciones de las prestaciones alimenticias.

Por lo demás, la aprobación judicial sólo es exigible en caso de que la transacción verse sobre alimentos futuros, de acuerdo al tenor del art. 54 del C.N.A.; empero, debe entenderse que cuando el acuerdo sólo alcanza a los alimentos pasados es libre para las partes. Coadyuva con ello la reiterada razón de que en esos casos ya no está en juego la vida del beneficiario de la contribución.

5. La homologación judicial de los convenios

La función desarrollada por los convenios y las finalidades a través de ellos perseguidas (pacificación extrajudicial entre los beligerantes, moderación de costos judiciales, mengua de los tiempos requeridos para alcanzar una solución, entre otras), conduce a que la vía convencional deba ser especialmente admitida en estas materias. Consecuentemente, nada impide que los propios padres, cuando opten por la disolución de su matrimonio o en caso de que sean simples convivientes de hecho, puedan solucionar por la senda convencional las aportaciones de cada uno para la manutención de sus hijos. De todas maneras, es palmario que esa atribución conferida a la autonomía privada dista de ser discrecional u omnímoda, dado que, en cuanto a su eficacia, queda supeditada a la homologación judicial, a efectos de corroborar que con lo convenido no se afecta el interés de los menores involucrados, ni la normativa de orden público.

El convenio celebrado a fin de solucionar las cuestiones derivadas de una relación alimentaria requiere aprobación judicial, como condición de derecho determinante de su eficacia jurídica (arts. 54 del C.N.A. y 2155 del C.C.U.).

50 En la doctrina española en que no se admite dicha posibilidad se señala que el impedimento para transigir que se halla presente en ciertos ordenamientos «representa una norma de cierre, en cuanto supone el veto a cualquier operación equivalente y distinta a la renuncia, transmisión o compensación, tendente a sustituir en el patrimonio del alimentista, el crédito legal a los alimentos por cualquier otro bien» (PADIAL ALBÁS, *op. cit.*, págs. 176-177. Ello por cuanto «la transacción implica siempre ciertas concesiones entre las partes... Por lo tanto, no puede ser objeto de dicho contrato, cuanto no se puede dar, enajenar o retener, facultades de disposición, de las que carecen el alimentante y el alimentista, de modo, que es la indisponibilidad de la obligación de alimentos, la que conlleva la imposibilidad de transigir sobre los mismos» (*loc. cit.*, pág. 179). La relación alimenticia no es susceptible de transacción, dado que, al venir impuesta por la ley, determina que su ejercicio no pueda quedar en manos de los particulares. Sí cabrá que lleguen a un convenio sobre cuánto y cómo ha de percibir el alimentista, pero sin el efecto de cosa juzgada propio de las transacciones, dado que el juez siempre podrá revisar si el pacto produce unos efectos contrarios a la finalidad legal de que las necesidades vitales del alimentista queden cubiertas (JIMÉNEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 757).

La aprobación judicial es un medio para dotar al convenio de eficacia ejecutiva⁵¹, pero tiene fuerza vinculante para las partes a partir de su celebración⁵².

Empero, en todo caso se mantiene la condición de concierto extrajudicial, naturaleza que no desaparece aunque se requiera la homologación judicial de lo consensuado. Esta intervención únicamente opera como un mecanismo de control ante las trascendentes funciones que cumplen dichos acuerdos y en aras a la comprobación de que no se han traspasado las múltiples limitaciones de orden público contenidas en la materia⁵³.

En el ordenamiento uruguayo, la aprobación u homologación judicial de los convenios abre las puertas para que solucionada, entre otros aspectos, la situación de los hijos, pueda proveerse la relajación o disolución del vínculo matrimonial, según se trate de separación de cuerpos o de divorcio (art. 167 del C.C.U.⁵⁴, entre otros). Pero su trascendencia, sobrepasa el ámbito de los procesos matrimoniales, dado que esos acuerdos también resuelven la condición de los hijos menores e incapaces en aquellos supuestos en que no se instaura un proceso de esa especie, sea porque no existe matrimonio entre los padres, sea porque simplemente se trata de una separación de hecho entre los cónyuges. Y ni que decir que la puerta para la resolución extrajudicial de los conflictos también está abierta para las relaciones alimentarias entre mayores de edad, incluso con un poder más discrecional –aunque no absoluto– de los pactantes. En todos los casos se requiere la intervención homologadora a los fines expuestos.

La finalidad que primordialmente se persigue con la intervención judicial pasa por corroborar que lo pactado no infringe o contraviene los preceptos de orden público; empero, la actividad judicial se extiende a otros campos, en tanto también se dirige a comprobar que a través de los pactos privados no se perjudica o vulnera el interés de los menores envueltos en las crisis familiares⁵⁵.

51 Desde que son aprobados judicialmente pueden hacerse efectivos por la vía de apremio, dispone el parágrafo 2º, *in fine*, del art. 90 del C.C. español, «lo cual significa dotarles de eficacia ejecutiva», señala GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, pág. 377). Y análoga es la postura de CASTRO GARCÍA, quien agrega que «el acuerdo existe, ciertamente, con anterioridad a la intervención judicial, pues se ha producido la declaración de voluntad y concurren los restantes supuestos esenciales conforme al artículo 1261 del Código Civil; pero su particular poder normativo queda subordinado al cumplimiento de la exigencia de la aprobación judicial, que por preceptivo mandato del ordenamiento forma parte de la situación requerida para que el negocio sea operante» (CASTRO GARCÍA, «La intervención judicial en la aprobación, modificación y cesación del convenio regulador», en AA.VV., *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, 2ª ed., Pamplona, EUNSA, 1989, pág. 343).

52 En la doctrina italiana, con relación a los acuerdos de separación consensual, se indica que, aun antes de la homologación por parte del tribunal, el negocio ya ha producido sus *efectos iniciales*, constituidos por la vinculación que se creó entre los cónyuges y por el reglamento que se ha organizado. Se trata de un negocio sometido a condición suspensiva, dado que requiere de la intervención judicial, pero del cual está excluida la revocabilidad unilateral (DORIA, «“Negozio” di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso», *Rev. D.F.P.* 1990.2, sec. Giurisprudenza di merito, pág. 512).

53 La homologación del tribunal está encuadrada en el ámbito de los procedimientos de control de la autonomía privada: no son elementos constitutivos de la «fatispecie», sino condiciones de eficacia del acuerdo, controles de respeto de los vínculos de inderogabilidad que la ley establece para tutelar a los cónyuges y a los hijos (FERRANDO, *op. cit.*, pág. 27).

54 El inc. 1º del art. 167 referido prevé que «en los autos no se dictará sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia».

55 Por ejemplo, el juez debe denegar la aprobación del convenio siempre que la educación, cuidado e intereses morales y patrimoniales de los hijos queden desatendidos o deficientemente amparados (cfr. ALONSO PÉREZ, «Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español», *Rev. La Ley* 1983.4, pág. 1163).

Como derivación de lo dicho, si en la vía judicial se comprueba que en ejercicio de la autonomía de su voluntad, los pactantes se excedieron en lo acordado, desconociendo los límites dentro de los cuales pueden concertar, no corresponde la aprobación del convenio.

Tratándose de menores de edad, la determinación de su interés en orden a la aprobación del convenio, suele presentar ciertas particularidades, pues normalmente los jueces se deben pronunciar sobre los acuerdos a que llegaron los padres sin conocer a fondo la situación concreta en que se encuentran los involucrados. En efecto, el mencionado principio se determina con arreglo a las peculiaridades de cada caso concreto, en razón de que varía su extensión según las circunstancias y el menor a proteger, entre otros aspectos⁵⁶. Empero, cuando el juez se debe pronunciar ante la admisibilidad o no de un convenio, la cuestión varía, dado que pocos datos tiene sobre la realidad de la familia en crisis, a diferencia de lo que acontece cuando estas cuestiones reciben solución a través de un procedimiento de naturaleza contenciosa⁵⁷.

La existencia del convenio no depende de su homologación judicial, sino que igualmente tiene vigencia en caso de que ésta se halle ausente. Y dicha aseveración es procedente tanto cuando se trata de contribuciones alimentarias para menores de 21 años de edad o para sujetos mayores de edad, como los ex cónyuges, ex concubinos o los hermanos (cfr. al respecto: art. 2155 del C.C.U., según el cual «la transacción sobre alimentos futuros no surtirá efectos, sino después de ser aprobada judicialmente»).

La homologación de lo convenido constituye un elemento externo y de posterior aparición, que no afecta al pacto ni en su existencia, ni en su validez. Con todo, como elemento de eficacia disfruta de trascendencia, en cuanto la ausencia de aprobación judicial hace inejecutable lo pactado; pero avalado, despliega sus efectos entre las partes desde que se celebró. Por esa causa, los incumplimientos a lo acordado o las multas que por ese concepto se hayan estipulado son computables desde que se verificó el acuerdo y no desde que se aprobó en la órbita judicial.

Los requerimientos presentes en la ley acerca de la necesidad de aprobación judicial de los convenios a que llegan las partes en ejercicio de su autonomía privada no los

56 En razón de lo expuesto es que se especifica que el estudio judicial del convenio debe hacerse desde una «perspectiva normativa, mas no con rígida visión legalista, sino con criterios valorativos y de individualización de situaciones concretas» (RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 120).

57 Cuando se impetra la homologación judicial de un convenio, no se expone «la situación concreta de la familia... ni los motivos que han llevado a los progenitores a alcanzar un determinado pacto, es decir no se le aportan (al juez) los elementos de juicio necesarios, que sí tiene en el proceso contencioso, para juzgar sobre los acuerdos alcanzados. Únicamente si el Juez lo considera necesario se practicará la prueba que estime oportuna para apreciar la procedencia de aprobar el convenio» (LÁZARO GONZÁLEZ –Coordinación–, *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002, págs. 218-219).

En una senda adyacente, también se expresa que en razón de que la aprobación o rechazo del convenio regulador son previos a cualquier período de prueba, «los únicos elementos de juicio con los que podrá contar el juez serán el propio convenio regulador y la demanda, de la cual no se podrá deducir mucha información, pues al tratarse de un proceso consensual la aportación de datos en la “solicitud” es prácticamente inexistente» (GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, pág. 56).

Ahora bien, aun cuando lo expuesto en las obras citadas refiere de modo primordial a las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo, estimo que en infinidad de oportunidades es trasladable a los demás supuestos en que los padres acuerdan sobre la condición de los hijos una vez verificada la desarticulación familiar.

despojan de su condición de negocio jurídico; por consiguiente, el acuerdo alcanzado es válido y eficaz, por sí solo, sin necesidad de que aquella intervención, periférica a las partes, como lo es toda convención aceptada y suscrita por ellas, en tanto se encuentren presentes las condiciones de validez y eficacia requeridas legalmente.

De acuerdo a las circunstancias, la comprobación judicial del convenio y su admisibilidad en cuanto a que no es perjudicial para los beneficiarios de la pensión puede tener lugar en dos momentos diversos: inmediatamente después que se otorga o en caso de que se pretenda ejecutar lo convenido en él. Siguiendo este hilo conductor, nada impide que la homologación tenga lugar una vez que el convenio se procura ejecutar en vía judicial. En ese caso, la primera actividad de los órganos judiciales va a consistir en corroborar que lo convenido no contraría los preceptos de orden público, ni el interés de los menores involucrados en la contienda, entre otros aspectos⁵⁸. Comprobados esos extremos, recién se abre la vía para la ejecución de lo acordado.

De suerte que, si bien es del todo cierto que el convenio no homologado no es susceptible de ejecutar previamente a la obtención de la aprobación por parte del órgano judicial, juzgo que es innegable que esa aprobación puede ser solicitada recién una vez que se pretenda hacer valer lo pactado⁵⁹. Por lo tanto, el juez va a disfrutar en esa oportunidad de la posibilidad de revisar su contenido y aprobarlo o desecharlo; pero en el entendido de que, de ser homologado, sus efectos *inter partes* se producen desde que se celebró y no desde la intervención judicial.

Pero además de lo expuesto, existe un elemento que no es de despreciar, que está indisolublemente ligado a lo anterior y que permite atribuirle una mayor trascendencia aún a los convenios no homologados, consistente en que, en variadas ocasiones, si lo acordado se cumplió durante un lapso de cierta extensión, opera como elemento que consolida las soluciones estipuladas y el juez lo debe tomar en consideración para decidir los aspectos que fueron objeto de ese acuerdo.

Frente al convenio, el juez debe circunscribirse a efectuar «un control puramente negativo»⁶⁰, en el sentido de que —de acuerdo a los escasos medios con que cuenta en ese momento procesal—, no sea perjudicial para el interés del acreedor alimentario. El principio a seguir es el de la «mínima intervención judicial»⁶¹. Incluso por parte de la doctrina italiana se ha sostenido que una vez verificada la legitimidad formal del procedimiento y que no se perjudican con los acuerdos los intereses de la prole (a lo que cabe agregar el respeto a los caracteres esenciales de las relaciones alimentarias), ningún poder tiene el juez para valorar, bajo el aspecto sustancial, el contenido del acuerdo de separación, de lo que se deriva que la homologación se presenta como un acto debido⁶².

58 En vez de un «control preventivo» se lleva a cabo un «control sucesivo» (SALA, «Accordi successivi all'omologazione della separazione ed autonomia negoziale dei coniugi», *Rev. D.F.P.* 1995,4, sec. Giurisprudenza di merito, pág. 1495).

59 En una dirección similar, *vid.* DORIA, *op. cit.*, pág. 571. En la doctrina argentina se sostiene que «el convenio que no ha presentado para su homologación, como acuerdo de partes que es, debe ser cumplido por el alimentante. Es decir, sus obligaciones surgen desde el convenio y tal como en él se prevén; sin perjuicio de que para poder pedir su ejecución, en caso de falta de cumplimiento voluntario, el alimentado, en principio, deba pedir su homologación» (BOSSERT, *op. cit.*, págs. 289-290).

60 GARCÍA PASTOR, *op. cit.*, págs. 55-56 y 108.

61 LÁZARO GONZÁLEZ (Coordinación), *op. cit.*, pág. 219, citando a Zarraluqui.

62 Cfr. DORIA, *op. cit.*, pág. 566.

La aprobación de un convenio no supone que regule indefinidamente la situación de las partes, puesto que, así como acontece con los pronunciamientos judiciales, está subordinado al principio «rebus sic stantibus». Claro está que los hechos que motivan la demanda de modificación deben ser, tanto cualitativa como cuantitativamente, de una importancia tal que supongan un cambio «sustancial y profundo» respecto de la situación anterior; no podrá estar basada en meros criterios de estimación subjetiva, sino en razones necesarias y convenientes para la viabilidad de la pretensión⁶³.

Dada su naturaleza transaccional, para lograr la homologación de lo acordado se considera imprescindible que la solicitud sea presentada por todas las partes que celebraron el negocio. Los tribunales estiman que los convenios sobre alimentos quedan comprendidos dentro de la figura de la transacción, definida por el art. 2147 del C.C.U., dado que en el caso se trata de evitar un litigio, pero se exige un *plus* por el art. 2155 del mismo cuerpo legal, y es que la misma sea aprobada judicialmente, de lo contrario no surgen los efectos. Por otro lado, el inc. 1º *in fine* del art. 223 del C.G.P. regula que la transacción efectuada fuera de audiencia estableciéndose que «deberá presentarse en escrito suscrito por las partes...». Por ende, cuando se presenta un escrito demandando la homologación y el mismo no aparece suscrito por todas las partes que lo celebraron, no corresponde proceder a lo solicitado⁶⁴. Atento a tales consideraciones, la buena práctica recomienda que los profesionales no sólo procedan a la suscripción del documento que contiene el acuerdo al que se arribó, sino también, conjuntamente, del escrito judicial que solicita la homologación por parte de los involucrados.

La homologación de lo acordado no constituye un requisito de validez del negocio celebrado⁶⁵. Como es sabido, cuando un negocio es solemne la ley exige que la voluntad se exteriorice de una forma forzosa, determinada o necesaria, de manera que si no se cumple con dicha formalidad, el negocio es inexistente o absolutamente nulo, es decir, que el consentimiento no es válido si no se manifiesta a través de la forma prescripta por el legislador. Por el contrario, en el caso de la homologación de los convenios en materia familiar, el problema no se presenta con respecto a la aptitud o no de una manifestación de voluntad, ni con la validez o nulidad de lo acordado, sino con su eficacia ejecutiva. Por consiguiente, cuando no hay homologación, el acuerdo al que se arribó no puede ser ejecutado en vía judicial. Pero nada impide que se obtenga la aludida homologación cuando el convenio pretenda ser ejecutado. De otro lado, es ostensible que, manifestada la voluntad y suscrito el acuerdo, éste queda perfeccionado (supuesto que están presen-

63 PÉREZ MARTÍN y PÉREZ RUFÍAN, «La crisis económica y la pensión alimenticia», *Revista de Derecho de Familia* n.º 57, sec. Artículos doctrinales, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2012, pág. 37.

64 Sent. interlocutoria del T.A.F. de 1º Turno n.º 337/2011, de 1 de noviembre de 2011 (DÍAZ SIERRA –red.–, BACCELLI). En otro fallo se expresa que «no son relevantes los motivos que llevan a una u otra parte a no querer la homologación, sino la falta de la voluntad de ambos firmantes, de someter el acuerdo privado otrora suscrito, a la homologación judicial. Es la homologación la que opera la transformación de aquel querer privado, en un acuerdo de voluntades que como negocio jurídico que es, será ley entre las partes; con el mismo valor de una sentencia ejecutoriada» [sent. interlocutoria del T.A.F. de 1º Turno n.º 102/2010, de 14 de abril de 2010 (BENDAHAN –red.–, BACCELLI)].

65 Por esa razón no es correcto lo sostenido en un fallo, según el cual, «Desde el punto de vista sustancial, para la transacción de alimentos, la ley exige la aprobación judicial (art. 2155 C. Civil), siendo éste un requisito de validez, puesto que en realidad se trata de una solemnidad impuesta por el legislador (arts. 1252, 1578, 1560 y 1561 del C. Civil). Por lo tanto, dichos convenios no tienen validez alguna, sin la correspondiente homologación judicial» [sent. interlocutoria del T.A.F. de 1º Turno n.º 174/2010, de 2 de junio de 2010 (BENDAHAN, BACCELLI –red.–, DÍAZ SIERRA)].

tes los demás elementos negociales), aun cuando aún no constituya título ejecutivo, por lo que mal puede decirse que la homologación configura un requisito de validez.

Incluso, en caso de que se haya previsto alguna cláusula penal para el incumplimiento de la pensión, juzgo que, una vez homologado el convenio, alcanza a todos los quebrantamientos acontecidos desde que se arribó al acuerdo y no sólo a los ocurridos luego de la homologación. Y naturalmente que la propia pensión se adeuda desde que se acordó, de forma que si no se paga, puede obtenerse la aprobación e iniciar la ejecución de los servicios atrasados.

En cualquier caso, la intervención judicial en la aprobación u homologación de lo acordado adquiere particular relieve, dado que, a pesar de que los tribunales suelen contar con escasos datos para conocer la verdadera situación subyacente, con el análisis del propio convivio pueden determinar, aunque no sea con total precisión, si las medidas adoptadas en ejercicio de la autonomía privada de los pactantes, violan los preceptos de orden público que limitan la referida autonomía. Además, claro está, de la posibilidad de no aprobar aquellas convenciones que puedan resultar incoherentes con el contexto imperante. A vía de ejemplo, resultaría desatinado –por lo que no correspondería homologarla- una previsión que estableciese como prestación alimentaria un porcentaje de los ingresos líquidos del deudor cuando los recursos que éste percibe son de imposible o muy difícil determinación para el acreedor.

6. La modificación de los convenios

Una vez que se han implementado las medidas derivadas de una relación alimentaria por acuerdo de los propios involucrados (y lo que se expone también recibe aplicación en el caso de que existe una decisión de los tribunales), es dable que, durante el transcurso del tiempo en que se vienen cumpliendo las obligaciones impuestas, la condición de los sujetos que intervienen en la aludida relación adolezca variaciones de la más diversa especie. Ello como derivación lógica de que se trata de prestaciones de tracto sucesivo, en virtud de que las necesidades del beneficiario son periódicas y difícilmente admitan satisfacción en una sola partida o en un único bloque, lo que lleva a que el fenómeno alimentario no quede solidificado de una vez y para siempre.

La solución alcanzada es una articulación que puede ser filtrada por todas aquellas modificaciones en la vida de las personas que sean susceptibles de demostrar que han variado los contextos a que se atendió al fijar originalmente un servicio pensionario, con lo que la nueva situación reinante acarrea que lo antes dispuesto aparezca como desatinado o incoherente con el nuevo marco fáctico. Llevada a cabo la antedicha comprobación, es dable reformular la cuestión antes resuelta, a fin de alcanzar un nuevo escenario para la relación alimentaria que sea más acorde con la reciente situación imperante. Como derivación de lo indicado, es llanamente perceptible que las relaciones alimentarias implantadas en las familias en situación conflictiva –dado que si así no fuera las necesidades se cubrirían espontáneamente- lejos se sitúan de tener carácter estático o inamovible. Lo anterior en cuanto el vínculo jurídico generado refiere a sujetos cuya condición es ingénitamente dinámica; los cambios en la vida de éstos provocan en

repetidas ocasiones que la solución a que se haya arribado en tiempos pretéritos se torne incompatible con el escenario que debe gobernar en el presente. Todo lo dicho justifica que los diversos ordenamientos jurídicos prevean que las alteraciones de entidad en la condición en que quedan situadas las personas, con relación a la que se localizaban cuando se acordó el régimen originario, constituyen un hecho con la energía suficiente para variar lo antes decidido o acordado.

Los pactos a los que arriban los padres (u otros involucrados) para autoconcordar las controversias familiares están enmarcados en el propósito de dar solución a las cuestiones litigiosas para el futuro, de modo que no se repitan o reproduzcan las disputas sobre los asuntos que son objeto de ellos. En lo atinente a los hijos menores de edad, las cuestiones que los pueden afectar y que los padres procuran solucionar por la vía consensual son de largo alcance, se extienden en el tiempo y no pueden cumplirse en una oportunidad única (es lo que acontece con la previsión de los regímenes de tenencia, comunicaciones y visitas y con las pensiones alimenticias). Y de similar tenor es lo que acaece con los servicios para otros beneficiarios. Por consiguiente, dada la vasta extensión temporal que a veces tienen las obligaciones que asumen los involucrados, es dable que el cumplimiento de lo pactado en su momento padezca dificultades debido a las variaciones fenoménicas que ocurren en la vida de ellos. Al respecto, debe señalarse, con carácter general, que sería ilusorio pretender que las medidas adoptadas en un momento histórico determinado de la vida de los involucrados se mantengan sin variaciones para el futuro, dado que de ordinario el contexto imperante cuando se llega a un acuerdo pensionario suele modificarse con el paso del tiempo, descontextualizando las soluciones a las que se arribó. Por esa razón, es valor entendido en la materia que toda decisión o acuerdo tiene eficacia *rebus sic stantibus*, en tanto se mantienen en cuanto persistan las condiciones existentes al momento en que aquellas medidas se aprobaron.

Es que el nuevo ambiente emergente de las crisis familiares suele ser dinámico: padece, de ordinario, frecuentes deterioros en las relaciones personales y sucesivos acomodamientos. Incluso no puede desecharse que, en muchas ocasiones, el estado de confrontación no se extingue con la ruptura de la pareja, sino que más bien el hecho de la separación es el momento en el que comienza el conflicto propiamente dicho. Por todo ello, una vez solucionados los incidentes iniciales, la posibilidad de contienda permanece latente para el futuro. La potencialidad de los conflictos en buen grado siempre está presente y ello es explicable porque se trata de situaciones que, si bien se resuelven atendiendo a los condicionamientos imperantes en un momento dado, están destinadas a perdurar en el tiempo. Y es habitual que la dinámica a que están sujetas las relaciones familiares haga que sea menester en múltiples coyunturas adecuar o ajustar el estatuto previsto. Se trata de situaciones que distan de ser inmovibles y que están encadenadas a las alternancias y conmutaciones propias de las vinculaciones humanas. En razón de lo expuesto, las decisiones prolijadas por los propios involucrados o las que sean adoptadas por los tribunales se subordinan necesariamente al principio *rebus sic stantibus*.

De todas maneras, es ostensible que se debe ser sumamente moderado en cuanto a la admisibilidad de una demanda de revisión del régimen alimentario ya fijado. La res-

tricción en cuanto a la posibilidad de modificar lo convenido o proveído judicialmente a través de una reducción de pensión puede apoyarse visualizando la situación desde la parte beneficiaria de los alimentos, dado que de seguro el acreedor o quien administra la pensión planificó su vida o la del alimentado atendiendo a la contribución fijada y no aparece como lógico que ella sea modificada cuando no existen motivos de envergadura que lo justifiquen. Y de similar tenor es lo que acontece con quien debe sufragar los alimentos, si se impetra una acción para acrecentar la prestación, en tanto, ha proyectado su vida con el conocimiento del monto con que debe contribuir a la manutención del sujeto activo, y no es lógico que se le cambien las reglas de juego cuando no existen causas serias, graves y considerables que expliquen la variación contributiva.

A raíz de ello, sólo aquellas variaciones de gravedad pueden dar lugar a una reforma, en virtud de que adoptar una nueva solución para una relación alimentaria dada origina —por lo general— trastornos a alguno de los involucrados en ella. Corolario de lo dicho, no sólo cabe imponer a quien pide la reforma en el régimen la carga de la prueba, sino también exigir que los hechos en que se funda sean lo suficientemente graves y trascendentes como para originar la mutación de aquello que en lo previo fue determinado.

Las transformaciones en la relación alimentaria pueden ser de la más diversa naturaleza y afectar uno o varios de los acuerdos adoptados; como meros ejemplos, la baja de los ingresos del deudor se traduce en la imposibilidad de abonar la obligación de alimentos acordada, el aumento de las necesidades del acreedor transforma en insuficiente la pensión alimentaria fijada. A la vista de ello, cuando se verifica una modificación sustancial en lo concertado es posible variar el contenido de los pactos a los que se arribó, sea a través de la celebración de un nuevo convenio que corrija el anterior, sea por medio de una resolución judicial. Incluso cabe atribuir especial relieve a que la aludida cláusula «rebus...» se encuentra sobreentendida en los acuerdos alcanzados, por lo que debe considerarse como no puesta aquella estipulación en la cual se disponga que el pacto se va a mantener inmutable en el futuro⁶⁶.

La posibilidad de modificación de lo acordado o decidido judicialmente en materia de alimentos es recogida por el apdo. 2° del art. 347 del C.G.P., en cuanto dispone que «en aquellos procesos en que se sentencia “rebus sic stantibus”, como en el de alimentos o cuestiones relativas a menores, cuando se alegare el cambio de la situación ya resuelta, corresponderá, en sustitución de los recursos ordinarios, el proceso extraordinario posterior, para decidir la cuestión definida conforme con las nuevas circunstancias que la configuran». Y si bien seguramente en la mentalidad del legislador estuvieron presentes aquellas situaciones que se resuelven mediante una providencia judicial, la solución que brinda el precepto se aplica también a los supuestos que se dirimen consensuadamente, sea por aplicación analógica de la disposición, sea porque —en definitiva— la homologación que los tribunales realizan de un convenio constituye una sentencia judicial.

Las modificaciones en los acuerdos o en las decisiones judiciales quedan sujetas al «cambio de la situación ya resuelta». El legislador de modo correcto no ha previsto en

66 Cfr. MORENO NAVARRETE, «El convenio regulador: acuerdos en materia de alimentos amplios respecto de los hijos», en AA.VV., *La protección del menor en las rupturas de pareja* -Dirección: GARCÍA GARNICA-, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 269-270 y 277-278.

el precepto aludido en qué debe consistir dicho cambio, con lo cual transforma la expresión en un concepto jurídico indeterminado que atribuye extensa discrecionalidad a la actuación judicial, atendiendo al marco contextual especial que se debe resolver.

Verificados tales acontecimientos, la solución no pasa por la conclusión del acuerdo alcanzado, sino por una modificación de él, con el fin de adaptarlo a la nueva situación y compensar el desequilibrio de las prestaciones o las obligaciones asumidas.

Las variaciones o adecuaciones en estos aspectos pueden acontecer en diferentes direcciones, de modo que, una decisión judicial puede ser reformada o corregida por otra resolución adoptada por los tribunales o por un acuerdo de los involucrados en la contienda, y asimismo, un convenio puede variarse por cualquiera de estas dos vías. Claro está, sin embargo, que para que el nuevo acuerdo alcanzado sea ejecutable, es indefectible que se obtenga la homologación judicial, a los fines anteriormente expuestos.

La admisibilidad de la variación de lo convenido tiene como clara finalidad permitir que aquello se ajuste a los cambios en las circunstancias subjetivas y objetivas que suelen presentarse durante la vida de las personas, en particular, cuando se extienden durante largo tiempo las conductas que deben asumir o las prestaciones de que son deudoras o acreedoras.

Empero, es natural que no toda alteración o incomodidad en el acatamiento de lo pactado contiene la magnitud suficiente para resolver una variación; antes bien, para que ello ocurra es indispensable que se trate de acontecimientos supervinientes sustanciales y que no hayan sido previstos por los involucrados en el conflicto. Por esa razón y por contrariar el principio «pacta sunt servanda», es evidente que la posibilidad de modificar las condiciones fijadas debe ser admitida con carácter excepcional y sólo cuando se han probado en modo irrefragable las mutaciones sustanciales aptas para engendrar un cambio en la situación anterior.

Admitir lo contrario y corregir una pensión ya fijada ante la variación de cualquier circunstancia ocurrida en la vida de las personas, llevaría a que se planteara un contexto de permanente judicialización, cuando lo que precisamente se busca a través de la vía consensual es reducir los conflictos.

En orden a concretar cuando una alteración es sustancial es menester la realización de un juicio de contraste entre las circunstancias concurrentes en el momento del convenio y aquellas existentes cuando se formula la pretensión modificatoria, con el fin de comprobar que la alteración verificada es sustancial e imprevisible, pues si se había previsto al acordar, hay que dar preferencia a lo convenido entre las partes. No obstante, lo expuesto por sí solo es insuficiente, dado que para adoptar las nuevas medidas es indispensable que con ellas no se vulnere, como es de regla, el interés de los menores involucrados en la cuestión controvertida

Sin embargo, es palmario que una diferente solución debe ser patrocinada cuando las variaciones en lo pactado únicamente tienen como propósito revisar medidas de contenido patrimonial que afectan a los adultos. En otros términos, cuando los intereses en

juego sólo conciernen a los cónyuges o ex integrantes de la pareja de hecho, las soluciones que prohíjen se encuentran en el ámbito de su discrecional y autónoma determinación, por lo que se van a resolver de conformidad con sus respectivas conveniencias, a diferencia de lo que acontece cuando están implicados los intereses de los hijos, en donde se restringe la autonomía negocial⁶⁷.

Así, para reducir un servicio pensionario establecido por vía convencional es imprescindible acreditar que acaecieron hechos imprevisibles, relevantes e independientes de la voluntad del obligado que justifiquen la revisión de la contribución que se viene sirviendo.

Por lo dicho, para que en un pronunciamiento judicial se admita reducir la contribución que se viene sirviendo se requiere la acreditación de hechos imprevisibles posteriores a la homologación del convenio que restrinjan la capacidad contributiva del deudor. Así las cosas, se ha juzgado que «quien pretende la reducción del servicio pensionario debe acreditar que acaecieron hechos en forma imprevisible para su parte después de homologarse el convenio, circunstancia que determinó la merma de sus ingresos, de una forma relevante e independiente de su voluntad»⁶⁸.

7. Conclusiones

Primera. Las orientaciones actuales del Derecho de familia conducen a que sea imposible desconocer la repercusión que se le atribuye a la voluntad concertada de los componentes de una agrupación familiar en crisis, con la aspiración de reglar las consecuencias que se derivan del nuevo orden que por las circunstancias se debe imponer. La vía convencional conforma un instrumento más que adecuado para arribar a los acuerdos que se consideren propicios por los propios interesados, para evitar las secuelas espinosas que con frecuencia emergen de los deterioros familiares. Empero, la libertad o discrecionalidad concedida a los involucrados dista de ser absoluta, en virtud de que la normativa de *ius cogens* igualmente debe ser acatada. Con todo, un convenio que afecte esa especie de previsiones legislativas resulta inviable en su ejecución práctica, dado que el despliegue de eficacia de lo acordado está subordinado a su encuadre en la homologación judicial. En este entorno, el quehacer de los jueces asume características diversas a lo que acontece cuando se deben heterocomponer estas cuestiones; sin embargo, es axiomático que, en cualquiera de las hipótesis, entre sus roles fundamentales se sitúa verificar la no trasgresión de las normas de orden público.

Segunda. Son múltiples y de diferente naturaleza los fundamentos que llevan a una preferencia por la conclusión de los conflictos alimentarios mediante la vía de los convenios. Ciertamente, dado que los propios involucrados son los que más conocen el contexto familiar que es necesario solucionar, son también los que están en las condiciones más adecuadas para arribar a las medidas más favorables para la contienda que los enfrenta, sin que sea necesaria la intervención decisoria de los tribunales que sólo van a conocer

67 SALA, *op. cit.*, pág. 1490.

68 Sent. del T.A.F. de 1^{er}. Turno n.º DFA-0010-001409/2015 - SEF-0010-000231/2015, de 25 de noviembre de 2015 (DÍAZ SIERRA -red.-, BENDAHAN, PEDUZZI).

la situación mediante el aporte interesado y parcializado de las partes. Junto con ello se aligera la actividad judicial y se evitan arduos litigios para resolver cuestiones que se pueden zanjar civilizadamente, soslayando discusiones y antagonismos improductivos y coadyuvando a una más pronta y económica administración de justicia. Además, dado que las soluciones consensuadas por lo general son aceptadas con mayor compromiso por parte de quienes las alcanzan, es posible que el cumplimiento de las obligaciones alimentarias padezca menores inobservancias en comparación con aquellas establecidas en un juicio. Junto con todo lo anterior, si bien los convenios configuran acuerdos privados, no obstaculizan la intervención judicial homologadora, que actúa en salvaguarda de la protección del orden público y de los intereses de los involucrados considerados más débiles y para la comprobación de la observancia de las características propias de las relaciones de alimentos.

Tercera. Aun cuando una vez que los convenios se suscribieron por las partes tienen carácter vinculante, y luego de homologados judicialmente constituyen título ejecutivo, ello no obstaculiza su modificación cuando se producen variaciones en la situación subyacente que regulan, de forma de adecuarlos al nuevo contexto imperante. Por esa razón, si bien otorgan la misma firmeza, certidumbre y seguridad que se deriva de una resolución judicial, tienen incorporada la flexibilidad necesaria para acomodarse o amoldarse a los cambios fácticos que se produzcan en la realidad que están llamados a regular.

Cuarta. La posibilidad de variar lo concertado es de orden público, por lo que no cabe mediante convenio limitar esa posibilidad. De todos modos, dada la situación de inseguridad que genera la modificación de lo acordado, así como los perjuicios que suele ocasionar a uno de los involucrados, para la admisibilidad de una demanda de revisión de la pensión acordada es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) los fundamentos en que se basa la pretensión modificativa no deben haber sido centro de estudio y análisis en el convenio (o proceso anterior) que se procura modificar, en virtud de que lo contrario conduciría a una continua revisión de conductas y hechos ya valorados en su oportunidad y sobre los cuales no cabe pronunciarse de nuevo; b) por lo mismo, los eventos en los que se basa la demanda de modificación deben ser posteriores al acuerdo que estableció las medidas, dado que los anteriores ya debieron ser tomados en consideración en su momento; por ende, se debe tratar de hechos nuevos respecto a la oportunidad en que se implementó la contribución originaria, puesto que aquellas circunstancias que ya estaban presentes al fijarla carecen de eficacia bastante para variar la cuantía del servicio y las condiciones en que se debe sufragar (no obstante, también cabe la reforma de lo acordado cuando la medida adoptada no cumple los fines perseguidos); c) el cambio en la situación debe ser imprevisto o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fueron tenidos en cuenta; d) los acaecimientos fundantes de la petición deben tener la suficiente entidad o relevancia para modificar la esencia de uno o los dos términos de la ecuación necesidades del acreedor-posibilidades económicas del obligado, de forma que, de haber existido esas condiciones al adoptarse las medidas originarias, éstas no se hubiesen acordado. Con base en ello, son impotentes para producir una variación los factores meramente circunstanciales, periféricos o accesorios. Por consiguiente, si no se acredita la presencia de algún hecho lo suficientemente significativo como para modificar la situación de hecho

contemplada al fijar la pensión, no procede su modificación; e) estos hechos deben fundar un nuevo contexto fáctico que esté dotado de cierta estabilidad o permanencia (aun cuando no necesariamente debe tener carácter definitivo), dado que los hechos esporádicos, coyunturales, transitorios o efímeros están privados de aptitud modificatoria; f) las causas que permiten la revisión no deben ser imputables a la voluntad del que solicita la revisión, en la medida de que, si así no fuese, la modificación de las medidas adoptadas quedaría al simple arbitrio de cada una de las partes; g) no debe existir otro medio reputado menos agresivo para solucionar el problema suscitado; h) por último, el acaecimiento de los hechos con aptitud revisiva debe ser probado por la parte que promueve la modificación del servicio, por aplicación del principio general *actori incumbit probatio*.

Principales abreviaturas empleadas

A.D.C. *Anuario de Derecho Civil* (publicación española)

AA.VV. Autores varios

art./arts. artículo/artículos

Bs. As. Buenos Aires

C.C.U. Código Civil uruguayo

C.G.P. Código General del Proceso

C.N.A. Código de la Niñez y la Adolescencia

Cfr. Confróntese

Cit. Citado/a

D.F.P. Revista *Il Diritto di Famiglia e delle Persone* (publicación italiana)

Doct. Doctrina

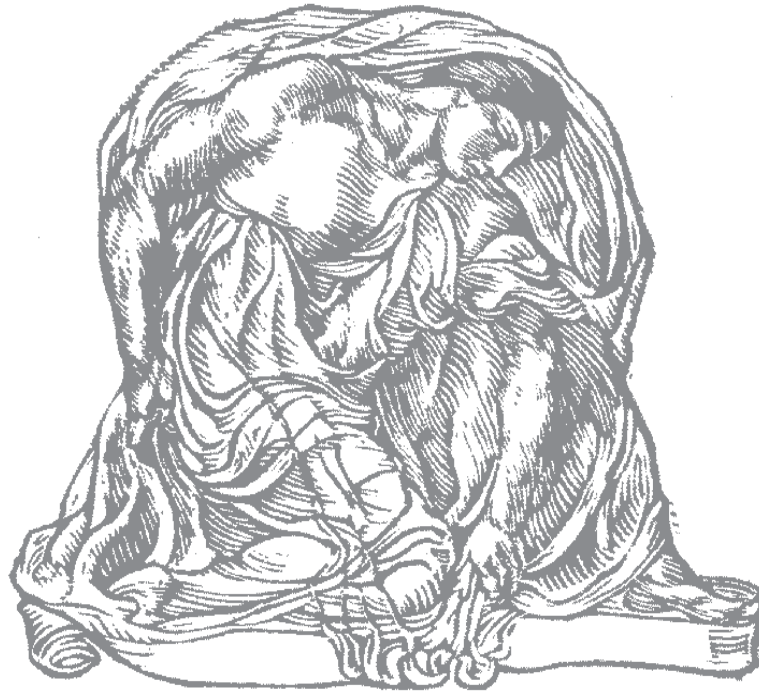
Ed. Editorial

ed. Edición

ej. ejemplo

et al.et alii (y otros)

F.C.U.	Fundación de Cultura Universitaria
<i>Ibíd.</i>	<i>Ibidem</i>
inc.	inciso
lit.	literal
Mdeo.	Montevideo
n.º número	
<i>op. cit.</i>	<i>opus citae</i> (obra citada)
pág./págs.	página/páginas
pub.	publicado/a
R.C.D.I.	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
R.T.D.C.	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
R.U.D.F.	<i>Revista Uruguaya de Derecho de Familia</i>
red.	redactor/a
Sent./Sents.	Sentencia/Sentencias
ss.	siguientes
T.	Tomo
T.A.F.	Tribunal de Apelaciones de Familia
U.M.	Universidad de Montevideo
<i>Vid. Vide</i>	(véase)
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> o <i>verbigracia</i> (por ejemplo)



JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter

Prescripción adquisitiva: la cesión de derechos posesorios de un inmueble requiere un título solemne.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS DE UN INMUEBLE REQUIERE UN TÍTULO SOLEMNE

WALTER HOWARD*

Sent. del T.A.F. de 2° Turno n.º 53/2019 (DFA-0005-000197/2019 - SEF-0005-000053/2019), de 3 de abril de 2019 (SOSA AGUIRRE -red., PEREZ BRIGNANI, FRANÇA NEBOT)

VISTOS:

Para definitiva en segunda instancia este juicio que por PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA TREINTAÑAL sigue WILDAR S.A. (IUE: 477-512/11), venido a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia No. 116/18 de 4 de octubre de 2018, dictada por el Señor Juez Letrado de Primera Instancia de Rivera de 5° Turno, Dr. Gabriel Espino y

RESULTANDO:

I.- La apelada (fs. 302/310), a cuya exacta relación de antecedentes procesales útiles se hace remisión, desestima la demanda.

II.- Contra la misma se alza la perdidosa y expresa agravios a fs. 316/322; en síntesis, manifiesta que se ha acreditado la yuxtaposición de posesiones no siendo necesaria ninguna escritura para ello, que no se tiene en cuenta el pago de la contribución inmobiliaria y que este elemento no es imprescindible para prescribir y finalmente, que no se valora con corrección la prueba testimonial, así como que no se considera la inexistencia de oposición y controversia sobre el derecho invocado al demandar.

III.- Se contestaron los agravios (fs. 329/332) y se franqueó la alzada (No. 5489/18 de fecha 4/XII/18).

IV.- Recibido el proceso en el Tribunal, los autos se giraron a estudio en forma sucesiva y en acuerdo del día de hoy (art. 203.4 in fine y 204.2 CGP -red. Ley 19090-), por unanimidad de votos se resolvió el dictado de decisión anticipada (art. 200 CGP -red. Ley 19090-).

* Doctora en Derecho por la Universidad de Montevideo (2005), Máster en Derecho Administrativo Económico (2011), Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universidad de Montevideo (2006-2019), Profesora de Derecho Público en el Posgrado de Gestión Financiera en Instituciones Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de la República (2018-2019). ORCID ID: 0000-0002-5340-2906 natalia.veloso@delpiazzo.com

CONSIDERANDO:

I.- La Sala irá a la solución revocatoria y amparará la demanda, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.- De acuerdo con la recurrida, el argumento jurídico que emplea para rechazar la demanda es que la yuxtaposición, cesión o adjunción de posesiones no está documentada debidamente durante todo el lapso prescriptivo (el anterior al año 1999 cf. considerando XI).

Toma nota el Tribunal que el mismo registra dos pronunciamientos sobre la temática en examen (33/2005 y 331/2011, el primero en LJU s. 136036 e inédito el segundo), empero, no se tomó concreto partido en esos casos sobre si el art. 1206 del C. Civil se aplica a toda clase de usucapión (véanse las diferentes posiciones en: HOWARD, *Modos de Adquirir*, UM agosto/2002, p. 442 a 450) como lo sostiene AREZO o si se aplica sólo a la usucapión abreviadas o cortas como opinan WONSIK e YGLESIAS.

El preindicado YGLESIAS (*Derecho de las cosas*, T. II, *La posesión y sus circunstancias*, FCU mayo/2000, p. 259-264) distingue dos situaciones; “1. El título “cesión de derechos posesorios” cuando se refiere a un bien inmueble deberá constar en escritura pública a los efectos de la usucapión ordinaria (art. 1208 CC). Entendemos que esto es así porque es una exigencia para la usucapión ordinaria de 10 y 20 años, que el poseedor lo sea en virtud de un “justo título” y en el caso de posesión transmitida el “título” se integra con los sucesivos negocios que hacen lugar a las sucesivas transmisiones, incluidos los que se invocan para la adición de posesiones. 2. Por las mismas razones pero a la inversa, no será necesaria escritura pública para la cesión de los derechos posesorios a los efectos de la prescripción extraordinaria (art. 1211), cuando quien tiene la posesión la transmite; pues esta se obtiene “sin necesidad de presentar título” y tampoco aquí cabe distinguir entre el título original y los de las sucesivas transmisiones, sólo deberá probarse la transmisión y en qué concepto se lo hizo (título hábil). Como puede verse esta conclusión es coincidente con la tendencia de la jurisprudencia en cuanto a considerar que se trata de un problema de prueba y no de formalidad.”

Así, el Tribunal considera que le asiste razón al recurrente cuando expresa que la transmisión de la posesión de Julio Armand Ugón Indart a Fernández en el año 1990 surge probada conforme los dichos de Julio C. y Raúl Emilio Armand Ugón Sepúlveda a fs. 215 y 217 respectivamente, cuando señalan que su padre (Armand Ugón Indart) tuvo la posesión desde el año 1969, cediéndolo luego a Fernández, pronunciándose en idéntico sentido los demás testigos que depusieron en autos; prueba que se complementa con la documental: a) escritura declaratoria de fecha 3 de noviembre de 2011 por la cual los herederos Armand Ugón ratifican la cesión de los derechos posesorios a Fernández y escritura ratificatoria de 24 de octubre/2018 por la cual los hermanos Fernández declaran y ratifican el negocio de compra de derechos posesorios realizado en el año 1990 con Armand Ugón (recaudos a fs. 15-17).

Respecto al pago de la contribución inmobiliaria, la actora apelante sostiene que el pago de este tributo no es un acto material de los que exige el art. 666 C. Civil, criterio

que es el de esta Sala (Nos. 198/11, 5-81/13, 5-58/15, 44/17 y 22/18, entre otras) por lo tanto, no se trata de un elemento indispensable a ser configurado para usucapir el estar al día en el pago.

Por último, debe tenerse en cuenta para la solución estimativa de la pretensión de usucapión, que no se presentó legítimo opositor, lo que determina que no deba extremarse el rigorismo en el examen de la prueba los elementos necesarios y conducentes (LJU 10562)

III.- Costas y costos de la presente instancia por su orden (arts. 56 y 261 [red. L. 16699] CGP y 688 C. Civil).

Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen el Tribunal,

F A L L A:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar, declarase que la accionante ha adquirido por prescripción treintenaria el bien inmueble individualizado en el edicto de fs. 83. Sin especiales condenas en la instancia. Oportunamente, devuélvase.

COMENTARIO: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS DE UN INMUEBLE REQUIERE UN TÍTULO SOLEMNE¹

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO. II. CLASES DE USUCAPIÓN. III. LA POSESIÓN Y LA USUCAPIÓN. IV. LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS. V. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS. VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La prescripción adquisitiva, también llamada desde sus orígenes usucapión (de *usucapio*, adquirir por el uso²), es un modo de adquisición del dominio o ciertos derechos reales a través de la posesión durante el tiempo y con los requisitos estatuidos legalmente. Por eso el aforismo de MODESTINO: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*.

El tiempo intercede en todas las relaciones humanas como un factor determinante, a raíz de lo cual el ordenamiento le suele atribuir la condición de hecho constitutivo, modificativo o extintivo de lazos jurídicos. Sin embargo, el mero decurso cronológico, que por sí solo es un hecho (no de naturaleza jurídica, sino física), adquiere significación para el Derecho desde el momento en que el ordenamiento normativo le atribuye repercusiones, y es entonces que corresponde su inclusión dentro de los hechos con trascendencia

1 El presente comentario tiene como base y es reiteración de lo sostenido por el suscrito en el libro *Modos de adquirir*, 3ra. ed. (reimpresión), UM, 2018, en especial, pág. 415 y ss.

2 Para FABBRINI, literalmente *usucapio* significa “adquisición mediante posesión”, en tanto *usus* es el término arcaico para referirse a la *possessio*, (FABBRINI, Fabrizio, voz “Úsucapione -Diritto romano-”, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XX, Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1982, pág. 281). Y lo mismo expresa LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T. III, *Derechos reales*, vol. I, *Propiedad y posesión*, 3ª edición, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990, pág. 186, nota 1.

jurídica, en tanto va a provocar que dadas determinadas condiciones, éstas, transcurrido aquél, alcancen la calidad de causa generativa eficiente para la adquisición, modificación y pérdida de derechos, o en su caso, de obligaciones.

Ello suscita que el transcurso de un cierto lapso predeterminado por el legislador, acompañado de los requisitos que según los casos se exigen normativamente, conduzca a la mutación de las relaciones jurídicas; por lo que, merced a los fenómenos en los cuales influye dicho transcurso, quien tenía la titularidad de un derecho puede perderlo en favor de quien haya poseído un bien o el que tenía un derecho de crédito puede ver extinguida su acción de cobro, entre otras situaciones de posible ocurrencia.

En lo que aquí interesa, el decurso del tiempo actúa primordialmente en una doble faceta, como generador de derechos en la prescripción denominada adquisitiva (usucapión) y como destructor de derechos o acciones en la llamada extintiva; pero no son éstos los únicos supuestos en los cuales el ordenamiento toma en cuenta al tiempo como fuente de consecuencias jurídicas. Éste influye tanto en el Derecho patrimonial privado como en otras ramas jurídicas. Así, en el Derecho de familia desarrolla en algunas ocasiones la función de presupuesto para la admisibilidad de ciertas acciones (*v. gr.* lo que acontece con la posesión notoria de estado civil o el reconocimiento judicial de una unión concubinaria) y en otras, la de elemento preclusivo para un accionamiento (como sucede cuando se intenta interponer fuera de plazo una demanda de investigación de filiación conforme al art. 198 del C.N.A.); en el Derecho tributario como causal extintiva de la obligación tributaria, etc.

No obstante, el aspecto cronológico tomado de forma solitaria no es en general causa suficiente para influir en las relaciones jurídicas, sino que su magnitud se evidencia cuando a él se añaden otras condicionantes reclamadas por el legislador: por ej., la posesión de un bien en la prescripción adquisitiva, la inacción del titular del derecho en la prescripción extintiva. DIEZ PICAZO expresa que el tiempo en sí mismo considerado, como mero transcurso, no pertenece a la sustancia de la prescripción. Como muestra, un crédito puede prescribir en mayor o menor tiempo si han mediado actos de ejercicio o de reconocimiento del derecho. El tiempo no es un elemento del fenómeno prescripción, como señalaban Alas, Ramos y De Buen, recordando el viejo aforismo *tempus non est modus constituendi vel dissolventi iuris*. El tiempo es únicamente una medida de duración y esto lo mismo en la prescripción que en los demás fenómenos vitales. Los elementos de la *facti species* de la prescripción son otros: que el acreedor y el propietario hayan permanecido largamente inactivos; que el poseedor se haya mantenido ininterrumpidamente en la posesión. Un ejercicio o un inejercicio continuados son los verdaderos elementos del fenómeno de la prescripción.³

La usucapión ha sido visualizada de diferente manera a través del tiempo; es así

3 DIEZ PICAZO, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964, pág. 25. Para ALAS, DE BUEN y RAMOS, 'el mero transcurso del tiempo es solo en apariencia causa eficiente de efectos jurídicos. En todo fenómeno de derecho intervienen factores distintos del tiempo. Pero algunas veces basta el transcurso de un cierto tiempo para poder presumir, con motivos fundados, la existencia de los demás factores exigibles, y entonces el Derecho enlaza con el mero transcurso de un plazo ciertos efectos' (ALAS, Leopoldo; DE BUEN, Demófilo y RAMOS, Enrique R., *De la usucapión*, Imprenta Ibérica, Madrid, 1916, págs. 12-13).

como por algunos es descrita “patrona del género humano”⁴ y por otros es vista como un “factor potencial de incertidumbre”⁵, como consagración legal de una inmoralidad o como un instituto infernal⁶. De todas formas, es indudable que se trata de una figura que tiende a conferir seguridad a las relaciones jurídicas a través de la transformación en situación de derecho de una situación de hecho prolongada durante el tiempo. Es ostensible, por lo demás, que por medio del instituto se puede obtener por parte de quien poseyó un bien ajeno durante los tiempos establecidos por la ley, la adquisición de su titularidad. Pero también cumple una función primordial para la seguridad de las relaciones jurídicas, al facilitar la prueba de los derechos adquiridos derivativamente, evitando la denominada *probatio diabolica*.

BORREL Y SOLER apunta que el fin primordial de la usucapión, como el de toda prescripción, es “encerrar dentro de un tiempo limitado la incertidumbre de los derechos”, “paralizando la acción que podría destruir el estado jurídico presente” y “atribuyendo definitivamente el derecho incierto a su poseedor actual”.⁷ DEL CAMPO considera que el instituto opera una verdadera suplantación de derechos, tiende a dar seguridad jurídica y carta de ciudadanía a situaciones que se han prolongado en el tiempo. Y sanciona, por otra parte, a quienes teniendo derechos no los ejercen.⁸ En interés de la seguridad de la circulación jurídica, el legislador sacrifica el interés contrapuesto de la conservación de los derechos.⁹

La usucapión, por tanto, produce un doble efecto simultáneo respecto al derecho real de dominio: a la vez que una persona adquiere el derecho usucapido, su adquisición apareja la pérdida del mismo para su titular anterior, el cual no tiene voluntad, ni normalmente conocimiento, de ese menoscabo patrimonial. Influye, pues, en la dominialidad de la cosa, tanto respecto a la situación jurídica del adquirente como a la del ex titular; positivamente, respecto al primero y negativamente, en referencia al segundo. El instituto actúa positivamente para el adquirente, desde que, a través de él, incorpora a su patrimonio un derecho nuevo del que carecía; pero, simultáneamente, interviene negativamente en la órbita patrimonial del titular anterior, por cuanto el derecho egresa de su patrimonio, de manera que, al desaparecer su titularidad, el *ex-dominus* pasa a integrar la comunidad pasiva universal que se sitúa enfrente de aquél. Y de similares connotaciones es lo que acontece cuando lo usucapido es un derecho real menor, en

4 Expresa ESCRICHE que la prescripción se considera entre todas las instituciones sociales como la más necesaria al orden público; y no sin razón ha sido llamada por los antiguos patrona del género humano, *patrona generis humani*, y fin de los cuidados y ansiedades, *finis sollicitudinum*, a causa de los servicios que hace a la sociedad manteniendo la paz y tranquilidad entre los hombres, y cortando el número de pleitos (ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de Rosa y Bouret, París, s/f., pág. 1368).

5 RAMIREZ, Juan Andrés, “La prescripción adquisitiva en los inmuebles es factor potencial de incertidumbre”, *A.D.C.U.*, T. IX, sec. Doct., pág. 225 y ss.

6 Así HEINE, refiriéndose a los romanos, expresó: “solo ha habido un pueblo de bandidos y de picapleitos que fuera capaz de inventar la prescripción y de consagrarla en el Código Civil del derecho romano, ese libro único cruel e infernal que nos sentiríamos tentados de llamar la Biblia de Satán” (cit. por ALAS, DE BUEN y RAMOS, *op. cit.*, pág. 95).

7 BORREL Y SOLER, Antonio, *Derecho civil vigente en Cataluña, Libro segundo. Derechos reales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, pág. 91.

8 DEL CAMPO, Francisco, “Prescripción”, dictamen en *Rev. A.E.U.*, vol. 75 (1-6), 1990, pág. 161.

9 RUPERTO, Saverio, voz “Usucapione (Diritto vigente)”, *Enciclopedia del Diritto*, T. XLV, pág. 1026. El autor se refiere a la usucapión abreviada, pero sus dichos entiendo que son aplicables a cualquiera de las especies de prescripción adquisitiva.

tanto la figura obra favorablemente para el usucapiente haciendo ingresar en su patrimonio el bien que cuasiposeyó, empero provoca concomitantemente, a pesar de que el dominio se mantenga en el patrimonio del perjudicado por la usucapición, que el derecho se encuentre acotado, al padecer una carga o gravamen derivado de la adquisición ajena del derecho real.

II. CLASES DE USUCAPIÓN

Tanto en el Derecho uruguayo como en los ordenamientos extranjeros conceptualmente más próximos, los tipos de prescripción adquisitiva se distinguen en atención a dos variables. Por una parte, tomando en consideración el *bien a usucapir*, según sea respecto a muebles o inmuebles, siendo el tiempo de posesión requerido para que se consume la usucapición más breve en la primera (tres o seis años) que en la segunda (diez, veinte o treinta años), ya que el codificador recogió, al igual que la normativa extranjera, el aforismo *res mobilis, res vilis*. No obstante, no se puede ignorar que el ordenamiento doméstico ha recogido una especie de prescripción abreviadísima de inmuebles por parte del art. 65 de la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible N° 18.308, de 18 de junio de 2008, que opera por la posesión durante el plazo de cinco años.

Pero también, y principalmente, se diferencian atendiendo a sus *elementos configurativos*. En este sentido, las usucapiones se diversifican en ordinarias y extraordinarias. En las primeras se exige, además de la posesión, que es el elemento estructural de toda usucapición, que sea de buena fe y basada en un justo título, conduciendo la concurrencia de dichos elementos a la abreviación de los plazos prescriptivos (tres años para los bienes muebles y diez o veinte para los inmuebles, según sea entre presentes o ausentes); por eso, se denominan también abreviadas o simplemente, cortas. En cambio, en las segundas, no se precisan ni la buena fe, ni el justo título, lo cual apareja como secuela que se extiendan los plazos de posesión para usucapir (seis años para muebles y treinta para inmuebles); de ahí que se conozcan como prolongadas o largas.

La prescripción abreviada procede cuando se produce una adquisición *a non dominus*, es decir, en aquellas situaciones en que el poseedor adquirió la cosa a quien no tenía legitimación para disponer de ella, por cuanto no contaba en su patrimonio, total o parcialmente con el derecho que pretendió transmitir. Por su parte, la prescripción prolongada tiene lugar cuando el usucapiente obtuvo la posesión de la cosa sin un título (como ocurre con el usurpador), o con un título que, si bien es hábil para constituir o transmitir un derecho real cuando es seguido del modo tradición, estaba privado de las cualidades de válido o verdadero o el poseedor no tenía buena fe al inicio de su posesión.

Hay, por consiguiente, un elemento esencial a toda clase de usucapición que es la posesión, la cual se debe extender durante todo el tiempo estatuido legalmente para la ocurrencia de la adquisición. Como enseña PUIG BRUTAU, “la posesión, como estado de hecho que corresponde al disfrute de un derecho, pertenece a la entraña de la prescripción adquisitiva. No cabe usucapición sin posesión”.¹⁰ El goce de la cosa o de un derecho a

10 PUIG BRUTAU, José, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapición*, 3ª edición actualizada y ampliada, Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1996, pág. 318.

cualquier título o causa que no suponga la posesión veta la posibilidad de usucapir (arts. 666 *in fine* y 1197), por lo menos hasta tanto no exista un hecho o acto jurídico mutatorio (intervención) que modifique la vinculación del tenedor con la cosa.

III. LA POSESIÓN Y LA USUCAPIÓN

El art. 646 del C.C.U., en un intento de definir la posesión, principia expresando que “es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho...”. De sus términos resulta que la posesión puede tener lugar en dos situaciones diversas. En la primera existe un vínculo material, tangible, supone la existencia de una corporeidad (*tenencia de una cosa*), mientras que en la segunda, la vinculación es intangible, solamente de tipo inmaterial (*goce de un derecho*). Estas diversas posibilidades son las que se conocen como posesión propiamente dicha y cuasiposesión, y que toman como punto de distinción el objeto sobre el cual recae una u otra: la primera respecto al dominio de la cosa, la segunda sobre alguno de los derechos reales menores que suponen la posesión de aquélla. El titular de un derecho real menor, como lo es por ejemplo el usufructuario, se encuentra en una doble condición: es cuasiposeedor de su derecho (y como tal tiene las acciones posesorias correspondientes para la protección de su *status*: art. 667 y puede usucapirlo si se constituyó *a non dominus*: arts. 495, 497, 649, ord. 5º, 1204 y 1211) y simultáneamente es mero tenedor respecto a la propiedad de la cosa (y por eso no puede prescribir el dominio, salvo que intervenga el título -art. 1199-).¹¹

Pero el art. 646 requiere además que la tenencia de la cosa o el goce del derecho se realice con ánimo de dueño, lo cual motivó divergencias doctrinarias en cuanto a la significación, alcance y verificación de este requerimiento.

Quien solo analiza la definición del art. 646 para conceptuar la posesión, concluye forzosamente en que el codificador uruguayo militó en la misma acera que SAVIGNY: ambos requieren la concurrencia de dos elementos para que el fenómeno posesorio acontezca:

- a) un elemento material: la tenencia de la cosa, y
- b) un elemento psicológico: el ánimo de dueño.

Pero a poco de avanzar en el texto del C.C.U. es cristalinamente detectable que ese elemento de naturaleza interna que es el *animus domini*, ya no es requerido, y ni siquiera mencionado, por el codificador; a lo más se refiere al *concepto* en que se tiene la cosa (arts. 654 y 1196) o a la *causa* de la posesión (art. 1199).¹² Por ello, actualmente el elemento “ánimo de dueño”, entendido como el ánimo real del sujeto que tiene la cosa, poca ayuda presta a la determinación del fenómeno posesorio. La posesión, más bien, refiere a situaciones en las cuales no existe un título alguno (*v. gr.* el caso del usurpador) o en las que el título existente confiere la cosa al beneficiario sin obligación de restituirla (*v. gr.* el

11 En la doctrina uruguaya, también sustentan la doble calidad del titular de un derecho real menor: GUILLOT, Álvaro, *Comentarios del Código Civil, De la posesión y de la reivindicación*, Dornaleche y Reyes, Editores, Montevideo, 1906, págs. 10 y 89 e YGLESÍAS, Arturo, *Derecho de las cosas*, T. II, *La posesión y sus circunstancias*, F.C.U., Mdeo., 2000, pág. 127.

12 YGLESÍAS, *op. cit.*, pág. 82.

adquirente por compraventa y tradición). Se excluyen, pues, los supuestos en que existe un título que obliga a proceder a la devolución de la cosa, dado que ellos únicamente confieren la mera tenencia.¹³

De ordinario, el propietario (quien tiene el derecho de poseer: facultad de incoar acción reivindicatoria) goza de la posesión de la cosa, pero puede ocurrir que exista una discordancia. En efecto, la posesión puede tenerla un tercero, que sería quien actuaría como dueño, aun cuando aquel mantenga su condición, y más todavía, puede suceder que otra persona tenga el derecho de posesión (art. 490). De la simple observación fáctica no es posible determinar quién es propietario, quién es poseedor no propietario y quién es tenedor o goza de la cosa en virtud de la tolerancia de su dueño o poseedor.

El art. 647 del C.C.U. admite que el *initium possessionis* puede estar pautado por la aprehensión efectiva de la cosa o por su transmisión por parte de quien tenía un poder de hecho sobre ella, a través de la tradición o la sucesión hereditaria. Por ende, es posible diferenciar aquellas hipótesis en que la adquisición se produce por el actuar independiente y autónomo del adquirente sin contar con la voluntad o aun contra la volición de quien es poseedor (*adquisición originaria*), de aquellas otras que tienen por fundamento la voluntad del poseedor actual o una disposición legal (*adquisición derivativa*). En las primeras tiene lugar un acto de aprehensión dotado de tal energía que pone la cosa bajo el señorío del adquirente, o al menos, le atribuye a éste la facultad de ejercitar sobre ella el poder de hecho.¹⁴ La derivativa, en caso de no ser consecuencia de la transmisión de un derecho que formaba parte del patrimonio del transmitente, tiene lugar cuando el adquirente asume la posesión que tenía otro sujeto y puede ser consecuencia de una transmisión hereditaria, de una enajenación que no desplegó sus efectos por ser *a non dominus* o de negocios jurídicos de los que resulte una cesión de derechos posesorios. La adquisición originaria de la posesión únicamente permite usucapir en forma prolongada; la derivada, cuando se funda en un título, puede eventualmente admitir la procedencia de la usucapión abreviada, a condición de que el poseedor se halle de buena fe al momento de la adquisición posesoria.

En la mayoría de ocasiones, la posesión es la traducción de un poder constituido regularmente sobre la cosa, en tanto, constituye el medio de adquisición y ejercicio de los derechos. Sin embargo, en frecuentes oportunidades no es reflejo de una constitución regular de un derecho, ya sea porque quien lo constituyó carecía de poder de disposición sobre él (enajenación *a non dominus*) o porque el poseedor ingresó en el bien sin requerir la voluntad ni del *verus dominus*, ni de quien ejercía actos posesorios en él (tal lo que acontece con el usurpador).

Atendiendo exclusivamente al aspecto posesorio, cualquiera de esos poseedores, tengan o no un derecho regularmente constituido por su titular, gozan de medios de tutela disciplinados por el ordenamiento jurídico: las denominadas acciones posesorias regidas por los arts. 658 y siguientes del C.C.U. La diferencia entre todos estos fenómenos no radica, por cierto, en la posesión, que en todo caso es auxiliada por la normativa, sino

13 GUILLOT, *op. cit.*, pág. 87 y ss.; YGLESIAS, *op. cit.*, págs. 127 y ss., 182, 190, 202 y otras.

14 PUGLIESE, Giuseppe, *La prescrizione nel Diritto Civile, parte prima, La prescrizione acquisitiva*, 4ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1921, pág. 275.

en otras defensas que se les confieren a los sujetos, tomando en consideración el derecho en que cimentaban su posesión cuando les fue sustraída o perturbada. Así, mientras el usurpador solo goza para su protección de las acciones posesorias, requiriendo en algunos casos todavía que haya adquirido el derecho de posesión (art. 649, ord. 3º e incs. 1º y 2º del art. 663), el propietario tiene, además de aquellas, la acción reivindicatoria; e incluso, quien aún no alcanzó el dominio, pero ostenta un mejor título que el poseedor actual, es munido por la ley de la acción publiciana, que consiste en una especie de reivindicatoria en la cual menguan las exigencias probatorias para quien la incoa (art. 649, ord. 6º). Por ende, la posesión independientemente considerada es merecedora por el ordenamiento de protección por medio de los interdictos posesorios, sin importar que ella sea irradiación de la constitución o transmisión de un derecho o encuentre su génesis en un hecho volitivo del poseedor que no tenga como sostén atribución posesoria alguna por parte de otro sujeto.

El instituto posesorio se vincula estrechamente con la adquisición de derechos. En algunas hipótesis, la adquisición de aquella supone que la cosa ingresa automáticamente a título de dominio en el patrimonio del adquirente, como acaece con el ocupante de *res nullius* o el *accipiens* cuando la tradición se efectuó *a dominus*. En otras, en cambio, si bien la adquisición de la posesión no tiene por efecto inmediato la obtención de un derecho definitivo sobre lo poseído, prohíja la posibilidad de llegar a él cuando se sustenta por el plazo concretado legalmente. Es en estas circunstancias en que la usucapión sale a la luz para favorecer a quien, aun cuando poseedor, no tiene un derecho definitivamente eficaz con carácter *erga omnes* respecto a la cosa poseída.

Claro está que, en estas hipótesis, la adquisición no se verifica instantáneamente con la toma de posesión o aprehensión material de la cosa, sino que es requisito esencial que el fenómeno posesorio se extienda a lo largo del tiempo con las cualidades previstas por la ley para que acaezca el resultado adquisitivo. Hasta tanto dicho efecto no sea consumado, sobrevuela la contingencia de que el poseedor vea afectado su *status* con la interposición de una acción reivindicatoria por parte del dueño de la cosa (arts. 676 y siguientes), de una acción publiciana por quien tiene mejor título que él (ord. 6º del art. 649) o de una acción posesoria, incoada por el que anteriormente la poseyó (art. 663). Y ello es de susceptible ocurrencia en tanto no prescriban las correspondientes acciones para derribar la situación del poseedor: un año para las acciones posesorias y una vez que se produzca la adquisición por usucapión del poseedor para las acciones reivindicatoria y publiciana.

El poseedor no dueño, por consiguiente, aborda un camino de destino incierto: su posesión lo puede conducir a la adquisición del dominio u otro derecho real de goce o ese resultado ser frustrado por la actuación de otro sujeto que disfrute de un mayor amparo por el ordenamiento jurídico.

Normalmente la posesión es la exteriorización del poder de hecho del propietario o del titular de un derecho real de goce respecto a la cosa. Por eso, habitualmente propiedad y posesión tienen un camino común: el derecho, sea de propiedad o de goce, se manifiesta a través del fenómeno posesorio; el titular del derecho goza de la cosa poseyéndola, ejerciendo un poder fáctico sobre ella. De ahí, la presunción del ord. 1º del art. 649.

Sin embargo, la normalidad no es esencial a la realidad y es concebible que la titularidad del derecho y la posesión de la cosa transiten sendas diversas, esto es, que exista un propietario o titular de un derecho real de goce sobre la cosa y a la vez, una persona diferente que disfrute de su posesión, del poder de hecho respecto de ella. Entonces, la vinculación entre titularidad de la cosa o del derecho real menor y posesión si bien es situación usual, no es de esencia, dado que puede acaecer una diversificación, esto es, que el titular de un derecho regularmente adquirido carezca de la posesión. Nada impide, y ello es recogido por el art. 490 del C.C.U., que tomando como punto de referencia determinada cosa, exista simultáneamente un titular dominial, un titular de un derecho real menor, un sujeto que haya adquirido el derecho de posesión, un poseedor y un mero tenedor. Según los casos, cada sujeto tendrá una o más acciones para proteger su derecho.

La ausencia de concordancia entre el titular del derecho y el poseedor es la base del fenómeno usucapional. En efecto, a través de este instituto es posible que quien esté poseyendo la cosa pueda obtener el derecho en cuyo carácter posee. Ello por cuanto la posesión da diferentes derechos al que la tiene; entre ellos: prescribir el dominio y los demás derechos reales usucapibles (art. 649 nal. 5°).

Como refieren PLANIOL y RIPERT, “la usucapión tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario. Conformando los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración”.¹⁵ Por eso es correcto asimismo lo expresado por ANIDO, siempre que se limite a los supuestos en que está separada la posesión de la propiedad: la posesión es un fenómeno esencialmente provisorio, puesto que cede ante la acción reivindicatoria del titular del bien o se convierte en propiedad, a través de la usucapión.¹⁶ Y el mismo derrotero es el seguido por PUGLIESE, quien expone, refiriendo a dichos supuestos, que “la posesión es un derecho en formación; o recorre todo su *iter* y se convierte en derecho, o es superada por el derecho adverso y cesa”.¹⁷

IV. LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS

De conformidad con lo recién expuesto, la posesión es la forma habitual de exteriorizar los derechos reales como el dominio y los denominados limitados o menores de goce, dado que normalmente titularidad del derecho y posesión llevan una senda común, de manera que el derecho se manifiesta a través de la posesión de la cosa. Pero si bien ese es el escenario habitual, nada obsta a que desarrollen una vida independiente y que el poseedor no sustente su poder fáctico en derecho real alguno. Desde que la posesión confiere a su titular un conjunto de derechos y facultades con contenido económico y que constituyen objeto de interés, es situación de frecuente ocurrencia que muchos sujetos, en ejercicio de su autonomía privada, pretendan lograr la posesión de una cosa, aun a sabiendas de no pueden alcanzar conjuntamente su propiedad. En esos casos, la ventaja de la inmediatez en el goce del bien supera el interés por la regularidad instrumental.

15 PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, con el concurso de PICARD, Maurice, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, T. III. *Los bienes*, Editor Juan Buxó, Habana, 1930, pág. 590.

16 ANIDO, Raúl, *De la posesión*, Encuentro Técnico Regional de Rocha, 30 de agosto de 1997, publicación de la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1998, págs. 3-4.

17 PUGLIESE, *op. cit.*, pág. 210.

En abstracto, la idea de cesión de derechos posesorios es amplia pues engloba tanto aquellas hipótesis en que los interesados transmiten a través del trasiego posesorio un derecho real de dominio u otro derecho real menor, hasta aquellas otras en que solo se transfiere la posesión, no traspasando derecho real alguno por ausencia de poder de disposición en el transmitente, sea ello ignorado o sabido por el adquirente. Pero en concreto, en la práctica notarial y en los tribunales, se conoce como cesión de derechos posesorios la suma de negocios jurídicos por intermedio de los cuales un sujeto no dueño que posee un bien (generalmente el usurpador o quien deriva sus derechos de él) le transfiere la posesión que detenta a otro, de forma que éste queda respecto a lo transmitido en la misma situación jurídica que aquél.

Sin embargo, la cesión de derechos posesorios como negocio jurídico en puridad no existe, sino que es el efecto que forjan otros negocios que tienen atribuida una función de cambio, es decir, compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc. seguidos del modo tradición. Por ende, incumbe en cada caso la aplicación de la normativa referente a esos negocios.

El codificador uruguayo fue avaro en previsiones respecto al fenómeno mencionado; no obstante, tanto del inc. 2º del art. 647 como del inc. 2º del art. 775, entre otros preceptos, brota que la posesión se puede transmitir con independencia del dominio u otro derecho real de goce. Sin embargo, ello no ha impedido que, con suma frecuencia, se realicen transacciones en las cuales se transmitan solamente los derechos posesorios que un sujeto tiene respecto a una cosa, conociendo tanto el adquirente como el profesional interviniente que esa transmisión posesoria no implica el trasiego dominial, dado que el tradente carece de la titularidad de lo tradido.

Desde el punto de vista estructural, la cesión de derechos posesorios no difiere mayormente de la transmisión dominial, en tanto requiere un negocio jurídico obligacional (título hábil para provocar el efecto real) y uno dispositivo en sentido estricto (tradición) que verifica el trasiego posesorio. El traspaso es operado por medio de éste, pero como se trata de una figura que no dice en qué sentido interviene la entrega, el negocio obligacional, orientado por su función de cambio, le confiere definición a esa entrega y determina en qué concepto se efectúa.

La figura en indagación produce el entronque de los modos originarios y derivados, dado que, si bien la posesión se adquiere a través de un modo derivado, como la tradición o la sucesión, la propiedad, en cambio, se consigue por un modo originario, como lo es la usucapión.

Quien adquiere derechos posesorios puede usucapir únicamente en tiempo prolongado, desde que conoce la falta de titularidad de la cosa por parte del cedente. No obstante, nada impide que pueda sumar los diversos períodos de posesión de los poseedores anteriores, siempre que hayan existido sucesivas transmisiones, sea por tradición o sucesión, de dicho derecho.

Con lo expuesto me aparto de lo proclamado por YGLESIAS. La diferencia con este autor resulta de su particular visión del concepto de buena fe, dado que, según su

perfil, consiste en “la creencia de haber adquirido legítimamente la posesión con sus diversos efectos; no es necesariamente, la creencia de haber adquirido la propiedad”.¹⁸ De ahí que, en el caso del cesionario de derechos posesorios, aun cuando conozca la falta de titularidad en la cosa por parte del cedente, igualmente llega a admitir que sea de buena fe.

Sin embargo, no considero que la buena fe se pueda syndicar en esos términos. Por el contrario, tanto del art. 693 como del art. 1207, se deriva que la buena fe se vincula de manera ineludible con la creencia de haber adquirido del *verus dominus* (o de quien tiene un derecho regularmente constituido en la cosa) o en la ignorancia de la falta de legitimación o poder dispositivo de quien le confirió la posesión. Por ende, desde que el cesionario conoce la falta de titularidad del cedente no puede, en la postura que adopto como correcta, considerarse de buena fe, lo cual le veda usucapir ordinariamente.

Por otra parte, también juzgo que es dudoso admitir que el cesionario de derechos posesorios disfrute de un justo título, en atención a que el inc. 1° del art. 1208 conceptualiza a éste como “el legal y capaz de transferir la propiedad”. Y aun cuando es verdad que un justo título no necesariamente debe ser apto para ese fin, en mérito a que puede serlo para constituir o transmitir un derecho real menor, parece indudable que el legislador en todo caso supuso que debía ser apto para la transmisión o constitución regular de un derecho.

La compraventa, donación y otros títulos desempeñan la función de justos títulos para la usucapión abreviada, pero siempre en el entendido de que se hayan celebrado para transmitir a través de su conjunción con el modo tradición el dominio u otro derecho real de goce, no así cuando simplemente se limitan a verificar un trasiego de carácter posesorio.

Esos títulos son los mismos que intervienen como *iusta causa traditionis*, es decir, dan definición a la tradición o entrega de la cosa, de forma que un justo título que no haya tenido por función transmitir el dominio, carece de virtualidad para ameritar una usucapión abreviada de ese derecho.

Resumidamente, entonces, el título en la cesión de derechos posesorios, seguido del modo tradición, permite sumar la posesión de cedente y cesionario para la adquisición usucapional, pero no usucapir abreviadamente: y ello por dos razones: en primer término, porque ese título no pretendía tener una función transmisiva de un derecho real del que carecía el cedente; y en segundo lugar, en mérito a que el cesionario carece de buena fe. Tanto la buena fe como el justo título, como elementos necesarios para la abreviación de la usucapión, se calibran no solo respecto al derecho que se pretendió transmitir o constituir, sino también al que se aspira a usucapir.¹⁹

Para que se verifique la cesión de derechos posesorios de un bien inmueble se requiere que el título respectivo (compraventa, donación, etc.) se instrumentalice en una

18 YGLESIAS, *op. cit.*, pág. 141.

19 Y lo que acabo de exponer ha sido recogidos por los tribunales: sent. del T.A.C. de 2° Turno, de 26 de mayo de 2004, pub. en *A.D.C.U.*, T. XXXV, f. 25, pág. 19.

escritura pública, de acuerdo a lo demandado por el art. 1664, ord. 1° del C.C.U. En este sentido, judicialmente se falló de manera acertada, siguiendo a GUILLOT, que la posesión cuando tiene por objeto una cosa raíz es un derecho inmueble y que como tal queda sometido a los principios que rigen tal clase de bienes; así, por ejemplo, la venta de derechos posesorios sobre una finca para que sea traslativa de posesión debe otorgarse por escritura pública conforme al art. 1664, núm. 1° del C.C.U. y si no se llenara este requisito, el comprador sería poseedor al aprehender efectivamente la cosa, pero no podría unir a la posesión que hubiera adquirido por sí mismo, la de su vendedor.²⁰

La postura que adopto se separa netamente de la asumida por YGLESIAS en cuanto a las formalidades que se deben cumplir para que se verifique la cesión. Según este autor, no es necesaria una escritura pública de cesión a los efectos de la prescripción extraordinaria, ya que de acuerdo al art. 1211, ésta se obtiene “sin necesidad de presentar título” y no cabe distinguir entre el título original y las sucesivas transmisiones: solo debe probarse la transmisión y en qué concepto se hizo.²¹

No dudo acerca de que quien adquiere originariamente la posesión no tiene que presentar título alguno si cumple por sí los plazos estatuidos legalmente para la usucapión: solo tendrá la carga de probar en qué momento se verificó la aprehensión efectiva de la cosa, conforme con lo estatuye el inc. 1° del art. 647.

En cambio, cuando la adquisición posesoria reposa en un modo derivado, como lo es la tradición, es menester la concurrencia de ciertas solemnidades, no en el modo que excepcionalmente es solemne (art. 767), sino en el título, siempre que se pretenda que opere la sucesión jurídica del *status* posesorio en que se encontraba el cedente. Por cierto, como se anunció, para que se verifique la cesión de derechos posesorios inmobiliaria se requiere que el título hábil para ello (compraventa, donación, permuta, etc.) se instrumentalice en una escritura pública, como exige, entre otros preceptos, el ord. 1° del art. 1664. De ahí que mal pueden cederse esos derechos en forma no solemne o aun verbal como admite la postura que confronto. Todavía más, en el caso, la exigencia instrumental no se trata de un simple requerimiento probatorio, sino que es un requisito de validez del negocio jurídico transmisivo.²²

La razón de lo expuesto es cristalina: ya desde el Derecho romano por el brocardo de PAULO: *nunquam nuda traditio transferret dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*; esto es, la sola tradición no transfiere el dominio, sino que debe seguir una venta u otra justa causa en virtud de la cual se hace aquélla, se requiere que la tradición se encuentre precedida por un título hábil que precise en qué sentido, con qué finalidad se realiza la entrega de la cosa. De esa forma

20 A.D.C.U., T. XVIII, f. 777, pág. 134. Cfr. en el mismo sentido: Sent. de la S.C.J. N° 276/2012, de 3 de febrero de 2012 (CHEDIAK -red.-, GUTIÉRREZ, VAN ROMPAEY, RUIBAL, LARRIEUX), pub. en Rev. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, T. I, 2013, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 206, págs. 408-409.

21 YGLESIAS, *op. cit.*, págs. 259, 260 y otras. A pesar de ello, el autor expresa variadas razones por las que no se le puede aconsejar a nadie hacer una cesión de derechos posesorios de un inmueble en documento privado.

22 La necesidad de engarzar mediante instrumentos públicos la posesión del cedente de derechos posesorios y la del cesionario que vengo de señalar ha sido recogida, entre otras, por una sent. del Trib. de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, de 16 de marzo de 2005, pub. en A.D.C.U., T. XXXVI, f. 545, págs. 256-257. Y en igual sentido, *vid.* A.D.C.U., T. XXXV, fs. 586, pág. 274 y 609, pág. 287.

desaparece la equivocidad o neutralidad que caracteriza a la figura, en virtud de que el título que opera como *iusta causa traditionis* le confiere definición a la entrega. Ahora bien, como ya se refirió, las vicisitudes o irregularidades del negocio causal repercuten en el dispositivo. Cuando se enajenan inmuebles, que es lo que acontece con la cesión de derechos posesorios, el legislador uruguayo, dada la trascendencia económica de estos bienes, impone determinadas formalidades para la manifestación de voluntad de quienes celebran el negocio jurídico obligacional (*v. gr.* arts. 1619 y 1664, ord. 1°). La ausencia de solemnidad acarrea la nulidad absoluta del negocio obligacional causativo de la cesión de derechos posesorios (art. 1560) y si a pesar de ello se entrega la posesión de la cosa, el adquirente la aprehenderá a título originario y no derivado, no siendo posible por consiguiente que sume su posesión a la del anterior poseedor para lograr el dominio por usucapión prolongada.

En concreto, cuando existe una transmisión regular de la posesión (título hábil instrumentado en escritura pública más tradición o mediante sucesión *mortis causa*, sea a título universal o singular), es dable que el adquirente sume a su posesión la de su transmitente a fin de alcanzar el período requerido para usucapir. Por el contrario, cuando no hay transmisión regular de la posesión (por ej. una transmisión de la posesión absolutamente nula, en virtud de haberse incumplido las solemnidades requeridas para la enajenación de inmuebles) o se trató de un despojo de la posesión que venía desarrollando otro sujeto, no es admisible suma de posesiones.

No comparto por otra parte la conclusión de YGLESÍAS en cuanto a que exista una tendencia de la jurisprudencia de considerar que se trata de un problema de prueba y no de solemnidad. Por cierto, es unánime la posición de los tribunales acerca de que “la acumulación de posesiones para obtener la usucapión requiere la prueba de un título hábil para verificar la transmisión de la posesión”.²³ Pero precisamente cuando llega el momento de establecer como se prueba ese título hábil que verifica la transmisión se sentencia que “la ley admite la unión o acesión de posesiones siempre que exista un vínculo jurídico entre las mismas y si la posesión tiene por objeto una cosa raíz es un derecho inmueble (arts. 472-474 del C.C.) y queda sometida a las reglas que rigen los bienes raíces, incluida la solemnidad de la compraventa de los mismos que deberá ser escritura pública e inscribirse en el Registro ... (Cfme. L.J.U. c. 9958)”.²⁴

En diversas decisiones judiciales el colofón indicado no resulta con tanta transparencia, pero no conceptúo que pueda llegar a admitirse que basta con probar el trasiego posesorio a través del acoplamiento a la tradición de un título hábil sin ninguna solemnidad. Así, se falló que “para que una posesión pueda unirse a otra anterior es necesario no solo la continuidad de hecho sino la continuidad jurídica acreditada con escrituras de cesión, trámites sucesorios, etc.”²⁵ En verdad, no creo que el ‘*etc.*’ que refiere el fallo pueda entenderse como que se está exigiendo cualquier medio de prueba que simplemente demuestre la cesión, sino más bien a otros documentos públicos (es decir, de la misma

23 Únicamente a guisa de ejemplo, *vid.* A.D.C.U., T. XIX, f. 572, pág. 324.

24 A.D.C.U., T. XX, f. 523, pág. 144; T. XVIII, f. 777, pág. 134; T. XXIII, f. 840, pág. 288.

25 A.D.C.U., T. XX, f. 760, pág. 268.

especie que los mencionados) que puedan acreditar quién posee actualmente y cómo se hizo de su posesión, por ejemplo, una escritura pública de transacción o de partición.

La transmisión y constitución de los derechos reales de goce se verifica cuando se yuxtaponen el título hábil y el modo tradición, sin perjuicio de lo cual la institución de la publicidad registral puede, respecto a cierta clase de bienes -los registrables-, asumir una magna incidencia. Por cierto, si bien el ordenamiento uruguayo siguiendo al romano exige para la transmisión-constitución de aquellos derechos únicamente la conclusión de los negocios jurídicos aludidos, para algunos bienes que tienen la aptitud de ser registrables, como los inmuebles y los vehículos automotores, se requiere también la inscripción en determinado Registro de la operación con la finalidad de hacerla oponible a terceros.

El art. 17 N° 7 de la ley de Registros Públicos N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997 -hoy derogado- preveía la inscripción en el Registro de la Propiedad -sección Inmobiliaria- de los instrumentos públicos de cesiones de derechos posesorios sobre bienes raíces. Se trataba de una publicidad declarativa cuyo efecto, según resulta del art. 54, consistía en hacer oponible a terceros lo inscripto a partir de la fecha de la inscripción (o desde la reserva de prioridad en su caso).

Resulta, pues, que la adquisición originaria de la posesión no era inscribible, pero sí la derivada o transmitida. La primera se acredita habitualmente por testigos (cuyas declaraciones pueden protocolizarse de forma notarial), pero nada impide que se constate judicialmente en virtud de lo preceptuado por el art. 11.3 del C.G.P. La segunda, si se realizaba en escritura pública, admitía el ingreso a los Registros Públicos, lo cual no ocurre si se efectúa verbalmente o en documento privado, casos en los cuales como se indicó no existe, en puridad, cesión de la posesión, sino simplemente adquisición originaria de ella.

El art. 228 de la ley N° 19.149, sobre 'Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2012', de 24 de octubre de 2013, derogó el numeral 7) del artículo 17 de la Ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997, con lo que ya no resultan inscribibles en la sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad las escrituras de cesiones de derecho posesorios.

Ahora bien, para determinar qué trascendencia tenía en los hechos esa inscripción es menester efectuar algunas distinciones. Por cierto, no me quedan dudas acerca de que la registración de la cesión desempeñaba importantes funciones -similares en algún caso a las que resultan de la transmisión del dominio-; *v. gr.* determinar la prioridad en caso de pluricesión de los derechos posesorios por parte del cedente o resolver el conflicto entre el adquirente de ellos y un tercero acreedor de aquel que trabe un embargo sobre el inmueble; empero, esa registración no resultaba decisiva en lo atinente a la adquisición del derecho por usucapión, en la medida de que nada impedía que, a pesar de existir la inscripción de una o varias cesiones, el bien fuera poseído por un tercero, que se apoderó de la cosa y que como tal, transcurrido el tiempo requerido, pudiese prescribir, aun cuando su situación no haya ingresado a los Registros Públicos y logrado oponibilidad *erga omnes*.

La razón de ello es cristalina: quien prescribe debe cumplir el tiempo de posesión normado, acompañado de los requisitos que establece el art. 1196, y nada importa para la adquisición que se encuentre registrada una cesión de derechos posesorios, ni una transmisión dominial por parte del *verus dominus*. El ordenamiento jurídico uruguayo exige para usucapir una posesión calificada por los requisitos expresados, sin importar a ese respecto quien figura como titular del dominio o de los derechos posesorios en el ámbito registral. De ahí que, si quien aparece en el Registro como titular de los derechos posesorios los transmite, cuando en realidad carece de ellos por poseer la cosa un sujeto diverso, únicamente confiere al adquirente los derechos que él pueda tener (*v. gr.* la posibilidad de incoar una acción posesoria recuperatoria, si ésta aún no prescribió).

Atento a ello, estimo que la derogación llevada a cabo por la mencionada ley poca trascendencia tiene en cuanto a la adquisición de derechos con base en una cesión de derechos posesorios, dado que lo significativo no era esa registración, sino la prueba en la órbita judicial de la posesión por quien invocaba haber adquirido el dominio por usucapión.

V. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN DE DERECHOS POSESORIOS

Quien adquiere derechos posesorios queda situado en la siguiente posición:

- 1º) el cesionario adquiere la calidad de poseedor de la cosa, por lo cual se beneficia con las ventajas que este *status* le trae aparejadas (art. 649);
- 2º) queda colocado en la misma situación jurídica en que estaba situado el cedente, dotándolo de los mismos derechos y obligaciones que gozaba o sufría éste, siempre que estén dotados inherencia;
- 3º) consecuentemente, el cesionario es equipado de las mismas acciones que podía incoar el cedente. Como se indicó, ello surge legalmente del art. 660 del C.C.U. para los supuestos en que acontece una sucesión *mortis causa*; pero también ocurre para los negocios *inter vivos* en atención a que la tradición debe ser calificada no solo como un negocio de trasiego posesorio, sino también y fundamentalmente como negocio dispositivo de la situación jurídica en que se hallaba el tradente;
- 4º) la cesión de derechos posesorios no altera la situación del *verus dominus*: éste sigue equipado de las mismas acciones para recuperar la posesión de la cosa, antes o después de verificada la cesión;
- 5º) el cesionario adquiere no solo la posesión de la cosa sino también los derechos de que disponía el cedente, como acaece con el tiempo de posesión que había detentado en la cosa. Por ende, la cesión de derechos posesorios habilita a sumar a la posesión del cesionario la de los anteriores poseedores, siempre que entre las diversas posesiones exista un vínculo jurídico (título más modo tradición o sucesión) que las una y todos hayan poseído cumpliendo con los requisitos del art. 1196;

- 6º) el adquirente de derechos posesorios puede usucapir únicamente en tiempo prolongado, desde que conoce la falta de titularidad de la cosa por parte del cedente;
- 7º) producida la cesión, los derechos posesorios ingresan al patrimonio del cesionario y consecuentemente integran a partir de ese momento la garantía común de sus acreedores;
- 8º) cuando el título hábil que interviene como *iusta causa traditionis* es una donación, el donante no es responsable por evicción, salvo que se hubiere estipulado (art. 1629). Y lo mismo acontece en caso de venta de los derechos posesorios, por aplicación del art. 1701, en razón de que el comprador, al ser consiente de la ausencia de poder dispositivo por parte del vendedor, “conocía el peligro de la evicción antes del contrato”;
- 9º) aun cuando existan documentos públicos, de los cuales surjan cesiones de derechos posesorios de inmuebles que sobrepasen los treinta años, ellos únicamente se limitan a justificar que quien argüía ostentarlos los traspasó a otro sujeto que proseguiría la posesión de aquél. Pero esa sola circunstancia no es bastante -por sí sola- para verificar con absoluta certeza la adquisición, en virtud de que de esa documentación no resulta de manera incontrovertible que los sucesivos cedentes eran poseedores, ni que la posesión de cada uno de ellos estuvo engalanada de los requisitos que peticiona el art. 1196;
- 10º) la adquisición por usucapión cuando es derivación de una o más cesiones de derechos posesorios provoca el fenómeno de la convergencia de los modos originarios y derivados, en razón de que, si bien la posesión se adquirió por uno de éstos últimos, como la tradición o la sucesión hereditaria, la propiedad se obtiene por intermedio de un modo originario, como lo es la usucapión. Y esta diferencia conlleva a que sea menester distinguir qué acontece con los derechos dotados de inherencia que terceros puedan reclamar respecto a lo usucapido;
- 11º) el usucapiente, debido al carácter retroactivo de la usucapión producida, es reputado dueño desde que el poseedor original del cual derivó sus derechos realizó el primer acto posesorio. Consecuentemente, cuando se verifica la usucapión no se verá afectado por los gravámenes constituidos por quien era el *dominus* de la cosa hasta que acaeció su adquisición, dado que los actos celebrados por este último son neutralizados por la antedicha retroactividad. En cambio, como su posesión la hubo por un modo derivado, va a sufrir los gravámenes constituidos por parte de aquellos de los cuales deriva su derecho posesorio y que fueron constituidos durante el tiempo en que poseyeron la cosa.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La usucapión verificada a raíz de una cesión de derecho posesorios produce el entronque de los modos originarios y derivados, dado que, si bien la posesión se adquiere a través de un modo derivado, como la tradición o la sucesión *mortis causa*, la propiedad, en cambio, se consigue por un modo originario, como lo es la usucapión.

Segunda. La transmisión regular de la posesión (título hábil instrumentado en escritura pública más tradición o mediante sucesión *mortis causa*, sea a título universal o singular) permite que el adquirente sume a su posesión la de su transmitente a fin de alcanzar el período requerido para usucapir. La falta de regularidad en la transmisión de la posesión (por ej. una transmisión absolutamente nula, en virtud de haberse incumplido las solemnidades requeridas para la enajenación de inmuebles) o se trató de un despojo de la posesión que venía desarrollando otro sujeto, no es admisible suma de posesiones. En estas últimas hipótesis, quien posee solo podrá usucapir poseyendo por sí todo el período requerido por la ley.

Tercera. El adquirente de derechos posesorios sólo puede usucapir en tiempo prolongado, desde que conoce la falta de titularidad de la cosa por parte del cedente. No obstante, nada impide que pueda sumar los diversos períodos de posesión de los poseedores anteriores, siempre que hayan existido sucesivas transmisiones, sea por tradición o sucesión, de dicho derecho.

Cuarta. El título en la cesión de derechos posesorios es solemne. La jurisprudencia es recurrente en cuanto a que para que se verifique la cesión de derechos posesorios inmobiliaria se requiere que el título hábil para ello (compraventa, donación, permuta, etc.) instrumentalizada en una escritura pública (requisito *ad solemnitatem*), como exige, entre otros preceptos, el ord. 1° del art. 1664. De ahí que mal pueden cederse esos derechos en forma no solemne o aun verbal.

Quinta. Así las cosas, el autor de este comentario no tiene el honor de compartir los fundamentos brindados en la sent. de segunda instancia transcrita al principio, puesto que no se considera correcto que “no será necesaria escritura pública para la cesión de los derechos posesorios a los efectos de la prescripción extraordinaria (art. 1211), cuando quien tiene la posesión la transmite; pues esta se obtiene “sin necesidad de presentar título” y tampoco aquí cabe distinguir entre el título original y los de las sucesivas transmisiones, sólo deberá probarse la transmisión y en qué concepto se lo hizo (título hábil)”.



INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y postgrados

NOTICIAS DE GRADO

Decano de FDER en CLA

Nicolás Etcheverry participó como expositor y moderador en la XI Conferencia Latina de Arbitraje que se celebró en Asunción.



Entre los días 29 y 31 de mayo el decano de la Facultad de Derecho (UM) Nicolás Etcheverry participó como expositor y moderador en la XI Conferencia Latina de Arbitraje que se celebró en Asunción.

Asistieron unas 600 personas de diversas nacionalidades a lo largo de las tres jornadas. Las palabras de bienvenida las dieron los directores del CLA Diego Fernández Arroyo de Argentina y José Moreno Rodríguez de Paraguay.

Los informes y exposiciones en torno al Arbitraje en la Industria de la Construcción -el Árbitro de Emergencia-, las reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional -la presentación del CIADI-, el pasado, presente y futuro del Arbitraje Internacional (Gary Born) -¿Qué deben hacer los árbitros frente a la corrupción en los negocios? (Yves Derains y Eduardo Silva Romero)-, Virtudes y defectos de los llamados “árbitros de parte”-, Arbitraje y Derecho Internacional Privado -cómo está impactando la tecnología en el arbitraje-, Una visión ética y actual del arbitraje (Catherine Rogers) - ¿Es caro el arbitraje? - ¿Es inevitablemente largo el arbitraje de inversiones? - ¿Hay que ampliar o restringir las causales de nulidad de laudos en el arbitraje comercial? - ¿Es posible anular un laudo del CIADI?- fueron algunos de temas expuestos durante esas jornadas.

Durante el cierre el decano Etcheverry realizó primero la presentación del CLA 2020 que tendrá lugar en Montevideo, Uruguay a fines de mayo, y luego tuvo el rol de moderador de la conferencia final presentada por Julio César Rivera en torno a “La visión sustancialista y la visión procesal del Arbitraje”.

Las jornadas finalizaron con una cena de despedida ofrecida por el Dr. José Moreno Rodríguez en su casa a la que asistieron unas 130 personas.

Participaron en esta oportunidad conferencistas de alto nivel tales como Gary Born (EEUU), Yves Derains (Francia), Julio César Rivera (Argentina), Catherine Rogers (Reino Unido), Ana Serra (Portugal), Pablo Laorden (España), Fernando Marcondes (Brasil), Diana Paraguacuto Maheo (Francia), Fernando Aguirre (Bolivia), Paul Arrighi (Uruguay), Adriana Braghetta (Brasil), Alfredo Bullard (Perú), Roque Caivano (Argentina), Gonzalo Flores (Chile), Cecilia Fresnedo (Uruguay), Claudia Frutos Peterson (EEUU), Osvaldo Guglielmino (Argentina), Caroline Kleiner (Francia), José Alfredo Martínez de Hoz (Argentina), Elina Mereminskaya (Chile), Sophie Nappert (Reino Unido), Carmen Núñez-Lagos (España), Alejandro Pintos (Uruguay), Luis Ernesto Rodríguez Carrera (Venezuela), Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay), Verónica Sandler (Argentina) y Eduardo Silva Romero (Colombia-Francia).



Se adjuntan las palabras de cierre de Nicolás Etcheverry:

“Se habla mucho hoy de economías sustentables. Las economías sustentables no deben prescindir y además deberían priorizar hoy en día educaciones sustentables.

Sustentabilidad económica e integrabilidad educativa nunca deberían separarse.

Una educación integral reclama y supone incluir lo intelectual, la capacitación técnico-profesional (skills), la estética (que apunta no solo a la belleza y fortaleza de los argumentos tanto en forma oral como escrita, sino también para saber vincular y armonizar coherente y lógicamente la bolsa de los hechos, la de los daños y la del monto de los reclamos) y más que nada, la formación ética, para que haya un mayor y mejor conocimiento de qué prácticas son correctas, honestas y deseables y cuáles no. Sin por ello, dejar de reconocer que debería ser la familia la primera educadora en valores éticos. No olvidemos - por otra parte - que lo ético implica vincular valores (v.g libertad responsable, seguridad, paz social) con virtudes humanas (v.g prudencia, laboriosidad, lealtad profesional) y actitudes (tales como la coherencia, imparcialidad, y la diligente servicialidad) que son dinámicos, cambiantes, pero también con alto grado de universalidad.

En Uruguay y la UM vamos a seguir promoviendo la CULTURA del Arbitraje Internacional para, primero, continuar sacudiendo y limando la hostilidad judicial hacia el arbitraje (que en nuestro país, igual que aquí en Paraguay, con la visita y palabras del Presidente de la SCJ hoy de mañana, ha quedado mostrado, ya ha disminuido mucho). En segundo lugar, para seguir entendiendo el arbitraje como la mejor forma de proteger el derecho fundamental de los ciudadanos de contratar libremente y para resolver sus problemas y diferencias de la manera que mejor lo consideren. Esto es, con el mayor grado posible de eficiencia, expedición y con el menor costo y tiempo posible. No olvidemos la importancia del sentido común (sensatez) a la hora de procurar resolver los problemas y controversias humanas.

Esta es una de las razones que señalaba el Prof. Gary Born por la que los regímenes totalitarios, antidemocráticos o populistas desprecian o ignoran al arbitraje.

Y, por eso mismo, seguiremos apuntando a promover la cultura del arbitraje internacional: para seguir reforzando la democracia, no solamente entendida como posibilidad de votar diferentes gobernantes cada tanto tiempo, sino entendida y protegida por el estado de derecho, la real separación de poderes y de los órganos de contralor, así como la tarea de la prensa libre e independiente que pueda informar a los ciudadanos sin restricciones de tipo alguno.

Se ha dicho que la tarea de los árbitros no es “hacer” justicia, y estoy en parte de acuerdo. Pero también es cierto que muchas veces los jueces tampoco “hacen” justicia... Un objetivo menos ambicioso -pero no por ello cada vez más necesario- es que tanto árbitros y jueces contribuyan para lograr superar diferendos y aportar soluciones que -sin ser absolutamente justas y satisfactorias para todos- tiendan a construir puentes de entendimiento, de comprensión y de respeto entre todos los seres humanos sin distinción de clase alguna. Con el fin de ir conformando una comunidad - si no del todo justa - al menos un poco más segura y más fraterna. Es y debe seguir siendo un granito de arena importante para cooperar con el bien común.

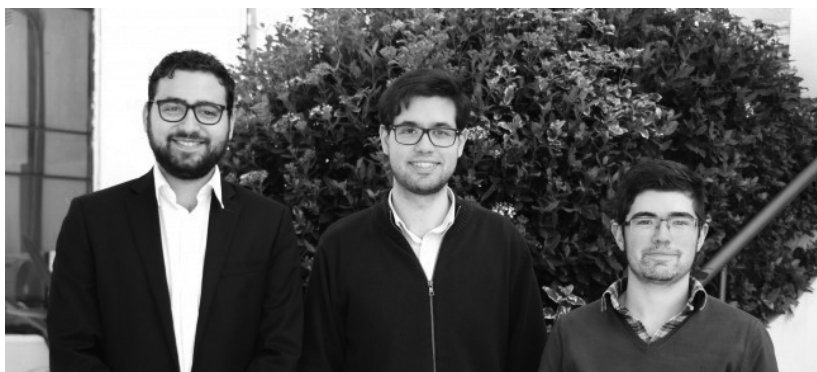
En Uruguay, y con la experiencia adquirida en estos días, no les vamos a prometer el sol y el buen tiempo. Pero si nos comprometemos a continuar el rumbo trazado en estas Conferencias hace ya once años. La mejor carta de presentación para el XII Congreso, será la de nuestros jóvenes ex alumnos, alumnos actuales y coaches que se han desempeñado con altura y brillantez en múltiples competencias universitarias de arbitraje internacional (tanto comerciales como de inversión) por el mundo entero. Como muchos de ustedes saben esto, no es necesario que insista en este aspecto. Gracias Osvaldo Guglielmino por pensar en esos jóvenes.

Solo me resta agradecer sinceramente a los organizadores (José y Diego en particular) por el honor de habernos designado para llevar adelante la XII edición de esta Conferencia. Ojalá que podamos estar a la altura de ésta que está por concluir.

Muchas gracias.”

Un emprendimiento interdisciplinar

Estudiantes de FCEE, FIUM y FDER trabajan juntos en un proyecto que busca optimizar procesos jurídicos. Reciben apoyo de Initium y financiamiento de ANII.



De izquierda a derecha: Javier Galperín (FDER), Macos Macedo (FIUM) y Mathías Loira (FCEE).

En medio de un trámite legal que hizo Mathías Loira el año pasado, descubrió que su abogado “dedicaba mucho tiempo a tareas burocráticas que no agregaban ningún valor” a las gestiones ni a él como cliente. El estudiante de Dirección y Administración de Empresas se preguntó entonces si habría alguna manera de mejorar estos procesos a través de la tecnología. Con esta idea en la cabeza, se presentó a Initium, el centro de liderazgo, emprendimientos e innovación de la UM. Al escuchar su planteo, lo vincularon con un alumno de Ingeniería en Informática: Marcos Macedo. Luego, a través de un contacto en común, conocieron a Javier Galperín, que cursa Derecho. Así surgió un equipo interdisciplinar que en este momento recibe apoyo de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

Los estudiantes explicaron que su proyecto consiste en una plataforma que integra distintos servicios que ofrecen a estudios jurídicos, abogados y jueces la posibilidad “de trabajar de manera más eficiente, práctica y sencilla, ahorrando costos y tiempo”. Estos servicios implican la automatización de procesos mediante la aplicación de tecnologías innovadoras, como la inteligencia artificial. Relataron que, gracias al apoyo de Initium, se presentaron a un instrumento de la ANII llamado “Validación de Idea de Negocio” y actualmente reciben apoyo económico para realizar un estudio de mercado.

Al comenzar este camino, se presentaron a abogados y estudios jurídicos con el fin de conocerlos y entrevistarlos para detectar sus necesidades. Cuando definieron la solución que querían proponerles, Initium les ayudó en varias cosas, entre otras, a refinar el modelo de negocios. Resaltaron que el papel del centro de emprendimientos de la UM fue clave para aplicar a ANII. El actual desarrollo en esta institución llevará seis meses. Más adelante podrían apuntar a mayor financiamiento de ANII o de la Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE), como es el caso de Capital Semilla.

Mathías y Marcos contaron que cursaron la asignatura “Iniciativa Emprendedora”. “Para mí fue un antes y un después”, aseguró el primero. Relataron que, a través de esta materia, conocieron el ecosistema emprendedor uruguayo, historias de emprendedores y emprendimientos, herramientas disponibles en Uruguay para la innovación y a las instituciones del país que apoyan proyectos nuevos. Por otro lado, Javier contó que cursó “Ingeniería Informática”, lo que le permitió “considerar la aplicación de la tecnología en el Derecho y las ventajas y utilidades que puede brindar en el ejercicio de la profesión”, algo indispensable para embarcarse en esta aventura.

Con respecto a esta suma de áreas de conocimiento, aseguraron: “Consideramos que somos un equipo unido y muy complementario y estamos preparados para hacer frente al desafío que implica lanzar un emprendimiento propio”. Indicaron que los estudios de Mathías ayudan a dar “una visión integral de todos los aspectos relacionados a un negocio”. Sumado a esto, Marcos “aporta el enfoque técnico y permite descubrir nuevas soluciones enfocadas a las TICs”. Finalmente, Javier contribuye con sus estudios jurídicos. Y concluyeron: “Entendemos que nuestros conocimientos se complementan en favor del crecimiento de la startup, a la vez que el proyecto nos enfrenta a aprender habilidades de otras ramas”.

Visita de Fundación Konrad Adenauer

La Facultad de Derecho de la UM recibió a representantes de la fundación.

El viernes 14 de junio visitaron la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo Marie Christine Fuchs y Daniel Pinilla, ambos abogados, integrantes de la Fundación Konrad Adenauer.



Fuchs y Pinilla, quienes trabajan en el área jurídica de la Fundación que tiene sede en Bogotá, visitaron Uruguay con el objetivo de establecer vínculos entre la Fundación y distintas universidades, organizaciones políticas y de la sociedad civil.

En la reunión con el decano Dr. Nicolás Etcheverry demostraron un especial interés en temas de derechos humanos y derecho constitucional. Evalúan la posibilidad de

apoyar actividades en las que se traten estas temáticas (en concreto derecho a la libertad religiosa, libertad de expresión y derechos de las minorías) y proyectos de investigación. Se manejó firmemente la posibilidad de organizar un congreso en conjunto con la UM durante el 2020.

Los representantes de la Fundación obsequiaron al decano su reciente publicación "Convención Americana de Derechos Humanos Comentada", en el que participaron varios autores.

Derecho del fútbol: nueva materia optativa para alumnos de Abogacía

Los estudiantes obtendrán un panorama general de todos los aspectos jurídicos que tienen relación con el deporte más popular y representativo de Uruguay.



A partir del segundo semestre los alumnos de 5to año de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UM podrán optar por cursar la materia Derecho del fútbol a cargo de los docentes Dr. Adrián Leiza, Dr. Eduardo Bebekian y Dr. Fernando Sosa, con amplia experiencia en el área.

El Derecho del fútbol es una especialidad del Derecho deportivo. "Dada la importancia y alta profesionalización que experimenta esta disciplina, consideramos importante analizar todo el marco normativo que el fútbol regula, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional", indicó Leiza. En noviembre de 2018 se realizó el primer Seminario en Derecho del fútbol en la UM con resultados exitosos. Según el docente, éste fue el primer paso antes de la creación de la nueva materia.

Los estudiantes obtendrán un panorama general de todos los aspectos jurídicos que tienen relación con el deporte más popular y representativo de Uruguay. Se analizarán los sujetos que regulan la actividad (FIFA, CONMEBOL, AUF), los clubes de fútbol, los intermediarios o agentes, las relaciones contractuales que se traban entre los clubes y los jugadores, las transferencias nacionales e internacionales, los órganos ante los cuales deben dirimir las contiendas que se plantean entre las partes y el régimen disciplinario, entre otros temas. Al finalizar la carrera, contarán con herramientas para asesorar a todos los sujetos que involucran al deporte: clubes, jugadores e intermediarios.

Cimarrona y futura abogada

Constance Schmidt-Liermann cursa tercer año de Derecho en la UM y es arquera de la selección uruguaya de hockey. Compitió junto a las celestes en el Hockey Series Final en Hiroshima y ahora se prepara para viajar a los Juegos Panamericanos en Lima.



6:00 a. m. Las Cimarronas comienzan su entrenamiento en el campo deportivo Los Ceibos. Luego, algunas entran a clases y otras a trabajar. Constance Schmidt-Liermann sale un poco antes de terminar la práctica para llegar en hora a clases en la Facultad de Derecho (FDER) de la UM. La arquera de la selección uruguaya de hockey cursa 3º de Abogacía y hace unos días volvió de Hiroshima, donde el equipo celeste compitió en el Hockey Series Final. Es viernes y acaba de salir de un examen. En período de mucho estudio y con la mirada puesta en los Juegos Panamericanos de Lima, contó en una entrevista sobre su trayectoria como jugadora de hockey y universitaria.

Cuando era niña vivió en Tacuarembó. “Mi padre siempre fue deportista. Desde chicos nos inculcó el deporte y nos llevaba con mis hermanos a jugar”, recuerda. Luego, regresaron a Montevideo y comenzó a estudiar en el St. Patrick’s College, en donde tenía clases de hockey. A los 16 años, jugaba como lateral en el equipo de su colegio. Sin embargo, sus entrenadores descubrieron su talento en otro rol. “Connie, si te metés como golera, vas a jugar en la selección”, le dijeron.

La estudiante de FDER contó que en ese momento no se le pasaba por la cabeza ser golera o jugar en la selección uruguaya de hockey. Durante todo un año, sus entrenadores le repitieron lo mismo, pero siguió diciendo que no. «Me dejaron de insistir y dije: “Bueno, tengo ganas de ser golera”. Probé y, después de eso, nunca más me sacaron del arco», contó sonriendo. Ese mismo año, en 2014, viajó para competir con las formativas para la selección sub 16 y, al año siguiente, con la selección sub 18. En ese momento la llamaron para comenzar a entrenar con la selección mayor.

En 2017, se integró como arquera suplente a las Cimarronas y viajó con el equipo a Vancouver, Canadá, y luego a Lancaster, EEUU. En la segunda ciudad atajó medio tiempo durante el partido contra Brasil. Al año siguiente, viajó por primera vez de titular a los Juegos Sudamericanos de Cochabamba, Bolivia, y luego a Chile, donde clasificaron

para la competencia de Japón en la que participaron a comienzos de este año. Explicó que, en las competencias internacionales, la selección uruguaya tiene el desafío de jugar contra equipos profesionales que reciben apoyo económico y cuentan con canchas de agua, dos factores con los que las celestes no cuentan y que influyen.

La última competencia internacional fue en Hiroshima este año. El desempeño de las Cimarronas fue impresionante. La alumna de FDER destacó la gran unidad del equipo: “El grupo humano es todo. Estuvimos un mes y no hubo una sola discusión. Todo era alegría. Salías después de un partido en el que te fue mal, llorando, algunas veces tenés bajones en el medio de todo el torneo y siempre hay alguien apoyándote, dándote una mano en todo lo que necesites, tirándote para arriba. Y eso es espectacular”.

Mientras jugaban en Japón, su familia se levantaba a las 4:00 de la mañana para verla. “Siempre me apoyan, siempre me tiran para adelante. Están súper orgullosos. También es difícil no estar casi nunca en casa”, contó. Al igual que en cualquier deporte, aseguró que el hockey le dio valores que la ayudan a seguir adelante a pesar de la exigencia de cada jornada: “El compromiso, la confianza, el no darte por vencida y, sobre todo, el trabajo en equipo”.

Después de las prácticas de la mañana, las Cimarronas regresan cada día a las 20:30 para seguir con el entrenamiento hasta la noche. La golera de la selección celeste contó que además juega con su equipo, St. Patrick's, con el que entrena los jueves y tiene partidos los fines de semana. El año pasado trabajaba como profesora de hockey en un colegio. Este año tuvo que dejarlo porque la carrera le exigía más, pero sigue como entrenadora de arqueras en su equipo. Sobre el rol de golera, dijo: “Tenés que ser muy fuerte de cabeza, porque es a vos a quien te meten los goles. Sos vos la que vas a ir a buscar la bocha adentro del arco para empezar de nuevo”.

A la pregunta sobre hacia dónde perfilar su carrera, contestó en seguida, sin dudar: “Derecho ambiental”. Sobre esa decisión, menciona los años en los que vivió en el campo en Tacuarembó, el hecho de que su padre sea Ingeniero Agrónomo, que siempre le gustó cuidar del medio ambiente y que es un tema esencial en todo el mundo. Combinar la vida de universitaria con la de jugadora profesional no es fácil. De cualquier forma, asegura que vale la pena. “Me gusta la carrea e intento disfrutarla. A veces te vienen bajones, pero si te gusta, y si te apasiona el deporte —porque nosotras lo hacemos por amor— se puede. A tu ritmo, pero se puede”.



Crédito imágenes: web de la FIH Series Finals.

Estudiante de la UM participó en el South American Business Forum.

Josefina Gómez, alumna de FDER, representó a la Universidad en el encuentro internacional que reunió a 100 universitarios de diferentes partes del mundo.



El South American Business Forum (SABF) es una conferencia internacional que se lleva a cabo anualmente en el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA), Argentina, que reúne a 100 estudiantes universitarios, jóvenes entre 18 y 24 años, de todo el mundo junto con 40 líderes de los ámbitos político, económico y académico. El objetivo del foro es contribuir al desarrollo sostenible de la región a través del diálogo y la interacción entre los líderes actuales y futuros.

Este año, los encuentros se llevaron a cabo en el auditorio de la ciudad de Buenos Aires, el 25 y 27 de julio, y en una de las sedes del ITBA dentro del distrito tecnológico de Buenos Aires, el 26 de julio. Josefina Gómez, alumna de FDER, participó representando a la Universidad de Montevideo (UM), a través del programa “Agentes de Cambio” de la UM.

Gómez contó que el primer día se llevaron a cabo plenarios y sesiones de debate sobre los temas de la conferencia (tribalismo, gobernanza efectiva y economía de la atención) con referentes como Nicholas Negroponte (co-fundador del MIT Media Lab), Axel Kaiser (abogado, doctor en filosofía y autor chileno) y Daniel Leslie (fundador y socio administrativo de “Reflexions”, un laboratorio de innovación digital con sede en la ciudad de NY) entre otros.

“Para el segundo día los organizadores prepararon talleres y workshops más cercanos a nuestros intereses individuales. La primera actividad del día fue una charla llevada a cabo por aplicantes, quienes fueron seleccionados para presentar su ensayo a los demás para así comenzar una sesión de debate. Esta instancia se denominó “Ponencias estudiantiles”, comentó la alumna.

Luego se desarrollaron clases interactivas sobre “Justicia abierta”, un programa que lleva a cabo el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La alumna de FDER cuenta que este proyecto consiste en publicar, luego de un proceso de testeo, sentencias y resoluciones del juzgado en la red social “Twitter” para que así los ciudadanos tengan un mejor acceso a la justicia. “La tercera actividad del día consistió en un juego en el que daba lugar a debates acerca de temas actuales, en mi caso, fue acerca del medio ambiente, pero otros grupos hablaron sobre el feminismo, la inmigración y la teoría de la cancelación”, explicó Gómez. Por último, se desarrollaron las sesiones de mentoreo en la que los participantes tuvieron la oportunidad de hablar personalmente con algunos de los oradores del primer día: “En mi caso, tuve la sesión de mentoreo con el abogado, filósofo y autor chileno Axel Kaiser, quien nos contó sobre su carrera y estudios además de aconsejarnos sobre la vida universitaria y nuestras futuras carreras profesionales”.

Por último, el día 27 de julio se realizaron actividades lúdicas que fomentaban la integración de los seleccionados y, finalmente, se realizó una plenaria de cierre que daba la instancia para que los participantes hablaran sobre su experiencia en la conferencia.

“Este tipo de instancias, como el SABF, me hacen reflexionar sobre mi posición en el mundo y qué estoy haciendo para generar el cambio que verdaderamente deseamos. Son actividades que incentivan a la interacción al diálogo y al intercambio de ideas que pueden ser totalmente contrapuestas, pero siempre entendiendo que es una instancia de aprendizaje, tratado de comprender a las distintas culturas y sociedades. Algo que me gustaría resaltar de esta instancia es la cantidad de jóvenes con grandes ideas y proyectos, mucha iniciativa y con ánimo de liderar y de hacer un cambio”, reflexionó Josefina.



Combinar el estudio y el deporte es posible”.

El alumno de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UM ganó medalla de bronce en los World Roller Games 2019 de Barcelona.



Facundo Dufrechou es alumno de 4to año de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UM. En julio ganó una medalla de bronce en los World Roller Games 2019, en el Campeonato Challenger masculino de Hockey Patines que se llevó a cabo en Terrasa, Barcelona. En la siguiente entrevista habla sobre su pasión por el Derecho y por el deporte que practica hace 17 años.

¿Cuáles son tus objetivos a futuro respecto al Derecho?

Como tengo una inclinación hacia la rama penal del derecho, que despertó mi interés a muy temprana edad, además de ejercer la profesión, me gustaría ser docente de esta materia. Apunto a una formación profesional integral, soy apasionado por la búsqueda de soluciones a los conflictos. Mi mayor objetivo es ayudar y seguir creciendo como persona.

¿Hace cuánto practicás hockey sobre patines?

Practico hockey desde los cuatro años de edad, ahora tengo 21. Comencé a entrenar en el Platense Patín Club, pasé por todas las categorías inferiores hasta que cumplí 14 años y me ascendieron a primera, donde jugué hasta los 18 años. Si bien la competencia en Uruguay es mínima, porque existen solo cinco clubes, durante mi adolescencia tuve la suerte de ir a jugar a Buenos Aires, donde la competencia es mejor y cuenta con una gran cantidad de equipos.

A los 18 años decidí, con la ayuda de mi madre, crear un nuevo club para formar jugadores y poder competir en todas las categorías. Finalmente, mi sueño se hizo realidad en Huracán Buceo, donde formamos varias categorías y armamos un equipo de primera que ese mismo año salió campeón uruguayo.

Hasta el día de hoy soy jugador del Club Huracán, al cual agradezco por abrirme las puertas y darme la posibilidad de seguir creciendo. Si bien dejé de officiar como profesor, sigo jugando por el club en la actualidad.

¿Cómo surgió tu pasión por este deporte?

La pasión por el hockey surgió en mi niñez. Mi madre fue profesora y patinadora de artístico por lo que siempre la acompañé a los entrenamientos y competencias. Hasta que un día, empecé a practicar en el Platense Patín Club.

En la adolescencia, mi padre me llevó a jugar a Peñarol, después de dos entrenamientos me ficharon en la séptima división, pero después de un año y medio me di cuenta de que prefería el hockey.

¿Ya habías participado anteriormente en un mundial?

Sí, este fue mi 4to mundial. Tuve la suerte de jugar un mundial A en Angola en el 2013 y un mundial sub 20 ese mismo año en Colombia. Si bien era un niño, aprendí mucho en ambas experiencias. Creo que parte de lo que soy hoy es gracias a las oportunidades que me dio el hockey.

¿Qué significó para vos obtener una medalla de bronce?

Quedamos terceros, ganándole a India. Jugamos partidos muy complicados, pero la confianza que tenía el equipo hizo posible un buen resultado. Quienes conocen este deporte saben que es un suceso histórico, porque no se había obtenido una medalla anteriormente.

Creo que para mí fue uno de los momentos más increíbles de mi vida, porque jugué de titular en todos los partidos y convertí algunos de los goles más importantes del campeonato. La alegría que se siente al obtener buenos resultados después de tanto sacrificio es inmensa. La competencia superó mis expectativas. Lo que sentí al vestir la camiseta uruguaya en un mundial y cantar el himno en un estadio repleto de personas es inexplicable.

¿En qué consiste tu entrenamiento?

Para alcanzar los niveles internacionales y estar a la altura de la competencia entrenaba seis días de la semana: tres días de entrenamiento en pista y otros tres de entrenamiento físico.

¿Cuáles han sido tus mayores desafíos a la hora de combinar estudio con deporte profesional?

Desde niño tuve que aprender a repartir mi tiempo para poder entrenar sin descuidar el estudio. El desafío es encontrar el equilibrio justo. No es fácil, pero con sacrificio combinar el estudio y el deporte es posible, y más cuando es algo que a uno le apasiona. Incluso, muchas veces el deporte es el canal por donde uno se desahoga y se desestresa cuando tiene que estudiar mucho.

¿Cuál fue el apoyo que recibiste de la UM?

Estoy muy agradecido con la Facultad de Derecho porque desde que empecé a cursar la carrera, toda la cátedra fue muy solidaria y respetuosa conmigo. Me brindaron flexibilidad y comprensión para que pudiera estudiar sin dejar el deporte. También gracias a mis compañeros, hoy sigo al día con las materias que curso. Todos me hicieron el camino un poco más fácil.

Además del apoyo de la Universidad, ¿hubo otros factores clave para obtener un buen desempeño?

Sí, la familia y los amigos son uno de los pilares más importantes en estos procesos donde muchas veces el camino se hace difícil. Pero creo que el factor clave está en la dedicación y amor que uno les pone a las cosas. La automotivación, el esfuerzo y enfocar las energías en lo que uno quiere lograr es fundamental.

¿Qué le aconsejarías a un deportista que está pensando en comenzar una carrera universitaria? ¿Es posible hacer ambas cosas?

Hoy en día el estudio es fundamental, es la posibilidad de tener una herramienta intrínseca, como el conocimiento, que nadie te la va a poder quitar. Hay que tener claro que solo con el deporte no alcanza, y en el caso de que alcance, estudiar una carrera te hace crecer, madurar. En conclusión, sí es posible, si existen deseos de progreso y superación. Les aconsejo que se animen y que se esfuercen, porque con el tiempo recogerán los frutos.

La final de Abogado y Escribano por un día.

Veintitrés equipos participaron de la instancia final del certamen para preuniversitarios.



El certamen “Abogado y Escribano por un día” 2019 concluyó el sábado 31 de agosto con la participación de veintitrés equipos, en esta última instancia, organizada por la Facultad de Derecho de la UM (FDER). En total se inscribieron 70 equipos, con más de 200 preuniversitarios de varios departamentos del país: Paysandú, Tacuarembó, Cerro Largo, Montevideo, Maldonado, San José, Soriano y Rocha. El primer puesto fue para alumnos del Colegio Juan Zorrilla de San Martín (Maristas), el segundo para el Instituto PREU, el tercero para el Colegio y Liceo Juan XXIII y el cuarto para el Colegio San Ignacio.

El concurso comenzó en julio, con la presentación de un caso ficticio y en agosto se abrieron las inscripciones para equipos de entre dos y tres integrantes, con un abogado asesor. A su vez, la UM les asignó un rol a cada equipo; actores o demandados en el caso. Luego, cada grupo redactó un escrito judicial de acuerdo al rol que les fue asignado: una demanda o contestación de demanda, y un acta notarial.

Los veintitrés mejores escritos fueron seleccionados para pasar a la siguiente ronda de los alegatos orales. En esa instancia, del sábado 30 de agosto, cada equipo defendió su caso como actor o demandado de forma oral ante un tribunal compuesto por tres miembros.

Los tribunales estuvieron conformados por la Dra. Evangelina Torres, Dr. Federico Fischer, Dr. Esc. Guillermo Rosati, Dr. Esc. Juan Mailhos Gallo, Dr. Sebastian Barreira, Dra. Giorgina Galante, Dra. Raquel Landeira, Dra. Ana María Guzman y el Dr. Nicolás Etcheverry, decano de la FDER. A la hora de evaluar a los participantes, tuvieron en cuenta aspectos como la actitud al exponer (fluidez, dicción, contacto visual, orden, claridad), el manejo de los diversos elementos del caso y de prueba aportados, la administración del tiempo y el poder de persuasión.

La ética profesional en los estudios de abogados.

La socia de Ferrere Abogados, Dra. Sandra González, dio una charla en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo sobre cómo resolver problemas éticos dentro de los estudios.



La abogada Dra. Sandra González brindó una charla a los alumnos de 5to año de las carreras de Abogacía y Notariado de la Facultad de Derecho de la UM el 11 de octubre. La socia de Ferrere Abogados, con vasta experiencia en temas relacionados con la ética profesional en los grandes estudios, fue invitada por el profesor Guillermo Rosati en el marco de la materia Deontología.

González presentó casos que requerían resolución de problemas éticos. Los estudiantes trabajaron a partir de dos notas que se publicaron en el diario El Observador: **“Las idas y vueltas de los abogados de Juan Darthés”** y **“El escándalo que salpica a tres firmas de abogados más importantes de Perú”**.

Rosati destacó que el objetivo de la materia Deontología es que los alumnos vean la importancia que tienen los temas éticos en sus futuras profesiones de Abogados y Escribanos. Ver a las personas y la defensa de sus derechos cuando se enfrentan a un caso. “Hay que ver más allá del factor económico. A veces consideramos un caso de menor importancia al compararlo con otro, pero para ese cliente puede significar todo en su vida. Por lo tanto, hay que aplicar la misma dedicación a todos los casos o no tomarlos”, indicó el profesor.

Además, Rosati puntualizó que en el correr del año analizan casos de los que surgen interrogantes en torno a qué interés debe primar, si el del cliente o el del abogado, el de un cliente o el de la sociedad. “En los cursos también se tocan temas como por ejemplo «Si tengo el cliente A y viene el B, dentro del mismo rubro, ¿puedo tomar el caso del cliente B sin avisarle al A? Si tengo dos clientes y uno le hace una demanda al otro, ¿a quién tengo que defender? ¿Es posible tomar el caso si son clientes del mismo estudio?». En el marco de la materia, se analizan los Códigos de Ética del Colegio de Abogados del Uruguay y de la Asociación de Escribanos del Uruguay, como también se ve como se regulan estos temas en otros países como España y Estados Unidos, comentó finalmente el docente.

FDER organizó una jornada sobre propiedad horizontal.

Asistieron cerca de 120 profesionales.



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) organizó una jornada sobre propiedad horizontal, que tuvo lugar el 12 de noviembre en la UM. Los expositores fueron el Dr. Walter Howard, el Dr. Elías Mantero Mauri, el Dr. Alfredo Frigerio, el Dr. Aparicio Howard y la Dra. María Emilia Zaglio. El decano de FDER, Dr. Nicolás Etcheverry, saludó a los asistentes y dio inicio a la actividad.



Cada uno de los expositores presentó algunos casos de la jurisprudencia uruguaya sobre algún tema vinculado a propiedad horizontal con un enfoque práctico, explicó su resolución y los criterios: el régimen general, los gastos comunes, las asambleas de copropietarios, los problemas de vecindad y el rol del administrador. Luego de cada intervención, hubo unos minutos para que los presentes preguntaran y debatieran sobre los problemas que llegaron a la justicia y la forma en que se resolvieron.

Nicolás Etcheverry expuso en un congreso en Países Bajos

El decano de FDER participó de un encuentro internacional sobre los desafíos del lenguaje jurídico



El decano de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM), Nicolás Etcheverry, representó a Uruguay en un congreso sobre Derecho y Lenguaje organizado por la Asociación Internacional de Ciencia Legal y la Netherlands Comparative Law Association. El encuentro tuvo lugar en la Universidad de Maastricht, ubicada en Limburgo, Países Bajos, el 26 y 27 de setiembre. Los demás participantes viajaron desde Canadá, España, EEUU, Francia, Italia, México, Polonia y Rumania.

Etcheverry contó que los asistentes se reunieron para intercambiar ideas en relación a los nuevos desafíos que se presentan a la hora del empleo y traducción del lenguaje jurídico —como vehículo de unión o desunión, confusión y hasta contradicción— entre los diversos emisores y receptores de los mensajes que deben intervenir a la hora de resolver conflictos, problemas o cuestiones legales.

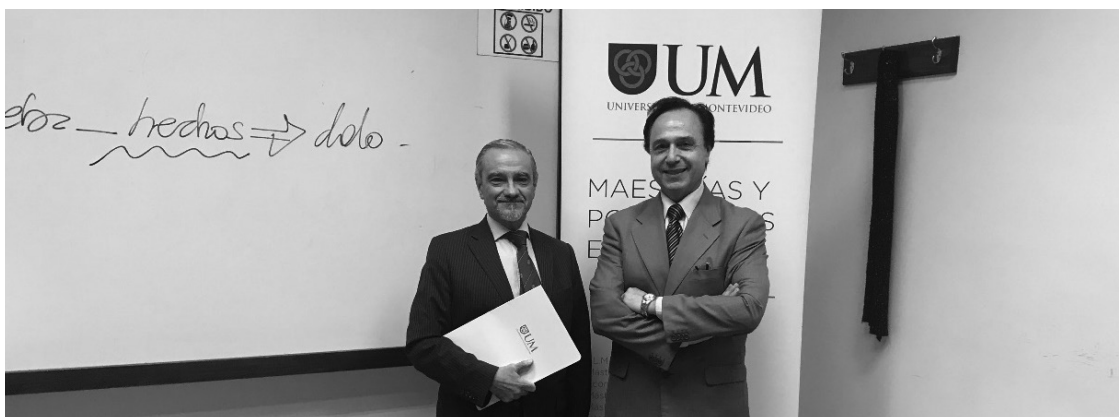
El congreso contó con los aportes de varios traductores especializados en temas jurídicos que expusieron sobre las dificultades y oportunidades que se plantean con expresiones como “comerciabilidad”, que pueden implicar diversos significados según el entorno geográfico, cultural y legal. Algunos de los congresistas destacaron también la defensa de los idiomas o lenguas de las minorías étnicas en el momento de tener que ser asistidos, defendidos o asesorados por juristas, así como el papel clave que cumplen los idiomas y sus traducciones ante el avance de las corrientes migratorias.

El decano de FDER expuso sobre el desarrollo de la educación legal multilingüe en los últimos años en Argentina, Mexico y Uruguay, destacando en particular el rol que ha desempeñado la Facultad de Derecho de la UM como pionera latinoamericana en materia de educación jurídica internacional.

NOTICIAS DE POSGRADO

La Responsabilidad Penal por Omisión en la Empresa

El martes 16 de julio la FDER recibió al Dr. Guillermo Yacobucci, quien impartió una conferencia sobre la responsabilidad penal por omisión en la empresa.

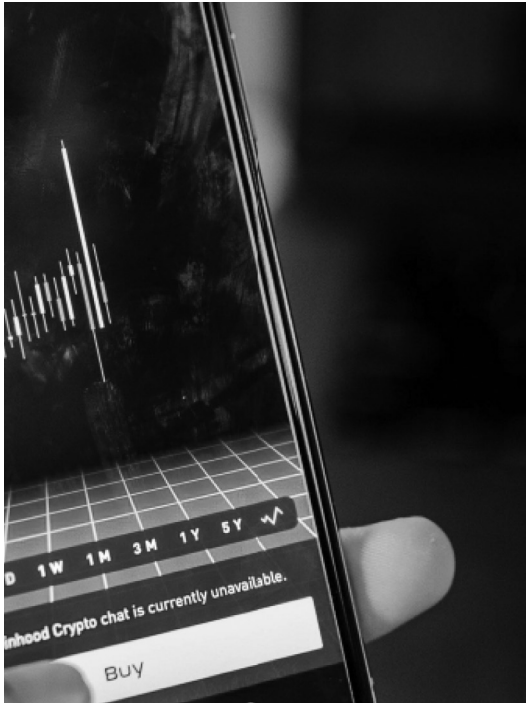


El Dr. Guillermo Yacobucci es Abogado (UBA); Dr. en Ciencias Jurídicas (UCA); Director Académico del Departamento de Derecho Penal y Procesal, Universidad Austral; Director Académico del Máster en Derecho Penal, Universidad Austral; Profesor de Filosofía del Derecho, UBA; Profesor de Postgrados en distintas Universidades de Latinoamérica y Europa; Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina; Juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Argentina; Vicepresidente de la Comisión de Reforma del Código Penal Argentino; Autor de libros y artículos en materia penal y filosofía del derecho.

Lanzamiento - Postgrado en Transformación Digital y Derecho

A partir del mes de agosto, el PTDD forma parte de la oferta académica del Centro de Postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

El Postgrado en Transformación Digital y Derecho –PTDD– cuenta con un diseño actualizado y orientado a atender los nuevos desafíos que enfrentamos en la era digital, la cual impacta en todos, a todo y a una velocidad exponencial. Ofrece una sólida formación teórica y práctica, que permite al egresado comprender esta nueva realidad y sus implicancias, para poder afrontar los nuevos retos y desenvolverse con eficiencia, tanto en la actividad privada como en la función pública, en un área de innovación constante, que por su complejidad y diversidad exige al profesional un alto nivel de preparación.



En este sentido, comprende un programa curricular moderno y dinámico, orientado a la comprensión y análisis prospectivo del impacto de las nuevas tecnologías y de las plataformas digitales en el mundo del Derecho, con un enfoque esencialmente práctico.

El PTDD posee un régimen de orientación temática y de currícula abierta, según la cual el alumno debe cursar y aprobar materias acreditantes hasta completar la totalidad de créditos.

Los créditos académicos de los Postgrados aplican para todas las Maestrías en Derecho.

Por más información dirigirse a maestriasderecho@um.edu.uy.

Conferencia sobre la importancia de los abogados en la Revolución Blockchain

La tecnología Blockchain es uno de los principales y más aplicados drivers en la transformación digital, y los abogados tienen un rol fundamental para que se pueda desarrollar con éxito. Es por esto que la Facultad de Derecho decidió organizar un seminario que tuvo lugar el jueves 22 de agosto en la tarde y congregó a profesionales del Derecho y representantes de negocios de diferentes áreas.

En la Conferencia, se abordó cómo funciona el Bitcoin y la mayoría de las Criptomonedas, qué es la tecnología blockchain y qué usos tiene, y por qué son fundamentales los abogados para el adecuado desarrollo de esta revolución.

Los expositores fueron:



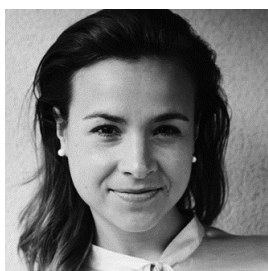
Ignacio Varese es Ingeniero en Informática, PMP con Maestría en Administración de Empresas (MBA). Tiene más de 20 años de experiencia en proyectos de tecnología en el Uruguay y en el exterior. Es co-fundador de la consultora Blockbear Blockchain for Business y co-fundador de la Conferencia Uruguay Blockchain Summit UY.



Martín Benítez es Licenciado en Administración de Empresas y cuenta con una especialización en eCommerce. También realizó estudios de Marketing y Management en la New York University y en Stanford. Con experiencia en varios sitios de comercio electrónico. Ha desembarcado en el mundo de las criptomonedas en el 2015, realizando un curso sobre Blockchain en Princeton y asistiendo a varias conferencias del tema.



Pamela González Perilli se dedica al desarrollo de software desde hace más de 15 años, trabajando actualmente sobre una plataforma de contratos inteligentes sobre la red de Bitcoin. Se ha dedicado también a impartir y compartir conocimientos sobre metodologías ágiles en diferentes empresas en las que ha participado, en diferentes roles dentro de las mismas.



Mercedes Aramendía es candidata LLM en Derecho, Tecnología y Emprendedurismo en la Universidad de Cornell, NYC, EEUU y candidata Phd en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Granada, España. Además realizó un Máster de Acceso a la Abogacía en Universidad de Nebrija, España, Un MBA en EAE Business School y Universidad Camilo José Cela, España, un Máster en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo, Uruguay.

Al finalizar el *meet up*, se sortearon vales de compra para libros de la Universidad de Montevideo y entradas para el Blockchain Summit.

El Dr. Luigi Cornacchia visitó la Facultad de Derecho de la UM

El Dr. Luigi Cornacchia impartió dos clases magistrales en el marco del Postgrado en Derecho Penal Económico de la Facultad de Derecho de la UM el 29 y 30 de agosto. El experto habló sobre la determinación del sujeto penalmente responsable en la empresa, con especial referencia al tema de la posición de garantía del directivo: empresarios, administradores y órganos ejecutivos. También expuso sobre la delegación de funciones, la responsabilidad penal por decisiones colegiadas, la responsabilidad de los órganos de asesoramiento, la responsabilidad del *compliance officer* y, por último, algunos problemas de imputación típicos del derecho penal del medio ambiente.



Luigi Cornacchia es profesor de Derecho Penal Económico en la Università degli Studi di Bergamo, Italia. Doctor en Derecho Penal por la Università degli Studi di Trento (1999). Profesor visitante de la Universidad de Navarra (España), Universität zu Köln (Alemania), Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania) y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (Chile).

Reconocimiento al profesor italiano de Derecho Dr. Enrico Gabrielli

En el marco de las maestrías y postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (FDER), el profesor italiano Dr. Enrico Gabrielli brindó una charla acerca de los “Efectos del concurso sobre los contratos”. La actividad se llevó a cabo en la sede de Carrasco de la UM el 24 de setiembre y estuvo dirigida a abogados, escribanos, jueces y fiscales.

El Derecho uruguayo hace referencia al Derecho concursal, específicamente a la incidencia de la declaración de concurso sobre los contratos en curso de ejecución, en el artículo 68 de la ley 18.387, que ha sido objeto de interpretaciones contradictorias. Frente a este tema, Gabrielli aportó la visión del Derecho italiano, que es similar al uruguayo, a través del análisis en particular de la jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana.



El profesor invitado fue recibido por el rector de la UM Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau, el decano de la FDER Dr. Nicolás Etcheverry, el vicedecano de la FDER Dr. Miguel Casanova, el coordinador académico de Máster y postgrados de la FDER Dr. Pablo Genta y el docente de la materia Derecho Civil Dr. Carlos Decores. En esta oportunidad le hicieron entrega de un diploma de “Profesor visitante” que reconoce su aporte intelectual al mundo del Derecho y a la integración académica en materia de Derecho Civil y Contractual.



Política comercial del Uruguay en la inserción internacional y los partidos políticos

La Facultad de Derecho de la UM (FDER), en torno a las elecciones nacionales, organizó un ciclo de conferencias sobre comercio exterior e integración social con representantes de diferentes partidos políticos. El primer encuentro se llevó a cabo el martes 24 de setiembre, con la participación del Prof. Diego Escuder del Partido Nacional, Luis Alonso de Cabildo Abierto y el diputado Iván Posada del Partido Independiente, en el Centro de Postgrados de la UM. El segundo encuentro se llevó a cabo el jueves 3 de octubre con la participación del Prof. Carlos Luján del Frente Amplio, Verónica Barbisan del Partido de la Gente, y Ec. Isidoro Hodara del Partido Colorado.



En cada instancia, los representantes dieron su opinión acerca de la situación actual del país respecto a esta temática, hablaron de la relación Uruguay y el Mercosur, y de la propuesta partidaria de la proyección futura del Uruguay en el mundo.



Los encuentros fueron moderados por el Dr. Jorge Fernández Reyes, director de Máster y Postgrado en Integración y Comercio Internacional y el Dr. Nelson Yemil Chabén, catedrático de Postgrado en Política Comercial y Comercio Exterior.

Profesoras de FDER fueron seleccionadas como mujeres destacadas en comunicaciones y/o regulación

Mercedes Aramendía y Cristina Vázquez fueron propuestas por la Comisión de Género de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones para participar en el Editatona 2019.



Editatona es un evento de edición colectiva y simultánea en Wikipedia, organizado por la Comisión de Género de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), que se llevó a cabo el 26 de septiembre con entrada gratuita y abierto al público. El objetivo de la actividad fue actualizar o crear artículos de perfiles de mujeres destacadas en comunicaciones y/o regulación para darles visibilidad y contribuir a la igualdad de género, debido a que solo el 22% de todas las biografías publicadas en español corresponden a mujeres.

Este año, dos profesoras de la Facultad de Derecho de la UM forman parte de la lista de las candidatas destacadas.

Dr. Percy García Cavero - Invitado de la Cátedra de Derecho Penal

El Dr. Percy García Cavero de la Universidad de Piura (Perú) visitó la Facultad de Derecho de la UM (FDER) para brindar un curso sobre Compliance y lavado de activos.



Es abogado penalista y doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Ha realizado estancias de investigación en Alemania y en Estados Unidos. A partir del año 2013 comenzó a investigar temas de lavados de activos, incluso publicó el libro “Delito de lavados de activos” (2015). Ha trabajado como abogado brindando servicios de Compliance, referido al tema de lavado de activos en Perú y Chile.

El docente invitado trabajó dos problemáticas: los sistemas de prevención de lavado de activos y el delito precedente al lavado de activos. El curso, que se ofreció a alumnos de las maestrías en Derecho, tuvo lugar el 1º y 2 de octubre en la sede de Carrasco de la UM.

Respecto a los sistemas de prevención de lavado de activos y cómo detectar operaciones de este tipo, el Dr. García Cavero comentó que en Uruguay existe una legislación que establece obligaciones a distintos sujetos económicos de informar sobre operaciones sospechosas o inusuales, y también de asegurarse que las personas que realizan operaciones, en las que ellos intermedian, no utilicen fondos de procedencia delictiva.

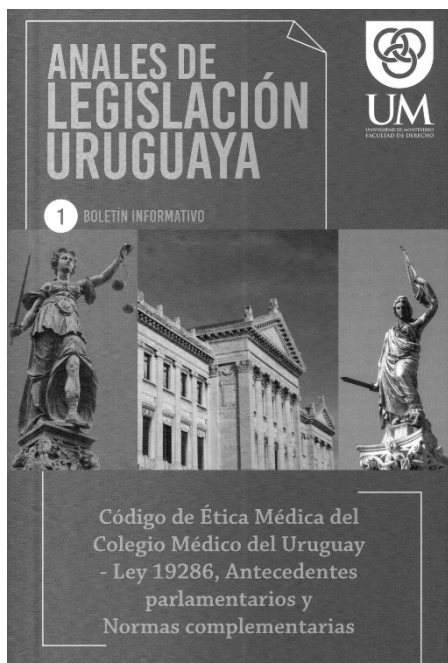
Sobre el delito precedente al lavado de activos, señaló que es un tema vinculado a la interpretación de la ley penal específicamente. El experto se enfocó en los delitos que, según la legislación uruguaya, pueden generar ganancias que sean objeto de lavado de activos. “El narcotráfico es el ejemplo más patente y claro, pero también diversos supuestos de criminalidad organizada, delitos contra el patrimonio o coimas”, afirmó el Dr. García Cavero.

“En Uruguay, si bien no hay un sistema abierto, existe una lista amplia de delitos... amplia pero cerrada y acotada a determinados delitos”, añadió. A su vez, explicó cómo y cuándo hay que probar de un delito precedente. “Son temas de discusión importantes a la hora de interpretar la ley penal y aplicarlo a un caso concreto, seas fiscal, abogado defensor o juez”, concluyó.

Libro – Anales de Legislación Uruguaya

A partir de octubre se encuentra disponible el boletín informativo –Anales de Legislación Uruguaya–. La ética médica comprende el conjunto de principios y reglas éticas que deberían inspirar y guiar la conducta profesional del médico.

En Uruguay estos principios están consagrados en diversas normas entre las cuales debemos citar principalmente la Ley 18.335 de derechos de los pacientes y usuarios de servicios de salud, la Ley 18.591 de creación del Colegio Médico del Uruguay y la Ley 19.286 que aprobó el Código de Ética Médica, que regula la actuación de los profesionales de la salud en el país.



Esta versión actualizada de la normativa vigente incorpora los nuevos aspectos que hoy conforman la práctica, a partir de la dinámica del avance de los conocimientos en la medicina, y le brinda, de esta manera, una adaptación a nuestros tiempos, respetando, no obstante, los parámetros deontológicos de esta profesión, que mientras tiene su mirada puesta en el futuro, está profundamente enraizada en los valores morales y éticos, en la defensa de los Derechos Humanos, como base de esa relación de atención y cuidado con los pacientes a la que nos comprometemos al elegir ser médicos.

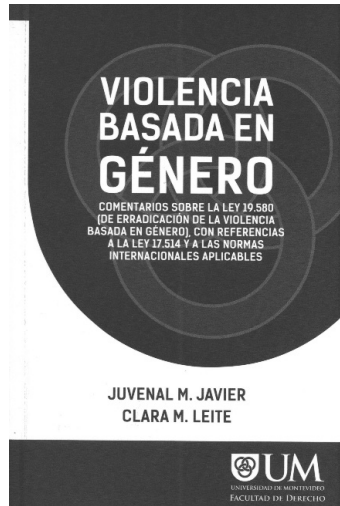
Mantener estos documentos siempre presentes, constituirá una ayuda práctica para encarar el ejercicio cotidiano de la profesión médica, sometida cotidianamente a los desafíos del avance científico y tecnológico, que debe estar balanceado por el respeto a los principios éticos y morales de tan larga tradición.

La FDER recibió al Dr. Giovanni Priori



El 7 de octubre la FDER recibió al Dr. Giovanni Priori, quien impartió una clase sobre Derecho Procesal. El invitado es Magíster por la Università Degli Studi Di Roma "Tor Vergata". A su vez, es Catedrático del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde se desempeña como Director de la Maestría en Derecho Procesal.

Violencia basada en Género



En el mes de octubre, la FDER publicó el libro *Violencia basada en género*, escrita por el Dr. Juvenal Javier y por la Dra. Clara Leite.

La violencia contra las mujeres, niñas y niños basada en el género y sus diversas manifestaciones, ha sido reconocida por los gobiernos y organismos internacionales como una vulneración de los derechos humanos y la dignidad de la persona, poniéndose particular énfasis en su prevención, sanción y erradicación. De tal forma, se ha transformado en tema de especial preocupación, debido a su importante aumento y su fuerte impacto en la sociedad, con efectos por lo general devastadores.

En esta obra, los autores realizan un estudio integral de la violencia basada en género, doméstica y sexual, abordándose aspectos fundamentales como el análisis de las medidas cautelares aplicables o de las modificaciones y consagración de nuevos tipos penales que la ley 19.580 introduce en el Código Penal.

Se trata, sin lugar a dudas, de una obra jurídica pionera en la materia, que realiza valiosos aportes que no sólo permitirán una primera aproximación al estudio de este flagelo, sino que también será una ineludible fuente de consulta para quienes deseen profundizar en su análisis, o se dediquen al ejercicio profesional o a la labor académica.

Recibimos al Prof. Dr. Martín Sotero

La FDER recibió el 4 de noviembre, al Dr. Martín Sotero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien impartió una clase sobre “estándares de prueba en procesos cautelares”.



El invitado es Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. A su vez, es consultor en temas relacionados con el Sistema de Justicia. Se ha desempeñado como Secretario Técnico designado por el Ministerio de Justicia para reformar el Código de Procedimiento Civil (2016-2017) y como Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2015-2016). Su práctica profesional se centra en el asesoramiento legal en disputas de arbitraje y procedimientos judiciales relacionados con asuntos civiles, comerciales, administrativos y constitucionales.

El Derecho y la Medicina

La Facultad de Derecho (FDER) y el Centro de Ciencia Biomédicas (CCB) de la Universidad de Montevideo organizaron un ciclo de conferencias sobre Derecho y medicina con foco en el Código de Ética Médica (Ley N° 19.286). Los encuentros se llevaron a cabo los días lunes 4 y 11 de noviembre en el Centro de Postgrados UM en Carrasco, con la concurrencia de profesionales del ámbito legal y médico.

Participaron de estos encuentros el Dr. Med. Blauco Rodríguez, presidente del Colegio Médico del Uruguay, que habló de principios éticos fundamentales; el Dr. Med. Guido Berro, que se enfocó en la relación médico-paciente; el Dr. Pablo Schiavi, que presentó una serie de protecciones de datos personales que existen en el ámbito de la salud; y Dr. Gustavo Ordoqui y Dr. Pedro Montano que expusieron sobre responsabilidad Civil y Penal del médico.

Principios éticos fundamentales en la medicina

El encuentro del 4 de noviembre comenzó con la exposición del Dr. Blauco Rodríguez, presidente del Colegio Médico del Uruguay, quien analizó la Ley 19.286 "Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay". El Dr. Rodríguez habló del origen de la organización, creada por la Ley 18.591, la cual que le otorga los cometidos de velar por la deontología médica, derechos y deberes del médico. Estas cualidades generan un impacto positivo y de protección de la calidad asistencial de todos los usuarios, una mejora en la educación médica continua, en la generación de conocimiento científico y la función de mediación en los diferentes consejos regionales del Colegio.



Dr. Blauco Rodríguez – Presidente del Colegio Médico del Uruguay

Luego, explicó el proceso de formulación y selección de un Tribunal de ética médica, que se conforma por cinco miembros seleccionados por el Consejo Nacional en base a postulaciones. Una vez que este tribunal recibe y acepta una denuncia, porque entiende que el caso está dentro de su jurisprudencia, abre un proceso de estudio de las pruebas y expide el resultado, que puede comprobar o no una falla ética. La sanción puede ir desde

una amonestación hasta una sanción con inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por diez años, puntualizó el Dr. Rodríguez.

La relación médico – paciente

El Dr. Guido Berro Rovira, presidente de la Academia Nacional de Medicina, estuvo a cargo de una presentación acerca de la relación médico-paciente, en la que explicó el pasaje del modelo paternalista a un modelo de autonomía de la mano del consentimiento. Este nuevo modelo autonomicista, explicó el Dr. Berro, “se caracteriza por un trato respetuoso de libertad y autonomía del paciente”, es decir, un usuario independiente, y por su consentimiento con derecho a información y participación en las decisiones que lo involucran. Es un modelo respetuoso de derechos a la privacidad, intimidad, libertad e independencia.

Protección de los datos personales en materia de salud

En el encuentro del 11 noviembre el Dr. Pablo Schiavi, docente en la FDER, brindó una conferencia referente a la historia clínica digital como aseguradora de la continuidad asistencial del usuario en el Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS). Esta idea implica que la información clínica del paciente esté disponible para el equipo de salud que la asista en cualquier parte del país y en cualquier prestador de servicios de salud.

La historia clínica electrónica supone incorporar las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el núcleo de la actividad sanitaria. Esto trae como consecuencia que la historia deje de ser un registro de la información generada en la relación entre un paciente y un profesional o un centro sanitario, para formar parte de un sistema integrado.

La responsabilidad Civil y Penal del médico



Seguidamente, el profesor Dr. Pedro Montano desarrolló el tema de la responsabilidad penal médica, la que supone la comisión u omisión de un acto específico del ejercicio profesional que viola una disposición de orden penal. Al limitar el campo de la responsabilidad penal del médico a la que surge del acto médico, quedan prácticamente excluidas las hipótesis dolosas, ya que suponen la generación de un daño intencional al paciente. “Más allá de las malas intenciones, el médico podrá incurrir en responsabilidad de índole penal cuando, al ejercer su actividad, sin tener la intención de hacerlo, causa a su paciente un daño injustificado en el cuerpo o en la salud; esto alude básicamente, a la responsabilidad penal culposa”, señaló el Dr. Montano.



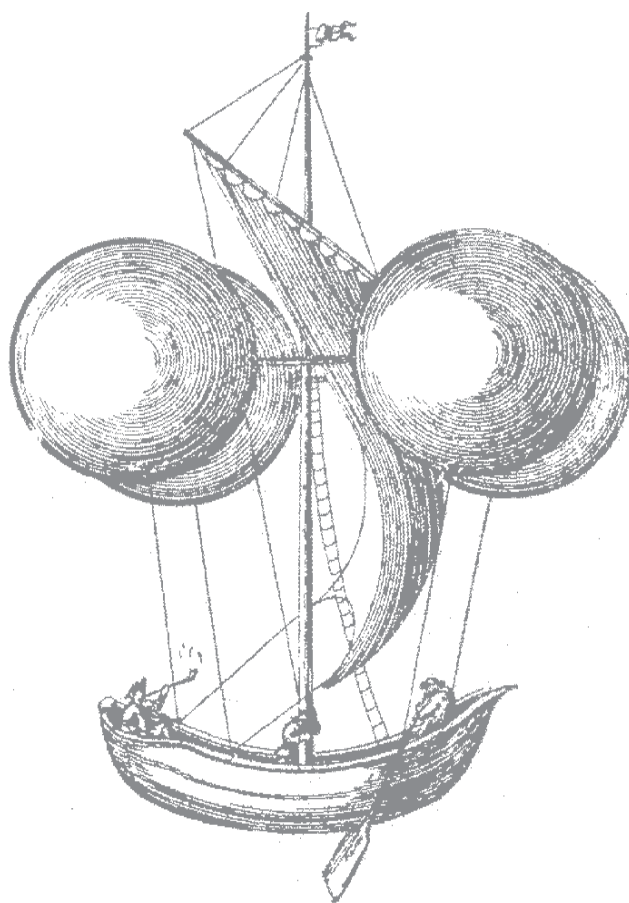
Por último, el Dr. Gustavo Ordoqui presentó las pautas más destacadas de la denominada responsabilidad civil médica. El profesional de la salud en su proceder y las instituciones en las que estos desarrollan su trabajo, asumen no solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad jurídica. “El ejercicio de su profesión exige un estricto cumplimiento de normas, protocolos y guías de buenas prácticas que rigen la actividad, pudiendo ocasionar un resultado lesivo a la salud física, psíquica o incluso la muerte para el paciente de no observarlas adecuadamente”, concluyó el Dr. Ordoqui.

Culminaron los siguientes trabajos de investigación de Tesis de Maestría

En el segundo semestre del presente año culminaron los siguientes trabajos de investigación de tesis:

- Dr. Carlos Cosac – LL.M. – Máster en Derecho - Motivación en la sentencia ¿Es necesaria su constitucionalización?
- Dr. Federico Florin – Máster en Derecho de la Empresa - Prohibición de iniciar procesos de conocimiento una vez declarado el concurso: una visión de lege ferenda.

- Dra. Daniela Musetti – LL.M. – Máster en Derecho - A 10 años de la ley 18.331 en el Uruguay: principales desafíos e impactos del reglamento general de protección de datos de la UE.
- Dr. Daniel Olaizola y Dra. Maida Pérez – Máster en Integración y Comercio Internacional - Las energías renovables como alternativa de desarrollo sustentable post - Conferencia de las partes 21, el papel del IRENA - Su impacto en Uruguay.
- Dr. Venancio Trigo – Máster en Derecho y Técnica Tributaria - Modificaciones en la Ley de Zonas Francas y su alineación con los estándares internacionales.



TESINAS DE MASTERS

CAMEJO HERNANDEZ, Catalina

Los regímenes promocionales en Uruguay y su adecuación al estándar previsto en el Plan de Acción BEPS.

“LOS RÉGIMENES PROMOCIONALES EN URUGUAY Y SU ADECUACIÓN AL ESTÁNDAR PREVISTO EN EL PLAN DE ACCIÓN BEPS.”

CATALINA CAMEJO HERNANDEZ

MAESTRÍA EN LEGISLACIÓN Y TÉCNICA TRIBUTARIA

Tutor Académico: Leonardo Bruzzone

Montevideo, 29 de octubre de 2019

ÍNDICE

1. Introducción
2. Planteamiento del tema
3. Marco teórico
 - 3.1. El Proyecto BEPS y el marco inclusivo
 - 3.2. La Acción 5
 - 3.2.1. Objetivos
 - 3.2.2. Los regímenes preferenciales comprendidos en el ámbito de aplicación de la Acción 5
 - 3.2.3. Las conclusiones de la evaluación
 - 3.2.4. El estándar previsto para los regímenes preferenciales
 - 3.2.4.1. Requisitos de sustancia
 - 3.2.4.1.1. Requisitos de sustancia para regímenes PI
 - 3.2.4.1.2. Requisitos de sustancia para regímenes de no PI
 - 3.2.4.2. Los restantes factores de riesgo
 - 3.2.4.2.1. Ring fencing
 - 3.2.4.2.2. Falta de transparencia
 - 3.2.4.2.3. Falta de intercambio efectivo de información respecto al régimen
 - 3.2.4.2.4. Factores secundarios
 - 3.2.5. Cronograma de implementación
 - 3.2.6. Monitoreo
4. Discusión: los regímenes preferenciales en Uruguay bajo el ámbito de revisión de la Acción 5
 - 4.1. Cuestiones generales
 - 4.2. Regímenes
 - 4.2.1. Exoneración lit. S) artículo 52 del Título 4 – Software y Biotecnología
 - 4.2.1.1. Antecedentes
 - 4.2.1.2. Adecuaciones al régimen
 - 4.2.1.2.1. Rentas derivadas de activos
 - 4.2.1.2.2. Rentas derivadas de servicios
 - 4.2.1.3. Monitoreo
 - 4.2.2. Zonas francas
 - 4.2.2.1. Antecedentes
 - 4.2.2.2. Adecuaciones al régimen

- 4.2.2.3. Monitoreo
- 4.2.3. Decreto 251/014 – Centro de Servicios Compartidos
 - 4.2.3.1. Antecedentes
 - 4.2.3.2. Adecuaciones al régimen
 - 4.2.3.3. Monitoreo
- 4.2.4. Decreto 11/013 – Biotecnología
 - 4.2.4.1. Antecedentes
 - 4.2.4.2. Adecuaciones al régimen
 - 4.2.4.3. Monitoreo
- 5. Conclusiones
- 6. Bibliografía

1. Introducción

En 2015, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a impulso del G20, elabora el denominado “Proyecto sobre la erosión de la Base Imponible y Traslado de beneficios” (“Proyecto BEPS”, por sus siglas en inglés), un conjunto de 15 informes en donde se proponen acciones tendientes a evitar este fenómeno, a través de la adopción de nuevos estándares internacionales.

El objetivo final es asegurar que los beneficios queden gravados donde se desarrolla la actividad económica que crea o añade valor.

Para lograr los cometidos propuestos, se reconoce la necesidad de incorporar al Proyecto BEPS a la mayor cantidad posible de jurisdicciones, en el entendido que una implementación conjunta y coordinada, es lo que asegurará el éxito del mismo para todos. Para ello, la OCDE desarrolló el denominado “marco inclusivo”, que permite a los países no pertenecientes a esta organización ni al G20, trabajar en la consecución del estándar BEPS, en un plano de igualdad con los países integrantes de la OCDE y del G20.

Uruguay adhirió al marco inclusivo BEPS en junio de 2016, lo cual implica participar en los grupos de trabajo técnico en donde se desarrollan las tareas de revisión y monitoreo, pero también, comprometerse a la adopción del estándar mínimo acordado. Esto último significa cumplir con las medidas previstas en las Acciones 5 – prácticas fiscales nocivas-, 6 – abuso de tratados-, 13 – informe país por país-, y 14 – resolución de controversias-.

En particular, el informe correspondiente a la Acción 5 del Proyecto BEPS (de ahora en adelante, Acción 5), abarca dos grandes líneas de trabajo: la mejora en la transparencia y la revisión de ciertos regímenes preferenciales.

En lo que refiere a la mejora en la transparencia, se prevé el intercambio espontáneo y obligatorio entre países, de ciertas decisiones administrativas (“*rulings*”) relativas a operaciones transnacionales que pudieran dar lugar a prácticas elusivas que erosionen las bases imponibles o que generen el traslado artificial de beneficios por parte de Grupos Multinacionales de Empresas.

Por su parte, respecto a los regímenes preferenciales, la Acción 5 retoma el trabajo sobre prácticas fiscales perniciosas iniciado por la OCDE en 1998, a partir de la publicación del Informe “Competencia fiscal perniciosa: un tema global” (“Informe 1998”)¹. En dicho informe se crea además el Foro sobre Prácticas Fiscales Perniciosas (FHTP por sus siglas en inglés), como grupo de trabajo encargado de llevar adelante las recomendaciones contenidas en el mismo, que funciona bajo la órbita del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. A partir del Proyecto BEPS, es en el ámbito del FHTP donde se evalúan los mencionados regímenes, teniendo en cuenta los requisitos previstos en la Acción 5.

Derivado de esa evaluación entre pares, un régimen puede ser calificado como “no nocivo”, “potencialmente nocivo pero no realmente dañino”, o “nocivo”. Esta última calificación habilitaría a los restantes países integrantes del marco inclusivo a adoptar medidas defensivas para neutralizar los efectos perniciosos del régimen en cuestión.

El compromiso asumido por Uruguay en lo que refiere a la Acción 5 implica adaptar los regímenes promocionales que otorgan beneficios a factores geográficamente móviles al estándar BEPS, proceso que se inició en el año 2017.

El presente trabajo de investigación, se centrará pues en el análisis de los regímenes promocionales que quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación de la Acción 5, que estaban vigentes a la fecha de incorporación de Uruguay al marco inclusivo BEPS, y cómo se produjo su adecuación al estándar BEPS.

2. Planteamiento del tema.

Objetivo de la investigación

Objetivo principal

Analizar cómo Uruguay adaptó sus regímenes promocionales que involucraban factores geográficamente móviles al estándar previsto en la Acción 5 del Proyecto BEPS, partiendo de la situación al momento de la adhesión al marco inclusivo BEPS hasta la actualidad.

Objetivos específicos

- a. Describir detalladamente los lineamientos previstos en la Acción 5 del Proyecto BEPS y sus documentos complementarios.
- b. Identificar los regímenes promocionales contenidos en la normativa nacional, que fueron evaluados por parte del FHTP.
- c. Analizar sus características particulares, y su adecuación a los requisitos previstos en la Acción 5.

1 OCDE (1998), “Competencia fiscal perniciosa: un tema global”. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>

3. Marco teórico

3.1. El Proyecto BEPS y el marco inclusivo

El “Proyecto sobre la erosión de la Base Imponible y Traslado de beneficios” (“Proyecto BEPS”, por sus siglas en inglés), consta de quince informes o “acciones” en donde se proponen líneas de actuación tendientes a evitar este fenómeno, a través de la adopción de nuevos estándares internacionales. Es la respuesta de los denominados “países centrales” a la pérdida de recaudación emanada de la interacción de diferentes problemas: descoordinación en las legislaciones, rigidez de los sistemas tributarios que impiden adaptarse a los cambios del entorno, y ausencia generalizada de información. Estas debilidades generan brechas y oportunidades para la planificación fiscal, generando la erosión de las bases imponibles por parte de los Grupos Multinacionales que buscan minimizar su carga tributaria total.²

Este conjunto de acciones puede agruparse en tres grandes líneas de trabajo: coherencia, contenido (sustancia) y transparencia.

Coherencia	Contenido	Transparencia	
Acción 2 Neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos	Acción 6 Prevenir abusos de tratados	Acción 11 Análisis de datos	Acción 1 Economía Digital
Acción 3 Reforzar las normas de transparencia fiscal internacional	Acción 7 Prevenir la evitación artificial del estatus de EP	Acción 12 Reglas obligatorias de comunicación	Acción 15 Desarrollo de Instrumento Multilateral
Acción 4 Limitar la deducción de intereses	Acciones 8 - 10 Garantizar que los precios de transferencia correspondan con la creación de valor: Intangibles; Capital y riesgo; y otras transacciones de alto riesgo	Acción 13 Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia	
Acción 5 Contrarrestar prácticas fiscales perjudiciales		Acción 14 Resolución de conflictos	

Cuadro 1 (Fuente: OCDE)

A su vez, en una segunda clasificación, las medidas propuestas pueden agruparse en otras cinco categorías: estándar mínimo, enfoques comunes, fortalecimiento de los estándares internacionales, mejores prácticas y reportes analíticos.

Estándar mínimo	Enfoques comunes	Fortalecimiento de estándares internacionales	Mejores prácticas	Reportes analíticos
Acción 5	Acción 2	Acción 7	Acción 3	Acción 1
Acción 6	Acción 4	Acciones 8 a 10	Acción 12	Acción 11
Acción 13				Acción 15
Acción 14				

² OCDE (2015), Nota explicativa, Proyecto OCDE/ G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, OCDE. www.oecd.org/ctp/beeps-2015-nota-explicativa.pdf

Los Informes definitivos fueron publicados en 2015 (bajo el nombre de “Plan BEPS”), y persiguen como finalidad última que los beneficios tributen donde se realiza la actividad que genera el valor.

Pero el éxito de esta iniciativa necesariamente pasaba por integrar a la mayor cantidad de jurisdicciones, para lograr una implementación coordinada y “global” que garantizara “reglas de juego equitativas”. Es así que surge el denominado “Marco Inclusivo BEPS”, bajo la órbita del Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE, que, inspirado en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con fines tributarios, se presenta como el mecanismo para lograr los objetivos propuestos, a través de la participación de los países en igualdad de condiciones.

Adherir al Marco Inclusivo implica comprometerse a implementar el paquete de medidas del Plan BEPS, particularmente aquellas comprendidas en el “estándar mínimo”. Pero también habilita a participar en los grupos de trabajo técnico en donde se desarrollan las tareas de revisión y monitoreo

La primera reunión del Marco Inclusivo se llevó adelante en Kyoto, Japón, en Junio de 2016, en donde se produjo la adhesión de Uruguay al mismo.

En la actualidad, más de 125 jurisdicciones se han integrado al Marco Inclusivo BEPS.³

3.2. La Acción 5

3.2.1. Objetivos

En el informe final 2015 del Plan BEPS correspondiente a la Acción 5, se trabaja sobre la premisa de buscar soluciones a las prácticas tributarias perniciosas, derivadas de la utilización de regímenes fiscales preferenciales para transferir artificialmente beneficios a las jurisdicciones que los ofrecen (en detrimento de las jurisdicciones donde se crea el valor o se desarrolla la actividad), y de la falta de transparencia en lo que refiere a determinadas decisiones administrativas en relación a contribuyentes específicos (“tax rulings”).

De esta manera, el Informe comprende dos líneas de acción diferentes:

- trabajar sobre los regímenes preferenciales que otorgan beneficios a rentas derivadas de factores geográficamente móviles; y
- la mejora en la transparencia, que se traduce en introducir un marco de referencia para el intercambio espontáneo y obligatorio de ciertos acuerdos que las jurisdicciones conceden a contribuyentes específicos (“tax rulings”).

El presente documento ahondará en la temática relativa a los regímenes preferenciales, con lo que en los siguientes apartados se efectuará el análisis de este punto.

En lo que respecta a la mejora en la transparencia, la Acción 5 prevé un sistema de intercambio de información espontáneo y obligatorio, que cubra situaciones específicas

3 <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>

en las que, ante la ausencia de intercambio, puedan generar o incrementar el riesgo de erosión de las bases imponibles.⁴

Es así que dentro del estándar mínimo, se incluye el intercambio espontáneo de determinadas resoluciones que refieren a contribuyentes específicos. Estos “tax rulings” se clasifican en seis categorías diferentes:

- (i) Acuerdos relativos a regímenes preferenciales;
- (ii) Acuerdos Anticipados de Precios (APAs, por sus siglas en inglés) unilaterales u otros acuerdos transfronterizos unilaterales relativos a los precios de transferencia;
- (iii) acuerdos transfronterizos que ofrecen un ajuste a la baja de beneficios gravables;
- (iv) acuerdos relativos a establecimientos permanentes;
- (v) acuerdos relacionados con compañías canalizadoras de rentas, tipo “conduit”; y
- (vi) cualquier otro tipo de acuerdo que en ausencia de un intercambio de información espontáneo diera lugar a riesgos de BEPS (esta categoría en los hechos aún no está operativa).⁵

Como puede apreciarse, no se trata únicamente de acuerdos que establecen *per se* un tratamiento tributario preferencial para determinados contribuyentes, sino que apuntan a mejorar la información con que cuentan las administraciones tributarias respecto a posibles particularidades en la tributación de entidades pertenecientes a grupos multinacionales.

Ello se logra pautando que el intercambio de información se realiza con las jurisdicciones de residencia de todas las partes vinculadas con las que el contribuyente realice transacciones incluidas en el acuerdo, y con la jurisdicción de residencia de la matriz del grupo y de la “compañía matriz inmediata” (“*ultimate parent company*” e “*immediate parent company*”, respectivamente).

De esta manera, al propender a estandarizar los criterios sobre los cuales se estructuran los regímenes preferenciales que otorgan beneficios a las rentas derivadas de factores geográficamente móviles, y mejorar la información con que cuentan las jurisdicciones respecto a los tax rulings acordados con ciertos contribuyentes, la Acción 5 constituye uno de los pilares básicos para la consecución de los objetivos que persigue el Plan BEPS.

La implementación, revisión y monitoreo de los lineamientos previstos en la misma es llevada adelante por el FHTP.

4 OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 90. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267107-es>

5 OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 91.

3.2.2. Los regímenes preferenciales comprendidos en el ámbito de aplicación de la Acción 5.

Como se mencionara, la Acción 5 retoma el trabajo sobre prácticas fiscales perniciosas iniciado por la OCDE en 1998, a partir de la publicación del Informe “Competencia fiscal perniciosa: un tema global” (“Informe 1998”), en donde se analizaban las prácticas fiscales nocivas que pudieran generarse por la utilización indebida de regímenes que otorgan beneficios fiscales a las utilidades derivadas de actividades geográficamente móviles.⁶

Ello con el propósito de reducir la posible distorsión en la localización de actividades derivada del aprovechamiento de regímenes fiscales que otorgan tratamientos preferenciales y que, de acuerdo al informe de la Acción 5, “indebidamente erosionan las bases imponibles de otros países”.⁷

Es por este motivo que el Informe 1998, y por consiguiente el trabajo derivado de la Acción 5, se centra en aquellos regímenes preferenciales que se aplican a las rentas derivadas de actividades o sectores de actividad fácilmente deslocalizables, es decir que pueden reubicarse sin mayores costes de salida de un mercado; por lo tanto, refiere fundamentalmente a actividades financieras y de ciertos servicios.

Por tanto, no quedan incluidos regímenes preferenciales que otorgan beneficios en función de inversiones en inmuebles o activo fijo; ni aquellos previstos para actividades manufactureras.

No obstante, la Acción 5 “moderniza” el Informe 1998 en varios aspectos, entre los cuales se encuentra el mayor énfasis dado a los regímenes preferenciales que otorgan beneficios a las rentas derivadas de la propiedad intelectual (“Regímenes PI”), y la clasificación de los regímenes de “no PI” en ocho categorías diferentes. Estas categorías son: regímenes de sedes sociales o de “headquarters”, regímenes de centros de distribución y de centros de servicios, para compañías financieras o de leasing, para entidades gestoras de fondos, para entidades bancarias o de seguros, para compañías navieras, para entidades tenedoras de valores (“holding companies”), y una última categoría residual “miscelánea”.⁸

- Regímenes de Sedes Sociales o de “Headquarters”: definidos como aquellos que conceden un tratamiento preferencial a contribuyentes que ofrecen determinados servicios de gestión, coordinación o control de actividades industriales o comerciales para un grupo o para miembros de un grupo en un área geográfica específica. Se entiende a aquellas empresas que realizan actividades de toma de decisiones relevantes en la gestión, que incurren en gastos en nombre de las entidades del grupo, y coordinan las actividades del grupo.⁹

6 El Informe 1998 se complementa con la denominada “Consolidated Application Note” (CAN, por sus siglas en inglés), en donde se amplían los conceptos allí manejados.

7 OCDE (2016), *Combatir las prácticas fiscales perniciosas*, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5 – Informe final 2015. Página 13.

8 OCDE, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas*, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafos 74 a 85.

9 Informe de Progreso 2017. <http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>

- Regímenes de centros de distribución y de centros de servicios: los primeros, refieren a aquellos que ofrecen un tratamiento beneficioso a empresas que realizan como actividad principal la compra – venta de materias primas o productos terminados a partes vinculadas, obteniendo un escaso margen de ganancia por ella. Por su parte, se define a los regímenes de centros de servicios a aquellos que ofrecen un tratamiento fiscal preferencial a entidades cuya principal o exclusiva actividad consiste en suministrar servicios a otras entidades del mismo grupo.
- Regímenes para compañías financieras o de leasing: se incluye a esta categoría a aquellos que ofrecen beneficios a rentas derivadas de actividades financieras y de leasing.
- Regímenes para entidades “gestoras de fondos”: que apuntan a brindar un tratamiento preferencial a la remuneración que obtiene el “gestor” por sus servicios de administrar fondos o inversiones.
- Regímenes para entidades bancarias y de seguros.
- Regímenes para compañías navieras: comprenden a regímenes preferenciales que otorgan beneficios a rentas derivadas de actividades relacionadas al transporte marítimo, tales como gestión de la tripulación, remolque y mantenimiento de los barcos, organización y supervisión de viajes, etc.
- Regímenes de compañías holding: comprenden tanto a aquellos que ofrecen beneficios a empresas que obtienen rentas puramente pasivas derivadas de la tenencia de ciertos activos (intereses, rentas); como a los que se aplican únicamente a empresas que obtienen ganancias derivadas de la tenencia de capital (dividendos y otras ganancias de capital).

Por otra parte, la Acción 5 se enfoca únicamente en los regímenes preferenciales que otorgan beneficios sobre la tributación empresarial, descartándose aquellos que conceden tratamiento fiscal preferencial en el ámbito de la renta individual o sobre la imposición al consumo.

Finalmente, cabe puntualizar que para considerar a un régimen como “preferencial”, debe evaluarse si el mismo otorga un tratamiento tributario beneficioso en relación al régimen general vigente en esa jurisdicción, ya sea a través de la aplicación de menores alícuotas, exoneraciones generales o disposiciones que reduzcan el monto imponible del impuesto. Es decir, la comparación debe realizarse con los criterios generales aplicables en ese país, y no con la tributación aplicable en otras jurisdicciones.

3.2.3. Las conclusiones de la evaluación

La evaluación de un régimen por parte del FHTP consta de tres etapas¹⁰:

- 1) análisis sobre si se trata de un régimen preferencial (“criterio de entrada”) y si se encuentra comprendido en el ámbito de la Acción 5 (tal como se vio en el punto 3.2.2.);
- 2) análisis sobre si se presenta alguno de los factores de riesgo determinantes (que se mencionan en el apartado siguiente), si la respuesta es afirmativa, entonces el régimen será calificado como “potencialmente lesivo / nocivo”;
- 3) análisis de los efectos económicos que genera, lo que puede derivar en que un régimen potencialmente nocivo sea calificado como efectivamente pernicioso. Para efectuar esta última evaluación, se proponen una serie de preguntas a responder:
*¿Tiene el régimen fiscal preferencial como efecto el traslado de actividades hacia el país que lo aplica, antes que crear un volumen sustancial de nuevas actividades? • ¿Es la presencia y nivel de actividades en el país receptor acorde con el nivel de la inversión o de la renta? • ¿Es el régimen preferencial la razón fundamental para la localización de una actividad?*¹¹

No obstante, no existe una regla única a aplicar para llegar a esta conclusión. Si bien se consideran indicadores tales como la cantidad de contribuyentes que acceden al régimen, o el monto de los resultados exonerados, la evaluación se efectúa en una base “caso a caso”, que, aun cuando toma los antecedentes de otros regímenes, no pueden trasladarse automáticamente los resultados de un régimen a otro, debido a las particularidades de cada régimen y de la propia jurisdicción que concede los beneficios.

Al calificar un régimen como “nocivo”, se le propone a la jurisdicción que lo derogue o bien que lo enmiende eliminando los factores de riesgo. De no ser así, se habilita a los restantes Estados a tomar medidas defensivas para contrarrestar los efectos perniciosos que el mismo pueda ocasionar.

El Informe 1998 contiene una serie de “recomendaciones” al respecto, que se centran en anular los beneficios que se otorgan a los contribuyentes, y en alentar a las jurisdicciones a que los mismos sean enmendados o derogados.

El abanico de propuestas abarca desde medidas unilaterales para las jurisdicciones

10 Como se verá más adelante, los resultados de las evaluaciones realizadas por el FHTP para los países OCDE y G20 se encuentran publicados en la propia Acción 5, mientras que las revisiones de los regímenes correspondientes a los países del Marco Inclusivo se han publicado a través de los denominados “Informes de Progreso”, en donde se listan las conclusiones sobre los regímenes evaluados, así como anexos derivados del trabajo del referido Foro. Para Uruguay, los informes de progreso de relevancia son los correspondientes a los años 2017 y 2018:

<http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>

<http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2018-progress-report-on-preferential-regimes-9789264311480-en.htm>

11 OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 20.

que buscan proteger sus bases imponibles de los efectos nocivos que puedan provocar estas “prácticas fiscales perniciosas”, pasando por soluciones bilaterales a nivel de Convenios o Tratados, para finalizar reconociendo que son las acciones de cooperación internacional que buscan mitigar este fenómeno la solución más eficiente.¹²

En la primera categoría, puede mencionarse la introducción de cláusulas sobre “Sociedades Extranjeras Controladas” (cláusulas CFC, por sus siglas en inglés); restricciones en las disposiciones domésticas previstas para evitar la doble imposición internacional (por ejemplo, no exonerar rentas de fuente extranjera que se hayan beneficiado de este tipo de regímenes nocivos); o requerimientos de información a los contribuyentes relativa a transacciones internacionales efectuadas con entidades que se beneficien de estos regímenes, de manera tal que la misma pueda ser utilizada tanto por la administración local, como para el intercambio con cualquier otra jurisdicción que se considere como potencialmente relevante, en aplicación de acuerdos vigentes de intercambio espontáneo de información.

Sin perjuicio de lo anterior, se reconocen otra serie de medidas que los países ya están aplicando para contrarrestar los efectos nocivos de estas prácticas, tales como las limitaciones a la deducibilidad de ciertos gastos, o la aplicación de retenciones a pagos realizados hacia ciertas entidades.¹³

En lo que a recomendaciones a nivel de medidas bilaterales refiere, el Informe propone en primer lugar un mayor y más eficiente uso de los Acuerdos de Intercambio de Información, intensificando los intercambios que refieran a transacciones con empresas que se beneficien de este tipo de regímenes. Por otra parte, se recomienda también a los países considerar en sus Tratados, cláusulas de limitación de beneficios para contribuyentes o ingresos que se amparen a medidas que constituyan prácticas fiscales nocivas.

No obstante lo anterior, en el Informe se reconoce la ineficiencia de la adopción de medidas unilaterales para eliminar estas prácticas, fundamentalmente porque al tratarse de medidas aisladas, los países pueden ver perjudicada su posición relativa frente a otros países que no las adopten, ya que estas actividades geográficamente móviles pueden ser deslocalizadas fácilmente hacia otras jurisdicciones para eludir la aplicación de las mismas. Se termina reconociendo que las medidas unilaterales por sí solas no solucionan el problema, sino que solamente lo desplazan. Por tanto, se propone un enfoque multilateral para contrarrestar estas prácticas, de manera de reforzar la efectividad de las otras soluciones.

Es así que entre las recomendaciones propuestas, está la creación de listas de jurisdicciones consideradas “refugios fiscales”¹⁴ (antecedente inmediato de las posteriores “listas de jurisdicciones no cooperantes”), y el incremento de la cooperación fiscal internacional a través del intercambio de información.

12 OCDE (1998), “Competencia fiscal perniciosa: un tema global”. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>

13 En general, estas medidas se aplican mayoritariamente cuando se trata de operaciones con entidades residentes en jurisdicciones calificadas como “refugios fiscales”.

14 El término utilizado en inglés es “tax havens”, traducido al español erróneamente como “paraísos fiscales”.

En línea con lo anterior, y en paralelo a la evaluación llevada adelante por el FHTP, la Unión Europea (UE) comenzó en 2016 un proceso de tres pasos para la elaboración de una lista de lo que denominó “jurisdicciones no cooperantes en materia fiscal”¹⁵. Las tres etapas definidas fueron:

1) “scoreboard”: selección primaria de jurisdicciones de interés, basada en indicadores económicos, financieros, de estabilidad y de “buena gobernanza”.

2) “screening”: análisis de las jurisdicciones seleccionadas, identificándose a su vez tres factores de riesgo que facilitan la evasión fiscal: transparencia e intercambio de información, existencia de regímenes fiscales preferenciales, e imposición sobre la renta nula o reducida.

3) “listing”: una vez finalizada la evaluación, aquellas jurisdicciones que se rehusaran a cooperar, o no se comprometieran con las prácticas de “buena gobernanza” de la UE, serían incluidas en un listado de “jurisdicciones no cooperantes en materia fiscal”.

A su vez, se establecieron tres criterios para efectuar esta evaluación¹⁶: “transparencia fiscal” (implementación del intercambio automático de información financiera –CRS-, ratificar la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua, y contar con una amplia red de Acuerdos que permitan el efectivo intercambio de información fiscal); “tributación justa” (la jurisdicción no debería tener medidas fiscales preferenciales que puedan ser consideradas como nocivas – de acuerdo a criterios propios de la UE-, ni facilitar el uso de estructuras offshore que no reflejen una actividad económica real en la jurisdicción); y, finalmente, “implementación del paquete BEPS” (compromiso de adoptar el estándar mínimo BEPS e implementarlo consistentemente).

El primer listado fue publicado a fines de 2017, conteniendo una lista inicial de 17 jurisdicciones consideradas “no cooperantes en materia fiscal”, manteniéndose el proceso de evaluación para las restantes 47 jurisdicciones identificadas inicialmente (entre las que se encontraba Uruguay).

En función de lo reseñado precedentemente, y como puede apreciarse, a la luz del proceso iniciado por la UE, la calificación de un régimen como nocivo cobra una nueva dimensión.

3.2.4. El estándar previsto para los regímenes preferenciales

Una vez definido que estamos ante un régimen preferencial en los términos previamente mencionados, ello constituye la “puerta de entrada” a la evaluación por parte del FHTP. Para esto, se toman en consideración una serie de “factores de riesgo”, es decir, características que, de estar presentes en el régimen, derivan en la calificación del mismo como potencialmente nocivo. La Acción 5 toma nuevamente los criterios previstos en el Informe 1998, que consideraba cuatro factores claves y ocho factores secundarios;

15 https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2016-09-15_scoreboard-indicators.pdf

16 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14166-2016-INIT/en/pdf>

pero además, considerando el foco de la Acción 5 en requerir la existencia de actividad sustancial para los regímenes preferenciales, la evaluación se basa entonces en 5 factores fundamentales:

- Baja o nula tributación
- Compartimentación en relación a la economía nacional (ring-fencing)
- Falta de transparencia
- Inexistencia de intercambio de información
- Falta de sustancia

3.2.4.1. Requisitos de sustancia

Alineándose con los objetivos de todo el Plan BEPS, la Acción 5 hace especial hincapié en requerir que en los regímenes preferenciales los beneficios se otorguen a quienes realmente desarrollan la actividad objeto del mismo, yendo incluso más allá al requerir que sean quienes realicen las actividades que generan “los principales ingresos alcanzados por los beneficios”.¹⁷

Por otro lado, dentro de las categorías de regímenes preferenciales, son aquellos que otorgan beneficios fiscales a las rentas derivadas de activos de la propiedad intelectual (PI), los que generan mayores preocupaciones en términos de erosión de las bases imponibles de los Estados, ya que involucran factores fácilmente deslocalizables y tienen asociados grandes volúmenes de rentas.

Por tanto, se aplican requisitos de sustancia diferentes según se trate de regímenes que otorgan beneficios a las rentas derivadas de la propiedad intelectual (“regímenes PI”), o no (regímenes de “no PI”).

3.2.4.1.1. Requisitos de sustancia para regímenes PI¹⁸

La Acción 5 recomienda que se otorguen beneficios a rentas derivadas de activos de la Propiedad Intelectual (PI) sólo en la medida que las actividades de investigación y desarrollo que dieron lugar a este activo, se hayan desarrollado efectivamente en estas jurisdicciones. O, dicho en otras palabras, que no se utilice al régimen para desviar artificialmente rentas desde otras jurisdicciones.

Dada la fácil deslocalización de este tipo de activos, y los volúmenes de rentas que se manejan, los regímenes de PI son los que generan la mayor preocupación en términos de erosión de las bases imponibles.

Si bien en la Acción 5 no se pretende limitar el otorgamiento de beneficios fiscales a las actividades vinculadas a la PI, ya que se reconoce que se trata de actividades que

¹⁷ Los documentos elaborados por la OCDE refieren a “core income generating activities” (CIGA), para referirse a esta condición.

¹⁸ El presente apartado recoge lo previsto en el Capítulo 4 de la Acción 5.

son “un motor clave de crecimiento y empleo”¹⁹, sí se entendió necesario desarrollar lineamientos particulares para definir cuándo se entiende que se cumplen los requisitos de sustancia para este tipo de regímenes, a través del denominado “enfoque del nexo” (“*nexus approach*”).²⁰

No obstante lo anterior, y aún reconociendo la libertad de los países para otorgar incentivos fiscales a este tipo de actividades, el contenido de estas recomendaciones es sumamente rígido ya que abarca desde definiciones sobre los activos pasibles de quedar incluidos, hasta la determinación del monto de los beneficios fiscales.

En lo que refiere a los activos PI, la Acción los limita únicamente a tres categorías, en el entendido que sólo este tipo de activos emergen de actividades de investigación y desarrollo propiamente dichas: i) patentes en sentido amplio, ii) software registrado, y iii) otros activos intangibles que comparten las características de los anteriores en términos de utilidad, novedad e innovación (y que se sometan a procesos de registro y protección similares a las patentes). Con lo cual, no podrían otorgarse beneficios fiscales a rentas derivadas de cualquier otro intangible que no pueda clasificarse dentro de estas clases. Activos como marcas u otros de carácter comercial o de marketing (aún amparados por propiedad intelectual) no podrían considerarse al momento de otorgar los beneficios en ningún caso.

Y en lo que respecta al tipo de rentas que quedarían incluidas en el régimen preferencial, se restringe a “cánones o regalías, ganancias de capital y otras rentas de la venta del activo PI, así como la renta PI integrada derivada de la venta de productos...”. Esta última categoría incluye a aquellos regímenes que conceden beneficios a rentas PI aún cuando las mismas formen parte de la venta de productos “materiales” que tengan incorporados activos PI propiedad del contribuyente (en la Acción se refiere al “*embedded IP*”). En estos casos, el componente de la renta PI debería poder “separarse” de la renta total (que se compone además por las rentas derivadas del marketing y de la fabricación). A estos efectos, se sugiere utilizar un método basado en los principios de precios de transferencia.²¹ Ejemplo de esto, sería una empresa que fabrica y vende zapatos, utilizando para ello modelos industriales protegidos como patentes. En un régimen preferencial que otorga beneficios únicamente a rentas PI, de la renta total obtenida por la venta de zapatos, debería poderse identificar el porcentaje que corresponde a la patente, aplicársele el enfoque del nexo, y únicamente ése monto sería el importe exonerado.

Una vez definido el alcance de estos regímenes, el enfoque del nexo se desarrolla bajo la premisa de exonerar las rentas en función de la relación que guardan los gastos incurridos por el beneficiario para desarrollar el activo (cuantificando de esta manera las actividades en que se involucró para ello, realizadas en el país que otorga los beneficios),

19 OCDE, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 26.

20 El FHTP analizó otras dos posibles alternativas para establecer estos requisitos de sustancia. La primera centrada en la creación de valor y el requisito para los contribuyentes de llevar a cabo “un número importante de actividades significativas para el desarrollo”; y la segunda, basada en los principios de precios de transferencia (análisis en función de activos, riesgos y funciones).

21 OCDE, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia*, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 48.

sobre los gastos totales incurridos a estos efectos. De esta manera, se pretende asegurar que quienes acceden al régimen preferencial son únicamente aquellos que “crearon el valor”, utilizando un indicador de sustancia basado en gastos y exonerando un porcentaje de la renta obtenida, que coincide con el cociente antedicho.

Lo anterior puede visualizarse a través de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Gastos que dan derecho al beneficio en los que se incurre para desarrollar un activo de PI}}{\text{Total de gastos incurridos para desarrollar un activo de PI}} \times \text{Total de la renta derivada del activo PI} = \text{Renta sujeta a beneficios fiscales}$$

Adicionalmente, en la Acción también se definen tanto los gastos “elegibles” (aquellos que dan derecho a la aplicación del régimen) como los gastos totales, de manera de impedir “la mera contribución de capital o que los gastos para la actividad sustancia I+D sean sufragados por terceros, distintos al contribuyente...”.²²

Los gastos elegibles comprenden aquellas erogaciones realizadas por el propio contribuyente, vinculadas directamente con el activo PI. Como puede apreciarse, es una definición general en la que, no obstante, se excluyen las adquisiciones de PI y los gastos con vinculadas, así como los intereses, costes de construcción, costes de adquisición o cualquier otro costo que no esté directamente vinculado a un activo PI específico. Para no penalizar excesivamente a beneficiarios que adquieran activos de PI o incurran en gastos por tercerizaciones, se admite incrementar 30% el numerador, obviamente siempre y cuando el ratio final no supere el 100% como renta a exonerar.

Por su parte, por gastos totales se entiende a los comprendidos en el numerador, más los gastos en tercerizaciones incurridos con partes vinculadas, y los costos por adquisiciones de PI.

Así definidos, la idea subyacente es que si el contribuyente incurre en todos los gastos necesarios (elegibles de acuerdo a los criterios anteriores) para desarrollar el activo PI, accede íntegramente a la exoneración; mientras que si solamente compra y vende el activo, entonces por la renta obtenida no puede beneficiarse del régimen.

3.2.4.1.2. Requisitos de sustancia para regímenes de no PI

Para los restantes regímenes incluidos en el ámbito de la Acción (descritos en el apartado 3.2.2.), el requisito de sustancia refiere a que quien recibe los beneficios debe ser el contribuyente que haya llevado a cabo “las actividades generadoras de la renta principal requerida para producir el tipo de renta empresarial cubierta por el régimen preferencial.”²³

²² OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 30.

²³ OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 71.

En función de esta idea base, en el Informe de Progreso 2017²⁴ se incorporaron lineamientos complementarios para asegurar que se cumple con el factor de sustancia, que pasan en primer lugar por requerir a las jurisdicciones que definan claramente las actividades generadoras de la renta principal (CIGA por sus siglas en inglés) comprendida en el régimen; y que se exija a las empresas que pretenden ampararse al régimen, que empleen recursos humanos adecuados con calificaciones y remuneraciones acordes a las actividades que se realizan, e incurran en gastos operativos suficientes para desarrollar las mismas.²⁵

3.2.4.2. Los restantes factores de riesgo

3.2.4.2.1. Ring fencing

El denominado “ring fencing”, o “compartimentación respecto a la economía nacional”, se reconoce como uno de los factores claves para evaluar si un régimen puede ser catalogado como “potencialmente lesivo”, en el entendido que al adoptar estas medidas, la jurisdicción se “protege a sí misma” de los efectos nocivos del régimen, con lo que sus efectos sólo afectarán negativamente a “bases imponibles extranjeras”.²⁶

De acuerdo a las definiciones contenidas en el Informe 1998, el “ring fencing” puede adquirir diversas formas, entre las que puede mencionarse²⁷:

- a. excluir implícita o explícitamente a los contribuyentes residentes de la posibilidad de acogerse a los beneficios.

Esta restricción de acceso puede manifestarse explícitamente mediante la prohibición directa para los residentes de acceder al régimen; o bien, implícitamente, estableciendo por ejemplo criterios de elegibilidad que en la práctica impidan el acceso a contribuyentes locales (exigiendo cumplir determinadas condiciones que hagan que en los hechos sólo grupos multinacionales puedan acceder a los beneficios), o neutralizando los beneficios cuando opera un residente.

- b. imposibilidad para los beneficiarios del régimen, de acceder al mercado doméstico.

Nuevamente, esta restricción puede materializarse de manera explícita, a través de la prohibición directa a los beneficiarios de operar en el mercado interno; o de manera implícita, por ejemplo, si el tratamiento preferencial se otorgara únicamente a entidades que realicen transacciones internacionales, o se limitara a transacciones realizadas en moneda extranjera (si en el país existieran restricciones a la posibilidad de operar en moneda extranjera para operaciones domésticas).

24 <http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>

25 Si bien tanto en la Acción 5 como en el Reporte de Progreso 2017 se exige que los beneficios fiscales se otorguen a los contribuyentes que desarrollen las CIGA, de alguna manera se flexibiliza este requisito para las jurisdicciones no integrantes de la UE, de manera de permitir que las CIGA sean desarrolladas dentro de la jurisdicción que otorga los mismos.

26 OCDE (1998), “Competencia fiscal perniciosa: un tema global”. Párrafo 62.

27 Vid. Consolidated application note. Guidance in applying the 1998 Report to preferential tax regimes. OECD, 2004. www.oecd.org/ctp/harmful/30901132.pdf.

Es importante puntualizar que no se verifica ring fencing derivado de disposiciones que involucran la estructura general del sistema tributario de la jurisdicción, o con medidas previstas para evitar o mitigar la doble tributación. De esta manera, se reconoce que no hay ring fencing simplemente porque el país adopte un sistema territorial de imposición, o grave a los residentes por su renta mundial y a los no residentes por sus rentas de fuente doméstica.²⁸

3.2.4.2.2. Falta de transparencia

Otro de los factores primordiales a la hora de evaluar el potencial pernicioso de un régimen, es la falta de transparencia del mismo. En el contexto de regímenes fiscales perniciosos, la transparencia refiere a las prácticas administrativas llevadas adelante por las autoridades fiscales que administran y controlan la concesión de los beneficios. Se entiende que un régimen es transparente cuando los criterios para aplicar al mismo están definidos de manera clara y objetiva, y se encuentren disponibles públicamente, de manera de reducir la discrecionalidad a la hora de otorgar los beneficios por parte de las autoridades competentes, evitando la discriminación entre contribuyentes.²⁹

3.2.4.2.3. Falta de intercambio efectivo de información respecto al régimen

Relacionado con la falta de transparencia, el cuarto factor de riesgo determinante refiere a la imposibilidad de la jurisdicción que otorga los beneficios, de intercambiar información con otros países (o la falta de cooperación o voluntad para intercambiar) relativa al régimen en cuestión. El riesgo en este caso, radica en que las jurisdicciones, al carecer de información, no pueden evaluar los potenciales efectos nocivos que el régimen puede causar sobre sus bases imponibles.

Esta falta de intercambio efectivo puede deberse a que el país no cuenta con los instrumentos normativos necesarios para intercambiar información con otros países, o, a través de prácticas administrativas o políticas internas, en la práctica el país no proporciona dicha información.

3.2.4.2.4. Factores secundarios³⁰

Conjuntamente con los cuatro factores principales, el Informe 1998 identifica ocho factores secundarios, que por sí solos no constituyen indicios determinantes para considerar el potencial lesivo de un régimen, pero que complementan a los factores principales. Estos factores son:

- a. Definición artificial de la base imponible.
- b. Incumplimiento de los principios internacionales en materia de precios de transferencia.

²⁸ Consolidated application note. Guidance in applying the 1998 Report to preferential tax regimes. OECD, 2004. Párrafo 65.

²⁹ OCDE (1998), "Competencia fiscal perniciosa: un tema global". Párrafo 63.

³⁰ OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Párrafo 16.

- c. Exención fiscal en el país de residencia para las rentas de fuente extranjera.
- d. Base imponible o tasa negociable.
- e. Existencia de cláusulas de confidencialidad o secreto.
- f. Acceso a una extensa red de Convenios Fiscales.
- g. Promoción del régimen como un vehículo de minimización fiscal.
- h. El régimen fomenta operaciones y acuerdos que tienen como motivo el meramente fiscal y no implica actividades sustanciales.

En el Informe de Reporte 2018³¹, se agrega como anexo una actualización realizada por el FHTP respecto a la categorización de los factores de riesgo, reconociendo cinco factores principales (tasa nula o reducida, falta de sustancia, ring fencing, falta de transparencia y falta de efectivo intercambio de información), y dejando de lado alguno de los factores secundarios (se reconoce por ejemplo que ni el acceso a una vasta red de tratados, ni el promocionar al régimen como una herramienta para minimizar la carga tributaria, son útiles al momento de evaluar un régimen). Asimismo, se especifica que la presencia de los “otros factores” no indican de por sí que el régimen sea potencialmente nocivo, sino que proporcionan evidencia sobre la presencia de los factores principales.

3.2.5. Cronograma de implementación.

En la medida que los regímenes preferenciales de los países OCDE y G20 fueron evaluados en instancias previas a la aprobación del Plan BEPS (bajo los parámetros del Informe 1998), en el texto final de la Acción 5 se publican los resultados de esta evaluación³², excepto para los regímenes PI³³.

En cambio, fue preciso implementar un nuevo cronograma para los países del Marco Inclusivo BEPS para enmendar o abolir aquellos regímenes que no cumplieran con el estándar, puesto que su incorporación fue posterior a la publicación de los documentos finales.

A continuación se detalla el cronograma acordado para los regímenes de jurisdicciones que se incorporaron al Marco Inclusivo desde 2016 y durante el 2017³⁴:

31 <http://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-2018-progress-report-on-preferential-regimes-9789264311480-en.htm>

32 OCDE, Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. Capítulo 6.

33 Esto porque, en función de los nuevos lineamientos previstos para estos regímenes en la Acción 5 (enfoque del nexos), la evaluación de estos regímenes se realizó una vez aprobado el enfoque del nexos. Los resultados de dicha evaluación pueden consultarse en el Reporte de progreso correspondiente al año 2017 (<http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>)

34 Anexos 1 y 2 reporte 2017. Este cronograma se ha ido adaptando para nuevas incorporaciones al MI, posteriores al 2017.

	Regímenes PI	Regímenes no PI
Fecha máxima para enmendar / abolir el régimen	No más allá del 30/06/2018	Hasta un año después de la fecha de publicación de Reporte de Progreso 2017 (16 de Octubre de 2017), o si ello no fuera posible debido al proceso legislativo requerido, al 31 de Diciembre de 2018.

Grandfathering:

Sin perjuicio de lo mencionado precedentemente, en el párrafo 65 de la Acción 5 se prevé que las jurisdicciones puedan conceder un plazo especial para que los contribuyentes que ya se beneficiaban de regímenes PI que no cumplían con el enfoque del nexo, pudieran seguir haciéndolo bajo las “antiguas” reglas, hasta una fecha especial prevista a tales efectos: 30 de junio de 2021. Esta previsión contemplaba inicialmente a los países OCDE-G20 con regímenes PI que no cumplieran con el enfoque del nexo.

Con la implementación del Marco Inclusivo y la integración de nuevos regímenes de países no OCDE-G20, se entendió conveniente conceder este plazo extendido también para los regímenes que no cumplieran con el nuevo estándar, abarcando tanto a los regímenes PI como a los no PI, pero únicamente para aquellos contribuyentes que ya se hubieran beneficiado del régimen preferencial en forma previa a la publicación de los resultados de la evaluación llevada adelante por el FHTP.^{35 36}

3.2.6. Monitoreo

Una vez definido el estándar antes visto, y completada la etapa de revisión de regímenes, el FHTP dio un paso más allá, incluyendo un proceso de monitoreo.

Este seguimiento refiere a diferentes aspectos cubiertos en la Acción 5.

En primer lugar, para los regímenes no PI, se prevé el monitoreo respecto a los mecanismos implementados por las jurisdicciones para controlar que los contribuyentes cumplan con los requisitos de sustancia, vigente para ejercicios fiscales que comiencen a partir del año 2018.³⁷

La información a reportar anualmente incluye entre otros datos estadísticos: cantidad de contribuyentes que se benefician del régimen, cantidad de recursos humanos empleados, monto de gastos operativos incurridos para el desarrollo de tales actividades, e ingresos netos por los cuales se otorgan los beneficios.

Se prevé además que estos datos se requieran solamente respecto de contribuyentes que sean parte de Grupos Multinacionales de Gran Dimensión Económica (definidos éstos en la Acción 13, como aquellos con ingresos consolidados superiores a los 750 mi-

35 OECD (2017), Harmful Tax Practices - 2017 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264283954-en> - Anexo B

36 16 de octubre de 2017.

37 OECD (2017), Harmful Tax Practices - 2017 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264283954-en>

llones de Euros),³⁸ de manera de balancear la necesidad de aportar información, con los costos administrativos de obtenerla. Adicionalmente, tampoco se requiere aportar datos sobre aquellos regímenes con un número tan pequeño de beneficiarios, que el efecto de proporcionar esta información podría implicar revelar la identidad de los mismos.

Por otra parte, también se prevé que las jurisdicciones deban informar estadísticas respecto a los regímenes no PI que hayan incorporado el “grandfathering”.

4. Discusión: los regímenes preferenciales en Uruguay bajo el ámbito de revisión de la Acción 5.

4.1. Cuestiones generales

Al tomar la decisión de adherirse al Marco Inclusivo BEPS en junio de 2016, Uruguay se comprometió a adoptar el estándar mínimo acordado. Como se mencionara, ello implicaba incorporar las recomendaciones previstas en las Acciones 5, 6, 13 y 14; y, en particular, someter a un proceso de revisión ante el FHTP a los regímenes preferenciales que involucraban exoneraciones del impuesto a la renta corporativo a actividades geográficamente móviles³⁹.

Este proceso se inicia en 2017, en donde en el ámbito del FHTP se presentaron a consideración los siguientes regímenes⁴⁰:

Régimen	Categoría
Zonas francas	Régimen de centros de distribución y de centros de servicios
Zonas francas	Régimen de PI
Exoneración lit. S) art. 52 del Título 4 – Software y biotecnología	Miscelánea
Exoneración lit. S) art. 52 del Título 4 – Software y biotecnología	Régimen de PI
Decreto 251/014 – Centro de servicios compartidos	Régimen de centros de distribución y de centros de servicios
Decreto 11/013 - Biotecnología	Miscelánea
Decreto 11/013 - Biotecnología	Régimen de PI
Principio de fuente*	Miscelánea
Incentivos bajo la Ley 16.906**	Miscelánea
Decreto 663/008 - Reorganización empresarial	Miscelánea

* Es curiosa la inclusión del criterio de fuente territorial aplicado por Uruguay como régimen preferencial dentro del ámbito del trabajo del FHT, ya que previamente no se habían evaluado criterios generales aplicados por las jurisdicciones.

** Beneficios automáticos previstos en el Capítulo II de la Ley 16.906.

38 El fundamento radica en no incrementar los costos administrativos derivados de obtener esta información. No obstante, se prevé que si no se pudiera identificar a este grupo de contribuyentes, las jurisdicciones opten por informar adoptando una “perspectiva más amplia”.

39 En la normativa nacional existe una amplia gama de incentivos fiscales, no obstante, los regímenes evaluados hasta el momento por el FHTP son los que se listan a continuación.

40 Informes de Progreso 2017 y 2018.

De la primera ronda de revisión (realizada durante el 2017), el FHTP concluye que tanto el criterio de fuente territorial como los beneficios automáticos incluidos en el Capítulo II de la Ley 16.906, no quedaban dentro del ámbito de trabajo del FHTP; mientras que el régimen previsto en el Decreto 663/008 se consideró como derogado/abolido.

Respecto a los restantes regímenes enumerados, el FHTP entendió que no cumplían con los lineamientos de la Acción 5, presentando por lo menos alguno de los factores de riesgo antes vistos (además de la tasa efectiva nula o reducida).

Frente a esta conclusión, y ante la eventualidad que alguno de los referidos regímenes se calificara como potencial o incluso, efectivamente nocivo (lo que a priori se entendería que no es una opción a considerar), a Uruguay se le presentaban dos alternativas: enmendar los regímenes, o derogarlos.

Por tanto, debió efectuarse un análisis de cada uno de los regímenes en cuestión.

En términos generales, las recomendaciones en materia de política tributaria relativas a la concesión de incentivos fiscales, se justifican en diversos motivos, entre los que se encuentran las externalidades positivas que genera esa inversión (apoyando industrias “infantiles”, que requieren apoyo mientras logran la “madurez” necesaria para alcanzar las destrezas competitivas suficientes), o la necesidad de responder a rebajas impositivas u otros beneficios fiscales otorgados por otros países que compiten por las mismas inversiones. Sin embargo, se entiende que las mismas deberían ser de carácter transitorio, ya que generan inequidades con otros sectores de la economía que no pueden acceder a los mismos, aumentando la presión tributaria sobre el resto de la economía para compensar esta pérdida de recursos.⁴¹

Claramente, las circunstancias económicas y jurídicas de los regímenes de Uruguay en cuestión eran (y son) muy diferentes, así como su relevancia para el país. En efecto, tómesese por ejemplo el régimen de Zonas Francas, que sólo en la parte de actividades de servicios emplea a más de 10.000 personas⁴² y constituye un pilar fundamental en las exportaciones del país (exportando casi 2.000 millones de dólares anuales sólo en el sector servicios, siendo el principal sector exportador desde las zonas francas).⁴³ O el régimen previsto en el Decreto 11/013 – Biotecnología-, que involucra a poco más de 100 potenciales empresas que giran en el área, pero apunta a fomentar actividades con alta demanda de trabajo calificado y gran énfasis en el desarrollo tecnológico, la innovación y la generación de conocimiento.^{44 45} A los factores anteriores debe sumársele los factores jurídicos, que refieren a los compromisos asumidos por el Estado en el sentido de garantizar la estabilidad a los beneficios otorgados, siendo el régimen de Zonas Francas el

41 Vid. Artana, Daniel y Templado, Ivana. “La eficacia de los incentivos fiscales. El caso de las zonas francas de exportación de Costa Rica, El Salvador y República Dominicana.” Banco Interamericano de Desarrollo. Abril, 2015.

42 Informe “Contribución al empleo. Análisis de la ocupación en Zonas Francas.” Censo de Zonas Francas 2017. Área de Zonas Francas. Dirección General de Comercio.

43 Informe “Contribución a las exportaciones en 2017. Análisis de las exportaciones desde Zonas Francas. Censo de Zonas Francas 2017. Área de Zonas Francas. Dirección General de Comercio.

44 https://www.miem.gub.uy/sites/default/files/plan_sectorial_biotecnologia.pdf. Sin embargo, no se encontraron datos públicos respecto a la cantidad efectiva de empresas que se han beneficiado del régimen, ni los montos exonerados.

45 Vistos y considerandos del Decreto 11/013.

caso paradigmático, ya que en el artículo 25 de la Ley 15.921 (en su redacción original), se prevé que *“El Estado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, asegura al usuario, durante la vigencia de su contrato, las exoneraciones tributarias, beneficios y derechos que esta ley le acuerda.”* En el mismo sentido, en la redacción original del Decreto 251/014 se exoneraba del 90% del IRAE, a las rentas que obtengan las empresas comprendidas en el régimen, por un plazo de entre 5 y 10 ejercicios, en función del cumplimiento de los requisitos allí previstos.

Un caso diferente es el de la exoneración prevista en el lit. S) del artículo 52 del Título 4, correspondiente a las actividades de Software, biotecnología y bioinformática. Tratándose de un sector consolidado, gran exportador, y sin desempleo⁴⁶, podría cuestionarse la conveniencia de mantener los beneficios tributarios que llevaban casi veinte años de vigencia.

Evaluadas las distintas alternativas, Uruguay decide mantener todos los regímenes, con lo que debió efectuar los cambios necesarios para llevarlos al estándar BEPS.

Lo anterior conlleva una serie de aspectos positivos y negativos.

Como se detallará en el presente capítulo, los regímenes que presentan una mayor relevancia para el país desde el punto de vista económico (Zonas Francas y la exoneración para el sector del Software), no otorgaban beneficios cuando la actividad se desarrollaba hacia el mercado interno, lo que constituía ring fencing desde la óptica de la Acción 5. Al decidir mantener los referidos regímenes preferenciales, este factor de riesgo debía ser eliminado, subsanando esta asimetría, permitiendo la prestación de servicios hacia el mercado interno sin perder las exoneraciones. Claramente, las consecuencias de esto se centran en la pérdida de recaudación por parte de la Administración Tributaria, que, si bien puede ser mitigada por la aplicación de la denominada “regla candado” (como se recordará, la misma prevé que sólo podrán deducirse aquellos costos y gastos que constituyan para la contraparte rentas gravadas por algún tipo de imposición)⁴⁷, no termina de compensar los ingresos exonerados con los costos y gastos que la contraparte no puede deducir. Esta última afirmación puede verificarse, por ejemplo, cuando el prestatario del servicio es una entidad que no se encuentra obligada a tributar en base al régimen de contabilidad suficiente, sino que liquida el IRAE en forma ficta.

Por otro lado, como aspectos positivos, puede mencionarse en primer lugar, el hecho de introducir requisitos de sustancia para quienes pretendan acceder a los regímenes preferenciales, requiriendo que quien percibe los beneficios fiscales sea quien realmente desarrolla la actividad en cuestión. Si bien alguno de los regímenes objeto de revisión ya contenían disposiciones relativas al cumplimiento de este punto (aun cuando estrictamente no se alinearán íntegramente al concepto de sustancia previsto en la Acción 5), otros no contenían ninguna previsión al respecto. Tal es el caso de la exoneración relativa a la actividad del Software (lit. S) del art. 52 del T. 4), lo que propiciaba la alocación artificial de rentas en Uruguay por parte de empresas que no desarrollaban software en el país, sino que “triangulaban” con terceros países, o simplemente comercializaban

46 <http://marcapaisuruguay.gub.uy/uruguay-lidera-la-produccion-de-software-en-america-latina/>

47 Artículo 19, Título 4.

Software sin llegar a desarrollarlo, aprovechando las ventajas fiscales del régimen. En definitiva, como el régimen no preveía medidas específicas que permitieran verificar que el beneficiario de la exoneración era quien realmente aportaba el valor agregado (desarrollaba software, o prestaba los servicios conexos), los beneficios se otorgaban aun cuando no se cumpliera con los objetivos del régimen, lo que evidentemente ocasionaba un sacrificio fiscal al país sin ningún aporte, ventaja o provecho a cambio.

Otro aspecto positivo, es la necesidad de contar con información económica relativa a los regímenes, necesaria para llevar adelante el monitoreo previsto en la Acción 5 y sus documentos anexos. Si bien en alguno de los regímenes vigentes en Uruguay ya existían requerimientos de presentación de información periódica, la mejora pasa por sistematizar y uniformizar los mismos, lo que redundará en que el país pueda contar con datos valiosos que le permitan tomar decisiones basadas en información obtenida directamente por parte de los beneficiarios.

4.2. Regímenes

En los siguientes apartados se analizarán las características que presentaban cada uno de los regímenes que Uruguay se comprometió a enmendar para adecuarlos al estándar BEPS, así como los cambios realizados para lograr esta adecuación.

4.2.1. Exoneración lit. S) art. 52 del Título 4 – Software y biotecnología.

4.2.1.1. Antecedentes

Desde hace veinte años, el sector del Software en Uruguay ha gozado de beneficios tributarios. La primera norma que previó beneficios fiscales fue el Decreto N° 84/999 (23 de marzo de 1999), que enmarcado en los beneficios sectoriales previstos en la Ley 16.906, declaraba promovida a la “actividad de producción del sector software, en condiciones de competencia internacional”. El Decreto 387/000 (28 de diciembre de 2000) fija el alcance objetivo de las franquicias, exonerando del IRIC (y de los futuros impuestos que graven rentas empresariales), a las rentas derivadas de esta actividad, por los ejercicios finalizados a partir del 1 de enero de 2001 y hasta el 31 de diciembre de 2009⁴⁸, sin distinguir el destino de los productos obtenidos. Para acceder a la exoneración, las empresas debían presentar una declaración jurada ante la COMAP, a efectos de su registro.

El artículo 140 del Decreto 150/007 (26 de abril de 2007) incorpora al IRAE la misma exoneración sin destino, pero con algunas variantes dadas por sucesivas modificaciones e incorporaciones. En primer lugar, el Decreto 396/008 (18 de agosto de 2008) la limita subjetivamente, excluyendo la posibilidad de exonerarse a las empresas unipersonales y a las sociedades de hecho, e incorpora a la exoneración a las rentas derivadas de ciertos servicios vinculados (desarrollo, prueba e implantación en el cliente, actualización y corrección de versiones, etc., siempre que se cumpliera con que las actividades fueran desarrolladas directamente por el productor del soporte lógico, o que fueran servicios prestados a empresas productoras de soportes lógicos). Y en segundo lugar, el Decreto 348/009 (3 de agosto de 2009), establece un límite temporal, reduciendo la exoneración

48 Sucesivos decretos fueron modificando la fecha del fin de la exoneración: 425/004, 180/005, 522/005 y 632/006.

en un 50% para los ejercicios finalizados entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre del mismo año.

Por su parte, en el artículo 52 del Título 4 (en la redacción dada por la Ley 18.083, de 27 de diciembre de 2006), se incorpora el literal S) exonerando a “las rentas derivadas de investigación y desarrollo en las áreas de biotecnología y bioinformática, y las obtenidas por la actividad de producción de soportes lógicos y de los servicios vinculados a los mismos, que determine el Poder Ejecutivo, siempre que los bienes y servicios originados en las antedichas actividades sean aprovechados íntegramente en el exterior.” La reglamentación del texto legal (artículo 163 bis Decreto 150/007) establecía el alcance de la misma, comprendiendo a “las rentas provenientes del arrendamiento, cesión de uso o enajenación de bienes incorpóreos, patentables o no, y de informaciones relativas a experiencias científicas, que sean resultado de actividades de investigación y desarrollo en las áreas de biotecnología y bioinformática realizadas por las entidades investigadoras”, así como ciertos servicios de asesoramiento en dichas áreas, y determinados servicios vinculados a los soportes lógicos. En todos los casos, la condición fundamental (podría decirse que la única) era que los bienes o servicios fueran aprovechados íntegramente en el exterior.

Por lo anteriormente reseñado, el régimen preferencial que el FHTP evaluó era únicamente el comprendido en el literal S) del artículo 52 del Título 4, que, dada la categorización de regímenes de la Acción 5, fue considerado tanto como un régimen de PI como un régimen de servicios misceláneo.

En ambas hipótesis, el régimen no cumplía con los lineamientos de la Acción 5, ya que presentaba estanqueidad frente al mercado doméstico (ring-fencing), y no exigía los requisitos de sustancia acordados en el estándar, con lo cual, de no removerse estos factores de riesgo, el régimen sería considerado como “potencialmente nocivo” (y, eventualmente, como efectivamente nocivo al evaluarse sus posibles efectos económicos en terceros países).

En efecto, el otorgar beneficios únicamente cuando los bienes o servicios se aprovecharan en el exterior constituía claramente ring fencing; mientras que no se establecía ningún mecanismo que permitiera verificar que quien obtenía el beneficio era quien realmente había realizado la actividad objeto del mismo.

4.2.1.2. Adecuaciones al régimen

Para adecuar el régimen, en principio debía eliminarse la restricción para operar en el mercado doméstico, e introducir el enfoque de nexo (para el componente de PI), y los requisitos de sustancia para el componente de servicios. Este proceso de adecuación comenzó con la aprobación de la Ley N° 19.535, que en su artículo 247 modificaba el texto del literal S) del artículo 52 del Título 4. No obstante, este nuevo texto no cumplía totalmente con los requisitos del estándar, con lo que fue necesaria una nueva modificación legal al literal S), la que se materializó a través de la aprobación de la Ley N° 19.637 (13 de julio de 2018), cuya vigencia se estableció para ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018.

El nuevo régimen se diseñó a partir de la distinción del origen de las rentas (y no de su destino), eliminándose por tanto el ring fencing; y estableciendo tratamientos diferenciales según se trate de rentas derivadas de ciertos activos (num. 1), o de determinados servicios (num. 2).

4.2.1.2.1. Rentas derivadas de activos

El numeral 1) del literal S) del artículo 52 del Título 4 establece que estarán exoneradas las rentas derivadas de las actividades de “investigación y desarrollo en las áreas de biotecnología y bioinformática, y de producción de soportes lógicos, siempre que los activos resultantes se encuentren amparados por la normativa de protección y registro de los derechos de propiedad intelectual.”

Como se mencionara en el Capítulo 3, la Acción 5 delimita los activos PI pasible de acceder a beneficios, entre los que se incluye al “software registrado” y a otros activos “patentables”. Es por ello que el texto legal exige el registro de estos activos para poder acceder a la exoneración, y el Decreto reglamentario especifica que los soportes lógicos comprendidos son aquellos registrados de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 9.739 (17 de diciembre de 1937) – Ley de Derechos de Autor⁴⁹; y los activos derivados de actividades de I+D en las áreas de Biotecnología y Bioinformática, serán los registrados de acuerdo a esta última norma o aquellos amparados a la Ley N° 17.164 (2 de setiembre de 1999) – Ley de Patentes⁵⁰.

Adicionalmente, para delimitar las rentas alcanzadas por el régimen, y despejar dudas respecto a la aplicación del beneficio al “embedded IP”⁵¹, se restringe la exoneración exclusivamente a las “derivadas del arrendamiento, uso, cesión de uso o enajenación de bienes intangibles”⁵².

Para las rentas derivadas de los activos así definidos, se introduce el enfoque del nexo, con lo que el monto a exonerar resultará de aplicar un cociente que sigue los lineamientos ya vistos de la Acción 5 (que incluye el incremento en el numerador del 30%).

Finalmente, en el texto legal se prevé la posibilidad de que el Poder Ejecutivo conceda un plazo especial para que los contribuyentes que al 31 de diciembre del 2017 se hubieran amparado a la exoneración entonces vigente, pudieran seguir accediendo a dichos beneficios hasta el 30 de junio de 2021. El Poder Ejecutivo hace uso de esta facultad, y a través de los artículos 161 quater (Software) y 162 ter (biotecnología y bioinformática) del Decreto 150/007, establece un régimen opcional transitorio para aquellos contribuyentes que a la referida fecha se hubieran amparado al régimen anterior, pero únicamente por las rentas derivadas de activos adquiridos o desarrollados con anterioridad al 31 de octubre de 2017 (*grandfathering* únicamente para rentas derivadas de activos PI).

49 Artículo 161 bis del Decreto 150/007, en la redacción dada por el Decreto 244/018 (13 de agosto de 2018).

50 Artículo 162 bis del Decreto 150/007, en la redacción dada por el Decreto 305/018 (27 de setiembre de 2018).

51 Ver apartado 3.2.4.1.1.

52 Artículo 161 bis del Decreto 150/007, en la redacción dada por el Decreto 244/018 (13 de agosto de 2018); y artículo 162 bis del Decreto 150/007, en la redacción dada por el Decreto 305/018 (27 de setiembre de 2018).

4.2.1.2.2. Rentas derivadas de servicios

El numeral 2) del literal S) del artículo 52 del Título 4 establece que estarán exoneradas las rentas derivadas de las actividades de “servicios de investigación y desarrollo en las áreas de biotecnología y bioinformática, desarrollo de soportes lógicos y los servicios vinculados a los mismos.”

El requisito de sustancia en este caso se traduce en exigir que la actividad sea desarrollada por el sujeto pasivo en territorio nacional, utilizando como indicadores los recursos humanos utilizados (acorde a los servicios prestados), y el monto de los gastos y costos directos incurridos en el país para la prestación de los mismos (a estos efectos, la normativa uruguaya establece que se considera que la actividad se realiza en territorio nacional, cuando este monto excede el 50% del total de los gastos y costos directos incurridos en el ejercicio para la prestación de estos servicios)⁵³.

4.2.1.3. Monitoreo

Para completar la adecuación del régimen al estándar, se introdujeron requisitos formales para los contribuyentes, a efectos de contar con información detallada respecto a los contribuyentes que acceden al mismo. El inciso tercero del literal S) del artículo 52 del Título 4 establece que para acceder a la exoneración, los contribuyentes deben presentar ante DGI una declaración jurada, disposición que fue reglamentada por el artículo 161 ter del Decreto 309/018. Por su parte, la Resolución N° 10403/2018 (28 de noviembre de 2018) detalla el contenido de la misma: monto de los ingresos exonerados en el ejercicio, identificación de los activos PI, montos para determinar el cociente de exoneración, recursos humanos empleados, etc.⁵⁴. Esta obligación aplica tanto para quienes obtengan rentas derivadas de activos PI como para los prestadores de servicios de desarrollo de Software y servicios vinculados.

4.2.2. Zonas francas

4.2.2.1. Antecedentes

Si bien el régimen de Zonas Francas fue creado originalmente en el año 1923 a través de la Ley 7.593, no fue hasta la aprobación de la Ley 15.921 (17 de diciembre de 1987) que cobró verdadera importancia en el panorama tributario nacional, constituyéndose en uno de los principales incentivos fiscales del país. Y esto es así porque desde sus inicios consagra una exoneración amplísima de tributos a quienes adquieran la calidad de usuarios. En efecto, el artículo 19 de la Ley 15.921 (en su redacción original), establecía que “los usuarios de las zonas francas están exentos de todo tributo nacional, creado o a crearse, incluso de aquellos en que por ley se requiera exoneración específica, respecto de las actividades que desarrollen en la misma.” Esta exoneración no comprendía a las Contribuciones Especiales de Seguridad Social, ni las prestaciones pecuniarias establecidas a favor de personas de derecho público no estatales de seguridad social.

53 Ver nota anterior.

54 Numerales 1 y 2 de la Resolución N° 10403/2018.

Originalmente nace como un régimen enfocado principalmente a la actividad industrial. Sin embargo, luego de la aprobación de la Decisión N° 8 del MERCOSUR (5 de agosto de 1994)⁵⁵, se volcó fundamentalmente hacia las actividades de servicios.⁵⁶ Esto puede visualizarse claramente en la cantidad de usuarios autorizados que desarrollan una u otra actividad: en el 2017, la cantidad de usuarios que desarrollaban actividades de comercio y servicios ascendía a 1.162 – 512 usuarios en comercio, 650 usuarios en servicios-, frente a 43 usuarios en el sector Industria. Lo anterior se refleja además en los indicadores de empleo: el sector comercio empleaba en 2017 a 2.556 personas, y el de servicios 10.237, mientras que los usuarios industriales empleaban a poco más de 1.600 personas.⁵⁷

Como puede apreciarse, en las zonas francas se permitía la realización de todo tipo de actividades: industriales, comerciales y de servicios. Sin embargo, bajo el régimen vigente hasta el 2018, no se autorizaba la realización de actividades en territorio nacional no franco (TNF), ni la prestación de servicios hacia TNF, salvo contadas excepciones. En efecto, a través del artículo 65 de la Ley 17.292, se flexibiliza el ámbito de las actividades permitidas para los usuarios hacia TNF pero manteniendo los beneficios fiscales (centro internacional de llamadas –excepto cuando el único o principal destino era el TNF-, casillas de correo electrónico, educación a distancia, y emisión de certificados de firma electrónica). Además, se habilitó a que el Poder Ejecutivo autorice otras actividades que “resultaran beneficiosas para la economía nacional o para la integración económica y social de los Estados”, pero en este caso se aclaraba que si se habilitase “la prestación de nuevos servicios desde zona franca hacia el territorio no franco”, los mismos estarían alcanzados por el régimen tributario vigente al momento de la habilitación.

Haciendo uso de esta facultad, se emitieron diversas normas: Decreto 84/006 –para ciertos servicios de software-, Decreto 496/007 –servicios de gestión, contabilidad y similares, para ciertas actividades logísticas portuarias-, Decreto 539/009 –revelado de material fílmico, digitalización y color, y Decreto 330/016 –amplía los servicios de gestión habilitados por Decreto 496/007 pero sin restricción por sector de actividad pero con un tope-.

Con lo cual, hasta principios del 2018⁵⁸ los usuarios podían realizar todo tipo de actividades comerciales, industriales o de servicios dentro de la zona, pero únicamente podían prestar ciertos servicios a TNF. Cabe mencionar que no existían limitaciones respecto a los servicios a prestar al exterior.

55 En donde se estableció que las mercaderías provenientes de Zonas Francas comerciales, industriales, de zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas aduaneras especiales, al ser introducidas a territorio no franco de alguno de los países miembro se encontraba sujeta al Arancel Externo Común (AEC).

56 Díaz, Sylvia, Meerovich, Victor. “Régimen tributario de las zonas francas en Uruguay. Revista Tributario N° 224. Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Set- Oct. 2011. Pag. 784.

57 Fuente: Censo de Zonas Francas 2017. Contribución al empleo en 2017. Area de Zonas Francas. Dirección General de Comercio. Ministerio de Economía y Finanzas.

<http://zonasfrancas.mef.gub.uy/innovaportal/file/27027/1/contribucion-al-empleo-2017-- analisis-de-la-ocupacion-en-zonas-francas.pdf>

58 Previo a las modificaciones introducidas por la Ley 19.566, con vigencia 8 de marzo de 2018, tal como se verá en el apartado siguiente.

Respecto a los requisitos de sustancia, la reglamentación contenía algunas previsiones que hacían referencia a que la autorización de los contratos de usuarios serían autorizados por el Área de Zonas Francas “*cuando de los antecedentes presentados en el Plan de Negocios surja de forma inequívoca que la empresa...desarrollará la actividad prevista en el objeto de su respectivo contrato desde la zona franca, contribuyendo al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.921...*”. Agregándose que se consideraba el cumplimiento de estos extremos cuando la actividad cumpliera “*simultáneamente con las siguientes condiciones mínimas:*

- i) *genere empleo directo o indirecto en la zona franca*
- ii) *desarrolla su actividad en la zona franca, utilizando o aprovechando las instalaciones provistas por el explotador o por el usuario directo según correspondiera*
- iii) *tiene domicilio fiscal en la zona franca.*⁵⁹

Bajo la normativa anterior, los requisitos de información, control y seguimiento se realizaban mediante la presentación del Plan de Negocios al momento de solicitar la autorización, y en casos de prórrogas; diversas Resoluciones del Área de Zonas Francas establecían las obligaciones relativas a la forma, condiciones y plazos para ello.⁶⁰

Por lo expuesto, puede concluirse que al contrastar el régimen vigente hasta el 2018 con el estándar BEPS, el mismo presentaba falta de sustancia (especialmente en lo que refiere a rentas derivadas de activos de PI, pero también, aunque en menor medida, para las derivadas de servicios), y claramente estanqueidad frente al mercado doméstico (ring fencing).

4.2.2.2. Adecuaciones al régimen

De todos los regímenes sometidos a evaluación al FHTP, el de Zonas Francas quizás sea el régimen más complejo y que requirió de mayores adaptaciones para llevarlo al estándar de la Acción 5. En primer lugar, y tal como se mencionara previamente, al tratarse de un régimen amplísimo que concede beneficios generales para actividades muy diversas, presentaba el desafío de incorporar disposiciones pensadas para actividades geográficamente móviles o para rentas derivadas de activos de la propiedad intelectual, pero sin afectar las actividades no comprendidas en el ámbito de dicha Acción. Por otra parte, los cambios a introducir debían contemplar los posibles desequilibrios que se pudieran generar al levantar las barreras para operar en el mercado doméstico por parte de los usuarios, evitando inequidades con los contribuyentes instalados en TNF. Finalmente, debía tenerse presente el compromiso de “estabilidad” asumido por el Estado en la propia Ley.⁶¹

Como en todos los casos de regímenes comprendidos en el ámbito del FHTP, la primera decisión refería a si se debía mantener el régimen tal como estaba (exponiendo-

59 Artículo 3 Decreto 344/010 (25 de noviembre de 2010).

60 <http://zonasfrancas.mef.gub.uy/349/4/areas/resoluciones-del-area-zonas-francas.html>

61 Artículo 25 de la Ley 15.921 en su redacción original, referido en apartados anteriores.

se a que se le calificara como potencial o incluso efectivamente pernicioso), adecuarlo o derogarlo.

Tomar esta definición implica valorar las consecuencias de cada opción: el riesgo reputacional, la eventual pérdida de recaudación, las garantías de estabilidad previstas en la ley. El Estado uruguayo decidió mantener el régimen y adecuarlo para cumplir con el estándar, a través de la aprobación de Ley 19.566 -promulgada el 8 de diciembre de 2017- y cuya vigencia se estableció a los 90 días de dicha fecha (8 de marzo de 2018).⁶² La norma legal fue reglamentada por el Decreto 309/018 (27 de setiembre de 2018), que a su vez deroga todos los decretos aplicables al régimen hasta entonces.⁶³

A continuación se reseñan las referidas modificaciones⁶⁴.

a) *Requisitos de sustancia para actividades de servicios no PI.*

Como se mencionara en el apartado anterior, el Decreto 344/010 marca ciertamente el interés de las autoridades porque los beneficios se concedieran a quienes contribuyeran a los objetivos del régimen, tomando como indicadores la cuantía de las inversiones en activos fijos, el volumen de empleo a generar y la extensión del periodo de amortización de la inversión.⁶⁵

Sin embargo, estos requisitos no coincidían estrictamente con el concepto de sustancia desarrollado en la Acción 5 y sus documentos anexos, con lo que fue preciso incorporar disposiciones respecto a que los beneficios se obtienen en la medida que la actividad sea desarrollada en la zona franca y por el beneficio de los mismos. Es así que el artículo 32 del Decreto 309/018 establece que para que un contrato de usuario directo o indirecto sea autorizado por el Área de Zonas Francas, deberá surgir de manera inequívoca que la empresa contribuye al cumplimiento de los objetivos del régimen, condición que se entiende cumplida cuando la actividad a realizar cumple simultáneamente con ciertas condiciones mínimas:

- a) *“generar empleo directo en la zona franca, el que deberá ser adecuado en relación con los activos, riesgos y funciones contenidos en el contrato y Proyecto de Inversión (incluido el Plan de Negocios);*
- b) *realizar su actividad en la zona franca. A tales efectos, se considerará que desarrolla sus actividades en zona franca cuando emplee a tiempo completo recursos humanos en número acorde a la actividad sustancial, calificados y remunerados adecuadamente, y utilizando y aprovechando las instalaciones provistas por el desarrollador o por el usuario directo según correspondiera;*
- c) *tener domicilio fiscal en la zona franca.”*

62 Los fundamentos se exponen en la discusión parlamentaria previa a la aprobación de la Ley: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/125035/tramite>

63 El artículo 62 del Decreto 309/018 deroga los Decretos 454/988, 71/001, 84/006, y 344/010.

64 La Ley 19.566 es el resultado de la unión de dos proyectos de Ley que referían a las Zonas Francas: por un lado el que contenía las adecuaciones al régimen para llevarlo al estándar BEPS, y un segundo proyecto anterior que preveía la posibilidad que los usuarios pudieran desarrollar actividades fuera de dichas áreas e introducía la posibilidad de instalar “zonas temáticas”. En el presente trabajo sólo se reseñan las modificaciones relativas a la Acción 5.

65 Resultando IV) del Decreto 344/010.

Para verificar estos extremos, al momento de solicitar la autorización del contrato de usuario, las empresas deben presentar información sobre la empresa, y el proyecto de inversión a realizar que incluya el plan de negocios (artículo 16 de la Ley 15.921 con la nueva redacción). Debe proporcionarse información relativa a la actividad sustantiva a realizar en la zona, período estimado en que se realizarán, detalle de los recursos humanos empleados en zona franca afectado a dichas actividades, etc. (artículo 29 del Decreto 309/018).

Adicionalmente, para controlar que los referidos requisitos de sustancia se cumplan, se introduce la obligación para los usuarios de presentar una declaración jurada cada dos años, en donde se informe nivel y calidad de los recursos humanos empleados en la zona, inversiones en activo fijo, ingresos percibidos y actividades realizadas (artículo 16 ter de la Ley y artículo 36 del Decreto). Si se constata el incumplimiento de los compromisos asumidos en el proyecto de inversión, de acuerdo al artículo 37 del Decreto, el Área de Zonas Francas podrá revocar la autorización del contrato de usuario.

Como puede apreciarse, estos nuevos requisitos en cuanto a sustancia y deber de información, no se circunscriben únicamente a las actividades de servicios, sino que se requieren para todos los usuarios, indistintamente de la actividad que pretendan realizar.

b) Requisitos de sustancia para rentas derivadas de activos de PI

Dado que en principio el régimen de zonas francas no concede beneficios a una actividad en particular (como sucede en la exoneración prevista en el literal S) del artículo 52 del Título 4) para la actividad de software), sino que los usuarios acceden a la exoneración por las actividades por las que fueron autorizados, las rentas derivadas de activos de PI se encuentran dentro de las que podrían acceder a la exoneración. Por tanto, el régimen de Zonas Francas de Uruguay fue evaluado también como régimen de PI.

Por este motivo, para llevarlo al estándar BEPS, debió incorporarse al marco normativo que regula a las Zonas Francas, el enfoque del nexo y todas las disposiciones relativas a esta categoría de régimen.

En primer lugar, se limitaron las rentas derivadas de intangibles pasibles de exonerarse de IRAE. Es así que se restringen aquellas derivadas de la explotación de derechos de la propiedad intelectual, únicamente a las provenientes de actividades de investigación y desarrollo realizadas dentro de las zonas francas, y en tanto los referidos activos se encuentren registrados al amparo de las Leyes N° 9.739 (en lo relativo a soportes lógicos), o N° 17.164 (patentes). De acuerdo a lo anterior, rentas derivadas de la explotación de marcas, por ejemplo, no quedarían comprendidas en la exoneración, ya que estos intangibles, no provienen de actividades de investigación y desarrollo.⁶⁶

En segundo término, para estas rentas, se limita la exoneración al monto que surja de aplicar a las mismas el ratio de gastos ya visto previsto en la Acción 5 (incluyendo el incremento en el numerador del 30%) – “ratio del nexo”-

⁶⁶ Artículo 20 de la Ley 15.921 y artículo 54 del Decreto 309/018.

Se introducen además requisitos formales para acceder a la exoneración de este tipo de rentas: los usuarios deben comunicar la realización de estas actividades en el proyecto de inversión que se presente para obtener la autorización para operar como usuario; presentar ante DGI declaraciones informativas que permitan verificar el ratio del nexo; dejar constancia en la documentación que respalde este tipo de operaciones, del porcentaje de exoneración; e identificar y conservar registros de los gastos y costos incurridos para el desarrollo del activo.⁶⁷

Finalmente, puesto que, como se ha reiterado, el régimen es de tal amplitud que abarca tanto actividades comerciales como de servicios, fue necesario incorporar disposiciones relativas a las rentas derivadas de las ventas de bienes “tangibles” cuando tuvieran incorporados este tipo de activos intangibles (“embedded IP”). Es así que el último inciso del artículo 54 del Decreto 309/018 (en la redacción dada por el Decreto 405/018 -6 de diciembre de 2018-), prevé que *“los usuarios que realicen actividades industriales, estarán exonerados en su totalidad por las rentas derivadas de la enajenación de los bienes que produzcan, en la medida que dichos bienes no tengan integrados derechos de propiedad industrial, provenientes de actividades de investigación y desarrollo amparados por las normas de protección y registro en el país o en el exterior, propiedad de dichos usuarios. En caso poseer los referidos derechos de propiedad intelectual, y los mismos se encuentren integrados a los bienes producidos, se deberá cuantificar la renta correspondiente al intangible y aplicarle el cociente definido en el inciso segundo del presente artículo a los efectos de determinar la exoneración.”*

c) *Ring fencing*

Como se mencionara precedentemente, el régimen presentaba características de estanqueidad frente al mercado doméstico (ring fencing), ya que los usuarios se encontraban fuertemente limitados en cuanto a los servicios que se podían prestar hacia TNF, mientras que no existían limitantes en lo que a las prestaciones de servicios hacia el exterior refería.

La eliminación del ring fencing presentó uno de los mayores desafíos al momento de adaptar el régimen, por la sensibilidad y los posibles efectos distorsivos que podría provocar el permitir la prestación de servicios hacia TNF.

La solución adoptada por Uruguay fue la de habilitar la prestación de servicios a empresas que fueran contribuyentes gravados por IRAE, en la medida que los mismos también se presten al exterior. Mediante la Resolución de DGI N° 231/2019 (15 de enero de 2019) se especifica que estos servicios a contribuyentes del IRAE, deben vincularse a la obtención de rentas gravadas por este impuesto para el prestatario.⁶⁸ El artículo 10 del Decreto 309/018 prevé que los prestatarios deberán comunicar al usuario en forma previa a la prestación del servicio, que se cumplen estas condiciones. Finalmente, debe

⁶⁷ Artículo 54 del Decreto 309/018 y Resolución de la DGI N° 231/2019 (15 de enero de 2019).

⁶⁸ Además, se mantuvo la posibilidad de brindar los mismos servicios que ya se habían autorizado previamente (centros internacionales de llamadas, casillas de correo, etc.) a TNF sin restricción de la calidad del prestatario (artículo 2ter Ley 15.921).

tenerse presente que estas actividades deben incluirse en el proyecto de inversión (debe tratarse de una actividad autorizada).⁶⁹

d) *Grandfathering*

El artículo 16 bis de la Ley 15.921 establece un mecanismo de adecuación para aquellos usuarios de Zonas Francas con contratos en curso de ejecución que carecieran de plazo establecido o cuyo plazo excediera el establecido en el artículo 16 (para usuarios directos, se prevé un plazo de quince años para actividades industriales, o diez años para actividades comerciales o de servicios; para usuarios indirectos, cinco años), o con contratos que previeran prórrogas automáticas. Los mismos deberán presentar ante el Área de Zonas Francas documentación que permita evaluar si cumplen con los requisitos de sustancia previstos en la normativa. Si el Área “constatara fehacientemente que el usuario no contribuye a al cumplimiento de los objetivos (previstos en el artículo 1 de la Ley), el Poder Ejecutivo, mediante resolución fundada, podrá establecer un plazo de autorización de usuario conforme lo establezca la reglamentación, el cual no podrá exceder el 30 de junio de 2021.”

Por su parte, el artículo 59 del Decreto 309/018 reglamenta el texto legal, estableciendo un cronograma de presentación ante la autoridad competente, y enunciando la información a presentar: antecedentes de la empresa, ingresos por venta de bienes o prestaciones de servicios, cantidad de empleados, calidad y nivel de empleo, inversiones en activos fijos de los últimos cinco años, etc.

A los usuarios que se encontraran en esta hipótesis se les otorgó un plazo de un año desde la publicación del Decreto para que presentaran esta documentación.⁷⁰

4.2.2.3. Monitoreo

En los últimos años, en forma previa a la aprobación de la Ley 19.566, se fueron incrementando los requerimientos de información a los usuarios por parte del Área. Es así que a partir del 2006 se exigía a los usuarios que presentaran, junto con la solicitud de aprobación de los contratos, información respecto al mismo y descripción del Plan de Negocios a desarrollar.

En el año 2010 se introdujo un modelo de Plan de Negocios, que incluía información relativa a la conformación de la sociedad (identificación de los accionistas o socios en sociedades personales), actividad a realizar (industrial, comercial o de servicios), espacio físico a utilizar, inversiones a realizar, puestos de trabajo, contribución a los objetivos de la Ley, etc.⁷¹

⁶⁹ El último inciso del artículo 10 del Decreto 309/018 establece que los usuarios ya autorizados que pretendan comenzar a prestar estos servicios, deberán presentar un nuevo proyecto de inversión incluyendo esta actividad, en el plazo de un año desde la vigencia del Decreto.

⁷⁰ Mediante Resolución del Director del Área de Zonas Francas de fecha 5 de junio de 2019 se especifican los procedimientos aplicables. <http://zonasfrancas.mef.gub.uy/innovaportal/file/26969/2/res.-doc.-e-info.-actualizada-de-la-empresa-art.-59-d.-pdf.pdf>

⁷¹ <http://zonasfrancas.mef.gub.uy/innovaportal/file/1157/1/resolazf2010-07-26.pdf>

Con lo cual, la información con la que contaba el Área refería básicamente al inicio de las actividades de la empresa.

A partir de la Ley 19.566 se introduce además la obligación de presentar información de manera periódica a la autoridad competente: el artículo 16 ter dispone que tanto los usuarios e indirectos deban presentar cada dos años una declaración jurada con información relativa al cumplimiento del proyecto de inversión aprobado. Al reglamentar el texto legal, el artículo 36 del Decreto 309/018 dispone que a efectos de efectuar este control, la información a presentar será la relativa al nivel y calidad de los recursos humanos empleados en zona franca, inversiones en activo fijo, ingresos percibidos y detalle de las actividades realizadas. En Resolución de fecha 28 de febrero de 2019, se establece el cronograma a cumplir para la presentación por primera vez de esta información.⁷²

El Área de Zona Franca tiene la potestad de sancionar a los usuarios por la no presentación de esta información, de acuerdo a lo establecido en el literal B) del artículo 42 de la Ley 15.921.

Adicionalmente, si se constatará el incumplimiento de los compromisos asumidos, el Área podría revocar la autorización del contrato del usuario.

En la medida que la autoridad competente contará con información detallada relativa a cada usuario, su actividad, ingresos, personal empleado, etc., se entiende que el país ha implementado los mecanismos necesarios de control para verificar el cumplimiento de los requisitos de sustancia, así como acceder a las estadísticas necesarias que requiere el FHTP.

4.2.3. Decreto 251/014 – Centro de Servicios Compartidos

4.2.3.1. Antecedentes

El régimen de Centro de Servicios Compartidos (CSC) previsto en el Decreto 251/014, de 1 de setiembre de 2014, tiene como origen legal los beneficios sectoriales previstos en el artículo 11 de la Ley 16.906, de 7 de enero de 1998; y nace como forma de “promover la creación de empleo de calidad y las capacidades de la mano de obra nacional”.

Originalmente declaraba promovida a las actividades desarrolladas por los CSC, definidos estos como aquellas filiales de grupos multinacionales que prestaran exclusivamente servicios de asesoramiento o procesamiento de datos, en relación a actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente fuera del país, a sus partes vinculadas. Se requería explícitamente que estos servicios fueran aprovechados íntegramente en el exterior.

Para acceder al régimen, las empresas debían obtener una Resolución del Poder Ejecutivo declarando la inclusión del proyecto como actividad promovida, debiendo generar al menos 150 nuevos puestos de trabajo calificado directo (de los cuales, el 75% debían ser ciudadanos uruguayos), implementar un Plan de Capacitación que implicara

⁷² <http://zonasfrancas.mef.gub.uy/innovaportal/file/26458/1/res.-declaracion-juradav3.pdf>

un monto mínimo de 10.000.000 de Unidades Indexadas durante los tres primeros ejercicios, y tratarse de nuevos emprendimientos.

El beneficio fiscal consistía en exonerar del IRAE el 90% de las rentas originadas en las actividades antedichas, por cinco ejercicios; pudiéndose incrementar a diez ejercicios si la empresa se comprometía a generar más de 300 puestos de trabajo, e implementar un Plan de Capacitación que implicara una inversión de más de 20.000.000 UI. Se permitía además la prestación de servicios a entidades vinculadas residentes, siempre que no superaran en el ejercicio el 5% del monto total de servicios prestados en este período.

En 2016, a través del Decreto 330/016 (13 de octubre de 2016), se amplía la nómina de actividades comprendidas, extendiéndose a dirección o administración, logística y almacenamiento, administración financiera y soporte de operaciones de investigación y desarrollo. Además, se introduce un nuevo escalón de beneficios, para proyectos que generen como mínimo 100 nuevos puestos de trabajo e implementen un Plan de Capacitación que implique un gasto de al menos 5.000.000 UI; en este caso, el beneficio comprende la exoneración por cinco años, del 70% de las rentas originadas en las actividades promovidas.

4.2.3.2. Adecuaciones al régimen

En función de los antecedentes reseñados, el régimen de CSC presentaba claramente características que no cumplían con el estándar BEPS, principalmente en cuanto a la limitación a operar en el mercado doméstico que configuraba ring fencing, y a la posibilidad de otorgar beneficios a rentas derivadas de activos de PI sin contemplar el enfoque del nexo.

Para adecuar el régimen, el Decreto 361/017 (22 de diciembre de 2017), modifica la definición de CSC, en el sentido de comprender a aquellas entidades pertenecientes a un grupo multinacional, “cuya actividad exclusiva es la efectiva prestación a sus partes vinculadas, residentes o radicadas en al menos doce países, de alguno de los siguientes servicios...”; y admitiendo en la exoneración a estos servicios “con independencia del lugar de su aprovechamiento”. Adicionalmente, se excluye de la exoneración a texto expreso la actividad de explotación de derechos de propiedad intelectual, con lo que se despeja cualquier duda respecto a si este régimen pudiera incluir rentas derivadas de activos PI.

El Decreto 125/019 (6 de mayo de 2019), modifica nuevamente al alcance subjetivo del régimen, definiendo como CSC a aquellas empresas que presten servicios al menos a 12 vinculadas, sin distinguir la residencia o localización de las mismas. De esta manera, una empresa perteneciente a un grupo puramente doméstico, podría acceder a los beneficios del régimen. Este cambio busca despejar cualquier duda que hubiera podido surgir respecto a la posibilidad de acceder al régimen por actividades puramente locales, y, por tanto, evitar el ring fencing.

Puesto que el régimen ya incluía requisitos de empleo y gastos, no fue necesario incorporar nuevas condiciones al respecto para cumplir con la sustancia.

4.2.3.3. Monitoreo

Respecto al control de cumplimiento e información respecto a los beneficios otorgados, el Decreto 251/014 con sus posteriores modificaciones hasta el 2016, ya preveía requisitos de presentación de información por parte de los beneficiarios. El artículo 8 exige la presentación de la documentación necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos. La COMAP, como organismo encargado del control y seguimiento, ha establecido formalidades y plazos para la presentación de la referida información. Verificado algún incumplimiento respecto a los montos de gastos comprometidos o del empleo generado, el contribuyente deberá reliquidar los tributos exonerados, y abonar las multas y recargos que pudieran generarse.

Con lo cual, las necesidades de información para efectuar el control y seguimiento del régimen ya se encontraban cubiertas previamente.

4.2.4. Decreto 11/013 – Biotecnología

4.2.4.1. Antecedentes

Otro de los regímenes sectoriales establecidos al amparo del artículo 11 de la Ley 16.906, es el previsto en el Decreto 11/013 (15 de enero de 2013), que busca promover la “industria biotecnológica”, en el entendido que se trata de una actividad que “conlleva trabajo especializado, desarrollo tecnológico e innovación...”⁷³. La actividad originalmente promovida incluía “la generación de productos, servicios y procesos biotecnológicos en el territorio nacional con aplicación en sectores productivos estratégicos priorizando los sectores agrícola, medio ambiental, energético, salud humana y animal.”

El beneficio consiste en exonerar del IRAE de manera temporal y en determinados porcentajes, las rentas derivadas de este sector, comenzando por el 90% en los primeros cinco años (ejercicios iniciados entre el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2017), y disminuyendo progresivamente hasta llegar al 50% para los ejercicios iniciados entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2021.

Para acceder al régimen, deben cumplirse alguna de las siguientes condiciones: se implemente un Programa de Desarrollo de Proveedores de productos y servicios biotecnológicos; se trate de una micro, pequeña o mediana empresa que opere en el sector; o sea una nueva empresa que va a producir bienes biotecnológicos o prestar servicios biotecnológicos. Adicionalmente, las empresas deben presentar una declaración jurada con la descripción de la actividad a desarrollar, ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería (MIEM), el que, previo asesoramiento de la COMAP, determinará si se cumplen los requisitos de acceso; en caso afirmativo, emitirá una Resolución otorgando los beneficios para el ejercicio correspondiente.⁷⁴

El Decreto prevé además que los beneficios otorgados quedan sujetos a la verificación del cumplimiento de los referidos requisitos.

⁷³ Vistos y considerandos del Decreto 11/013.

⁷⁴ Ver procedimiento en https://www.miem.gub.uy/sites/default/files/diagrama_de_aplicacion_decreto_bio_011-13.pdf

4.2.4.2. Adecuaciones al régimen

El régimen original abarcaba rentas derivadas tanto de la venta de determinados bienes, como de la prestación de ciertos servicios, sin restricciones respecto a rentas derivadas de activos PI. Por tanto, fue considerado como un régimen PI, así como también un régimen de servicios que implicaba factores móviles, con lo que en ambos casos, quedaba comprendido dentro del ámbito del FHTP.

Con lo cual, fue necesario efectuar una serie de adecuaciones al régimen para llevarlo al estándar BEPS.

En este caso, no había riesgo de estanqueidad, ya que no se establecían limitaciones ni en cuanto a la titularidad de las empresas, ni restricciones para operar en el mercado doméstico.

En cambio, claramente no se cumplía con los requisitos de sustancia, tanto en lo que refiere al enfoque del nexo (para rentas derivadas de activos PI), ni los relativos a los regímenes de no PI.

El Decreto 304/018 (27 de setiembre de 2018), introduce las siguientes modificaciones:

- a) *define claramente las actividades comprendidas*: serán aquellas vinculadas a “la biotecnología no tradicional, o que incorporen innovación en comparación a procesos biotecnológicos tradicionales.” Se excluye a las empresas “cuyos productos o procesos se obtengan o realicen mediante aplicaciones productivas convencionales y ampliamente conocidas”. Adicionalmente, y para evitar ser catalogado como régimen de PI, se declaran como no comprendidas en la declaratoria, a las actividades derivadas de la explotación de derechos de PI, excluyéndose además a los servicios de investigación y desarrollo en el sector de biotecnología. En ambos casos, estas rentas podrían acceder a la exoneración prevista en el literal S) del artículo 52 del Título 4, en la medida que cumplan con las condiciones allí establecidas. Por tanto, el régimen queda circunscripto a actividades de producción de bienes, y prestaciones de servicios que no involucren actividades de I+D (pruebas de diagnóstico, testeos, etc.).
- b) *se excluye del régimen a las rentas derivadas de la venta de bienes con activos PI incorporado (“embedded IP”)*: se agrega al artículo 4 del Decreto 11/013, un inciso en donde se establece que los contribuyentes promovidos que obtengan rentas derivadas de la enajenación de bienes que tengan integrados derechos de propiedad intelectual provenientes de actividades de I+D, amparados por las normas de protección y registro correspondientes, deben cuantificar y desagregar dicha renta, excluyéndosela de los beneficios previstos por el Decreto.
- c) *se requiere que las actividades sean desarrolladas por el sujeto pasivo en territorio nacional*: a tales efectos, se toma la redacción sugerida en los documentos del FHTP, en el sentido de considerar que la actividad se desarrolla en el país y por parte de quien recibe el beneficio, cuando éste emplee recursos humanos acordes a

las actividades realizadas, calificados y remunerados adecuadamente, y cuando el monto de gastos y costos directos incurridos en el país para la realización de tales actividades, sea adecuado en relación a las mismas.

4.2.4.3. Monitoreo

Para acceder al régimen las empresas deben presentar ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería, una declaración jurada detallando las actividades a realizar. Una vez determinado que se cumple con los requisitos antedichos, y previo asesoramiento de la COMAP, se emite una Resolución de carácter anual, con la posibilidad de ser renovada mediante la presentación de una nueva solicitud.

Por su parte, el artículo 7 del Decreto establece que los beneficios quedan sujetos a la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esto se efectúa a través de la presentación ante la Dirección Nacional de Industrias de una declaración jurada en la que conste, entre otros datos, el monto de los ingresos exonerados, y los elementos que permitan verificar la exoneración.

De esta manera, la información necesaria para controlar y monitorear el régimen se encuentra prevista en el propio Decreto.

5. Conclusiones

El Plan BEPS constituye un nuevo mojón en la fiscalidad internacional, un paso más luego de las anteriores etapas en la cooperación internacional: fomento de los tratados para evitar la doble imposición, los acuerdos de intercambio de información, y más recientemente el intercambio automático de información financiera – CRS-. Su implementación constituye una nueva iniciativa supranacional que busca contrarrestar las maniobras de los grandes grupos multinacionales para minimizar su carga tributaria en detrimento de la recaudación de los países en donde se crea valor y de los pequeños contribuyentes locales.

La clave del éxito del Plan BEPS residió desde el inicio en lograr la incorporación y compromiso de la mayor cantidad de jurisdicciones posibles. Considerando únicamente esta variable cuantitativa, al lograr incorporar al Marco Inclusivo a más de 125 jurisdicciones, podría decirse que desde el punto de vista de los países OCDE y G20 (y para la propia OCDE), la iniciativa ha sido exitosa. No obstante, para arribar a conclusiones sobre su efectividad en la economía en su conjunto y el logro de los objetivos propuestos, habrá que esperar a las primeras evaluaciones respecto a mejoras en la recaudación global.⁷⁵

Sin embargo, han surgido diversos cuestionamientos a este Plan, principalmente respecto a la disminución de la autonomía de los Estados en materia fiscal.

En efecto, si bien desde la OCDE se afirma que no se pretende la armonización de los sistemas tributarios, ni, en particular en lo que a la Acción 5 refiere, establecer cuál

⁷⁵ La Acción 11 del Plan BEPS contempla las propuestas en materia de recopilación y análisis de datos para efectuar la valoración del impacto cuantitativo de BEPS, así como el impacto de las respuestas desarrolladas bajo esta iniciativa.

o cuáles actividades son pasibles del otorgamiento de beneficios fiscales, se sostiene incluso que la soberanía fiscal de los países se ve afectada por estas medidas. Blanco, por ejemplo, concluye que existe una clara contradicción entre la soberanía fiscal y el Plan BEPS (o, en términos generales, con las “recomendaciones” que surgen de organismos internacionales como la OCDE).⁷⁶ Al considerar que soberanía fiscal, entre otros conceptos, “implica la independencia para determinar aspectos de detalle de los tributos”, este autor sostiene que a través de este tipo de iniciativas, se tiende a establecer una “estructura de tributación relativamente uniforme a escala mundial”, lo que conspira contra la autonomía de los Estados y su capacidad para contemplar sus diferentes circunstancias, intereses y objetivos.

García Novoa va incluso más allá, al afirmar que “la filosofía BEPS no se adecúa a la realidad económica y social de países de un área económica diferente a la de los que inspiran las soluciones OCDE”, y, en particular, a la realidad de Latinoamérica.⁷⁷

En lo que refiere a los regímenes preferenciales, esto es particularmente relevante y notorio. Nótese por ejemplo las restricciones en cuanto a los activos derivados de la propiedad intelectual pasibles de acceder a exoneraciones sobre el impuesto a la renta. La Acción 5 es clara en limitar los activos “elegibles”, aclarando expresamente que “los regímenes que conceden beneficios a los activos PI que no son activos PI elegibles a los efectos del enfoque del nexo se considerarán que no reúnen el requisito de la actividad sustancial.”⁷⁸ Con lo cual, si una jurisdicción entendiera necesario fomentar actividades cuyos ingresos derivan de activos de PI no “elegibles”, no podría considerar dentro de los incentivos posibles, la exoneración del impuesto corporativo, ya que, desde la perspectiva de la Acción 5, ese régimen preferencial sería considerado como “potencialmente nocivo” sin tener en cuenta los fundamentos esgrimidos por la jurisdicción respecto a la conveniencia u oportunidad de su otorgamiento.

Si trasladamos lo anterior al caso uruguayo, ello quedó evidenciado en las dificultades que enfrentó a la hora de adaptar el régimen de Zonas Francas, ya que, como se mencionara, se trata de un régimen que comprende un amplísimo abanico de actividades, no solamente aquellas que involucran factores móviles, sino también industriales, comerciales y logísticas. Si bien a priori estas últimas tres categorías no entran en el ámbito de trabajo del FHTP, necesariamente las modificaciones debieron referirse a todas las actividades. Ejemplo de lo anterior es la incorporación de disposiciones respecto al “embedded IP” para las actividades industriales que se realizan en dichas áreas.

Otro aspecto refiere al momento en que los países del Marco Inclusivo se incorporaron al trabajo del Plan BEPS. Si bien desde la OCDE se hace énfasis en la participación durante el proceso de elaboración de las Acciones de los países no OCDE ni G20; en los hechos, quienes, como Uruguay, se incorporaron a partir del 2016, indudablemente partieron en clara desventaja. En particular, en lo que refiere a la Acción 5 y el trabajo

76 Blanco, Andrés. “Soberanía fiscal y el plan “BEPS” (Base Erosion and Profit Shifting) de OCDE: un problema de legitimidad”. Revista Tributaria N° 253. Instituto Uruguayo de Estudios Fiscales (IUET), julio-agosto 2016.

77 García Novoa, César. Reseña sobre la obra “Desafíos y primeros avances del Proyecto BEPS en Latinoamérica”. Revista de Administración Tributaria CIAT/ AEAT/ IEF. N°42. Junio 2017.

78 Nota 9 al Capítulo 4 de la Acción 5.

del FHTP, la evaluación de los regímenes de los países OCDE y G 20 (especialmente los correspondientes a los regímenes no PI), se realizaron en un marco distinto al aplicado para las “nuevas” jurisdicciones”. La diferencia fundamental radica en la implementación de los requisitos de sustancia para regímenes no PI. Los documentos posteriores a la publicación de la Acción 5 (específicamente en el Informe de Progreso 2017), fueron únicamente aplicados para realizar la evaluación de los “nuevos países”, mientras que la evaluación de los países OCDE y G20 se hizo en función del Informe 1998 y la CAN. Si bien en el párrafo 149 de la Acción se reconoce que no se han aplicado los nuevos requisitos de sustancia y se prevé que el FHTP “llevará a cabo un trabajo adicional para analizar bajo qué condiciones podría ser necesario reconsiderar los regímenes a la luz del criterio acordado de actividad sustancial, ...” hasta la fecha de publicación del presente trabajo, ello no ha ocurrido.

A raíz de lo mencionado precedentemente, en los últimos años han surgido cuestionamientos respecto a la conveniencia de plegarse a este tipo de iniciativas globales. Sin embargo, debe reconocerse que una economía pequeña como la nuestra, claramente abierta al mundo y dependiente de captar inversión extranjera, no puede mantenerse aislada ni puede darse el lujo de verse incluida en “listados” y en consecuencia habilitar a que los restantes países (especialmente las grandes economías) adopten “medidas defensivas”. Máxime cuando países similares al nuestro, que pugnan por las mismas inversiones, se sumaron al Marco Inclusivo desde sus inicios (Costa Rica, Panamá, y más recientemente, Paraguay). La decisión pues parecía clara.⁷⁹

Adicionalmente, no pueden desconocerse las eventuales ventajas de incorporar el “estándar mínimo BEPS”. A grandes rasgos, pueden identificarse como aspectos positivos para Uruguay: la mejora en la información con que el país contará respecto a los grandes grupos multinacionales a partir de la implementación de la Acción 13 (Informe País por País, o CBC por sus siglas en inglés); y en concreto en lo que refiere a la Acción 5, el intercambio de tax rulings, y la incorporación de mayores requisitos de sustancia para acceder a los beneficios, particularmente en lo que refiere a los regímenes de no PI. En efecto, al momento de otorgar exenciones fiscales como los reseñados en el presente trabajo, parece razonable que los Estados exijan que se generen las externalidades positivas que se buscaron fomentar a la hora de instrumentar estos incentivos, con lo que el requisito de que las CIGA sean desarrolladas en la misma jurisdicción que concede los beneficios resulta una medida acertada (siempre que todas las jurisdicciones que otorgan beneficios a actividades similares también los incorporen, como se mencionara en párrafos anteriores). Como se analizara en el apartado anterior, al introducir requisitos de sustancia en aquellos regímenes nacionales que no los tenían, y reforzar otros en aquellos que ya contenían algunas previsiones al respecto, el Estado uruguayo cuenta ahora con mejores herramientas para asegurarse que el sacrificio fiscal que realiza, logre los beneficios buscados.

Finalmente, el hecho de recabar información para cumplir con los requerimientos del monitoreo que lleva adelante el FHTP, también constituye un aspecto positivo, ya que

⁷⁹ Respecto a las consideraciones manejadas por el Gobierno sobre la conveniencia de plegarse al Marco Inclusivo desde sus inicios, son particularmente claras las expresiones del Sr. Subsecretario de Economía, Cr. Pablo Ferreri en declaraciones al diario El Observador. [Uruguay “no es el mejor de la clase” en transparencia fiscal, dijo Ferreri](#)

uniformiza los datos estadísticos relativos a los regímenes, tan necesaria para evaluar sus efectos y su costo tributario.

Como comentario final, es de destacar los resultados obtenidos por Uruguay en tan corto plazo: lograr adaptar los regímenes bajo evaluación, efectuando las modificaciones legales y reglamentarias en pocos meses, logrando los acuerdos con los actores privados involucrados, para así obtener la calificación como “no nocivos” de todos sus regímenes, es sin duda, un gran logro para el país.

6. Bibliografía

Publicaciones y documentos.

OCDE (2015), Nota explicativa, Proyecto OCDE/ G20 de Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, OCDE. www.oecd.org/ctp/beps-2015-nota-explicativa.pdf

OCDE (2016), Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia, Acción 5, Informe Final 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267107-es>

OCDE (1998), “Competencia fiscal perniciosa: un tema global”. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>

Consolidated application note. Guidance in applying the 1998 Report to preferential tax regimes. OECD, 2004. www.oecd.org/ctp/harmful/30901132.pdf.

OCDE (2018), Informe de Progreso 2017. <http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2017-progress-report-on-preferential-regimes-9789264283954-en.htm>

OCDE (2019). Informe de Progreso 2018. <http://www.oecd.org/ctp/harmful-tax-practices-2018-progress-report-on-preferential-regimes-9789264311480-en.htm>

Council of the European Union. “Criteria and process leading to the establishment of the EU list of non cooperative jurisdictions for tax purposes–Council conclusions (8 November 2016)”. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14166-2016-INIT/en/pdf>

European Commission. “First step towards a new EU list of third country jurisdictions:Scoreboard”. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2016-09-15_scoreboard-indicators.pdf

Artana, Daniel y Templado, Ivana. “La eficacia de los incentivos fiscales. El caso de las zonas francas de exportación de Costa Rica, El Salvador y República Dominicana.” Banco Interamericano de Desarrollo. Abril, 2015.

Blanco, Andrés. “Soberanía fiscal y el plan “BEPS” (Base Erosion and Profit Shifting) de OCDE: un problema de legitimidad”. Revista Tributaria N° 253. Instituto Uruguayo de Estudios Fiscales (IUET), julio-agosto 2016.

García Novoa, César. Reseña sobre la obra “Desafíos y primeros avances del Proyecto BEPS en Latinoamérica”. Revista de Administración Tributaria CIAT/ AEAT/ IEF. N°42. Junio 2017.

Díaz, Sylvia y Meerovich, Victor. “Régimen tributario de las zonas francas en Uruguay.” Revista Tributaria N° 224. Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Set- Oct. 2011. Pag. 784.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

LIMA, Sofia

Trabajo infantil: una perspectiva actual

TRABAJO INFANTIL: UNA PERSPECTIVA ACTUAL

SOFÍA LIMA*

ÍNDICE

1. Introducción
2. ¿Qué se entiende por “explotación o trabajo infantil”?
3. ¿Cuáles son las causas de la explotación laboral infantil?
 - 3.1 Situación de pobreza
 - 3.2 Niños solos
 - 3.3 Falta de acceso a educación
 - 3.4 Políticas negligentes de los Estados
 - 3.5 Factores culturales
 - 3.6 La economía global y el ingreso nacional
4. ¿Qué consecuencias genera?
 - 4.1 Consecuencias físicas
 - 4.2 Consecuencias psicológicas y de desarrollo
 - 4.3 Impacto del empleo infantil en los mercados laborales locales
5. Regiones y países con explotación laboral infantil
 - 5.1 Regiones
 - 5.2 Países
6. Trabajo infantil en el Uruguay
7. Empresas que emplean niños en su fuerza laboral
 - 7.1 Nestlé
 - 7.2 H&M
 - 7.3 Apple
8. La industria textil y el trabajo infantil
9. Legislación internacional
10. CONCLUSIÓN
11. ANEXOS
 - Anexo 1: The Economic Activity of Children and National Income
 - Anexo 2: Regional and Sectoral distribution of child labor
 - Anexo 3: Big Numbers From Small Hands
12. Bibliografía

* Alumna de 2do año de la carrera de Negocios Internacionales en la Facultad de Empresas de la Universidad de Montevideo. Monografía elaborada para el curso de Derechos Humanos, correspondiente al 2do año de la carrera de Derecho en la Universidad de Montevideo.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, una de las mayores problemáticas que afecta a los negocios internacionales es la explotación infantil en las industrias (particularmente en la textil y en la agricultura). Debido a la relevancia de la globalización hoy en día, muchas empresas buscan la manera de producir con los menores costos posibles, lo cual las lleva a aprovecharse de las laxas legislaciones en materia laboral de varios países subdesarrollados y de la situación de vulnerabilidad y pobreza que las familias en dichos países padecen. Esto genera que niños a muy cortas edades comiencen a trabajar en fábricas extensas horas de trabajo por muy bajos salarios.

Las razones por las que esta situación despierta un gran interés es porque es histórica, sucedió durante la Revolución Industrial a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX pero hoy continua como una nueva forma de esclavitud moderna. Asimismo, es una consecuencia del reciente proceso globalizador de los mercados, las nuevas formas de producción, la búsqueda de reducción de costos por parte de las empresas multinacionales más grandes del mundo y la subcontratación o el “outsourcing”. Tanto la sociedad, como los gobiernos y la comunidad internacional deben comenzar a darle la importancia que se merece y actuar en función de ello. Los niños en todo el mundo deberían tener la posibilidad de vivir una infancia verdadera y digna, jugar, aprender en la escuela y soñar con un futuro.

La siguiente monografía tratará diversas cuestiones. En primer lugar, comenzará con una definición general de qué es el “trabajo infantil” y luego se dará una explicación de por qué ocurre (causas) y cuáles son sus consecuencias (qué problemas genera). A continuación, se mencionarán brevemente las regiones y países donde estas prácticas se dan, así como también algunas empresas que emplean niños en su fuerza laboral. Se hará una mención a la industria textil en específico, ya que se encuentra relacionada con los negocios internacionales. También se aludirá a la situación del Uruguay en la materia. Después, se desarrollará la legislación internacional existente sobre el trabajo infantil, especialmente las Convenciones N° 138 y 182 de la OIT, la Convención sobre los Derechos del Niño y otra reglamentación pertinente. Para concluir, se propondrán soluciones con el objetivo de intentar resolver esta problemática a nivel mundial.

2. ¿Qué se entiende por “explotación o trabajo infantil”?

La **Organización Internacional del Trabajo** (OIT) define el “trabajo infantil” como *“todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico”*¹. Se alude al trabajo que es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral de los niños; interfiere con su escolarización puesto que los priva de la posibilidad de asistir a clases, obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo. Son actividades donde son sometidos a situaciones de esclavitud, separación de su familia, exposición a peligros y enfermedades y/o abandono.

De acuerdo con la OIT, no todas las tareas realizadas por niños deben clasificarse como trabajo infantil, pues la participación en trabajos que no atentan contra su salud

¹ ¿Qué se entiende por trabajo infantil? (s.f.). International Labor Organization. Recuperado de: <https://www.ilo.org/ipec/facts/lang-es/index.htm>

y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Por ejemplo, la ayuda en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o los trabajos que realizan fuera del horario escolar. De hecho, es descrito como enriquecedor para su desarrollo y experiencia laboral.

La organización sostiene que calificar o no de “trabajo infantil” a una actividad específica dependerá de la edad del niño, el tipo de trabajo en cuestión, la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. La respuesta varía de un país a otro y entre un sector de trabajo y otro.

El trabajo infantil es una violación de los derechos humanos fundamentales, entorpece el desarrollo de los niños, y les produce daños físicos y psicológicos para toda la vida.

La definición otorgada por el **Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)** plantea que existen 3 conceptos posibles²:

- **Tareas infantiles:** UNICEF coincide con la OIT y no se opone a que los niños y niñas trabajen. Un trabajo u actividad económica que no afecte de manera negativa su salud y su desarrollo ni interfiera con su educación, es positiva.
- **Trabajo infantil:** incluye a todos los niños menores de 12 años que trabajan en cualquier actividad económica, y a los niños y niñas sometidos a las peores formas de trabajo infantil.
- **Las peores formas de trabajo infantil:** entre ellas se encuentran la esclavitud, el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la obligación de realizar actividades ilegales o la exposición a cualquier tipo de peligros.

3. ¿Cuáles son las causas de la explotación laboral infantil?

Las principales causas del trabajo infantil son, de acuerdo con ACNUR (El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), las siguientes³:

3.1 Situación de pobreza

La pobreza en las familias impide que dispongan de los recursos necesarios para comprar alimentos, ropa, acceder a una vivienda, a sanidad o a educación. La gran mayoría de los niños que trabajan proceden de familias con ingresos muy por debajo del umbral de la pobreza. Eso genera que se vean en la situación de contribuir a la economía familiar realizando trabajos que ponen en peligro su vida.

Ocurre también que en ciertos países es más sencillo que los niños encuentren un trabajo a que lo hagan sus padres, pues los sueldos son menores y, en general, tienden a realizar todas las tareas que se les exija.

La pobreza no solo es una causa del trabajo infantil, sino que también se retroalimenta para convertirse en una consecuencia. Los menores se ven obligados a dejar la escuela, no pudiendo adquirir la formación necesaria para obtener un mejor futuro.

2 El trabajo infantil (s.f). UNICEF. Recuperado de: <https://www.unicef.es/noticia/el-trabajo-infantil>

3 Rodríguez, S. (06/2019). Trabajo infantil: qué es, causas y consecuencias. ACNUR. Recuperado de: <https://eacnur.org/blog/trabajo-infantil-que-es/>

Muchos menores son explotados en fábricas e industrias debido a la pobreza de los países en vías de desarrollo y la necesidad de mano de obra barata. Los niños son forzados a trabajar en agricultura, en las calles o incluso en la minería, con los riesgos que ello conlleva.

3.2 Niños solos

Debido a su soledad, deben buscar un trabajo para sobrevivir, por lo que los menores no acompañados se ven convertidos en esclavos sexuales, trabajadores forzosos o en niños soldado. Esto resulta común en contextos de conflicto, en los que muchos quedan huérfanos o se pierden en el caos de la huida.

3.3 Falta de acceso a educación

Se ha demostrado que existe un fuerte vínculo entre la pobreza de los hogares y el trabajo infantil, y que el trabajo infantil perpetúa la pobreza durante generaciones, dejando a los hijos fuera de la escuela y limitando sus posibilidades de ascender en la escala social.

En la mayor parte de las ocasiones, aquellos que comienzan a trabajar acaban por dejar los estudios. Eso conlleva a que no puedan acceder a la educación y aumenten las probabilidades de convertirse en víctimas de trabajo infantil.

3.4 Políticas negligentes de los Estados

A menudo, las leyes o códigos de conducta establecidos por los gobiernos se violan. Por ejemplo, la fabricación y exportación de productos implica múltiples capas de producción y subcontratación, lo que puede dificultar el monitoreo de quién realiza el trabajo en cada paso del proceso. La subcontratación puede ocultar intencionalmente el uso de trabajo infantil.

A su vez, la reglamentación sobre trabajo infantil y su aplicación son usualmente inadecuadas: no se aplican o incluyen exenciones que permiten que dicha explotación persista en ciertos sectores, como la agricultura o el trabajo doméstico. Por ejemplo, en Kenia se prohíbe que niños menores a 16 años realicen tareas industriales, pero excluye la agricultura.

En países donde existen leyes de trabajo infantil estrictas, los departamentos laborales y las oficinas de inspección laboral suelen no contar con fondos ni personal suficiente, o los tribunales pueden no hacer cumplir las leyes. Es decir, muchos gobiernos estatales asignan pocos recursos para hacer cumplir las leyes de trabajo infantil.

3.5 Factores culturales

La propia definición de “infancia” varía dependiendo del lugar del mundo en el que se nazca. En zonas rurales africanas o asiáticas, se considera normal que niños sin alcanzar los diez años de edad comiencen a adquirir comportamientos de adultos, como pueden ser el matrimonio o el trabajo.

Si a estas creencias sociales se les une la situación de pobreza, se da el sobreentendido de que todos los miembros de la familia deben colaborar en la supervivencia.

3.6 La economía global y el ingreso nacional

A medida que las corporaciones multinacionales se expanden, los países compiten por empleos, inversiones e industria. Esta competencia alienta a las compañías a buscar bajos costos laborales al resistir los estándares internacionales.

Por otro lado, existe una conexión entre el empleo infantil y el ingreso nacional. Los países más ricos tienden a tener menor porcentaje de empleo infantil. De hecho, más de la mitad de la variación entre países en el empleo infantil puede explicarse por las diferencias en el PIB per cápita. Los altos niveles de empleo infantil impiden el desarrollo económico y el desarrollo económico conduce a la disminución del trabajo infantil.

Los efectos de la pobreza en los países en vías de desarrollo se ven agravados por los grandes pagos de intereses sobre préstamos. Los ajustes estructurales asociados con estos préstamos requieren que los gobiernos reduzcan fondos para la educación, la salud y otros programas públicos, perjudicando a los niños y aumentando la presión sobre ellos para que se conviertan en trabajadores infantiles.

4. ¿Qué consecuencias genera?

El trabajo infantil conlleva graves consecuencias que repercuten en el correcto desarrollo físico y emocional de los niños que lo sufren, así como también en la economía del propio país en donde la problemática ocurre. Las principales son⁴:

4.1 Consecuencias físicas

Desarrollo de enfermedades y dolencias crónicas, desnutrición, sufrimiento de cortes y quemaduras por trabajar con maquinaria y herramientas inadecuadas para su edad o sufrir abuso.

4.2 Consecuencias psicológicas y de desarrollo

Los menores pasan mucho tiempo en un ambiente hostil y violento, lejos del amparo y protección de sus familiares. Las largas horas de trabajo les genera estrés, bajos niveles de autoestima y falta de esperanza en el futuro.

4.3 Impacto del empleo infantil en los mercados laborales locales

Cuando hay más trabajadores dispuestos a realizar tareas por un salario reducido, competirán y disminuirán los salarios. Por lo tanto, cuantos más niños trabajadores en la economía haya, menores serán los salarios de los trabajos por los que compiten esos niños (trabajo no calificado). Esto crea un ciclo de pobreza: el trabajo infantil conduce a salarios bajos y los salarios bajos dispuestos a pagar por las empresas conducen a la necesidad de trabajo infantil.

4 Rodríguez, S. (06/2019). Trabajo infantil: qué es, causas y consecuencias. ACNUR. Recuperado de: <https://eacnur.org/blog/trabajo-infantil-que-es/>

Los bajos salarios no calificados en la actualidad también traen consecuencias a largo plazo para el crecimiento económico, ya que la abundancia de mano de obra no calificada desalienta la adopción de tecnologías. Es decir, los países adoptan la tecnología que complementa a los factores que abundan. Por lo tanto, cuanto más trabajo infantil, más mano de obra no calificada, menos probable es que los países adopten tecnologías que aprovechen la mano de obra calificada.

5. Regiones y países con explotación laboral infantil

5.1 Regiones

La región de Asia y el Pacífico alberga el mayor número de niños y niñas trabajadores en el grupo de edad de 5 a 14 años, siendo 127,3 millones en total (19% de los niños y niñas que trabajan en la región).

En África subsahariana hay alrededor de 48 millones de niños que trabajan. Casi uno de cada tres menores de 15 años (29%) es activo económicamente.

En América Latina y el Caribe hay aproximadamente 17,4 millones de niños y niñas trabajadores (un 16% de los niños y niñas de la región trabajan).

Un 15% de los niños y niñas de Oriente Medio y África del Norte trabajan. Entre 2,5 y 2,4 millones de niños y niñas trabajan en las economías desarrolladas y en transición⁵.

5.2 Países

Los países con riesgo más extremo para el trabajo infantil son: Eritrea, Somalia, República Democrática del Congo, Myanmar, Sudán, Afganistán, Pakistán, Zimbabue, Burundi, China y Yemen. La mayor parte de la explotación en estas naciones es a través del trabajo forzado en el sector agricultor y en las industrias textiles como mano de obra barata para las grandes corporaciones internacionales⁶.

6. Trabajo infantil en el Uruguay

Uruguay, con la asistencia técnica y financiera de la OIT a través del Programa de información estadística y de seguimiento en materia de trabajo infantil (SIMPOC), realizó entre los años 2009 y 2010, la primera Encuesta Nacional especializada sobre trabajo infantil ejecutada por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Se ha logrado establecer un perfil sobre la extensión, características, causas y posibles consecuencias del trabajo infantil.

De acuerdo con los resultados de dicha encuesta, los varones que abandonaron los estudios se dedican principalmente a trabajar y a realizar tareas domésticas, mientras que las niñas y adolescentes mujeres se dedican esencialmente a realizar sólo tareas domésticas. Las tareas asociadas a situaciones de mayor vulnerabilidad social, como la recolección de desperdicios y la mendicidad son realizadas casi en igual medida por niños y niñas⁷.

5 Cifras obtenidas: El trabajo infantil (s.f). UNICEF. Recuperado de: <https://www.unicef.es/noticia/el-trabajo-infantil>

6 ¿En qué países es más inhumano el trabajo infantil? (12/06/2017). Milenio Digital. Recuperado de: <https://www.milenio.com/cultura/en-que-paises-es-mas-inhumano-el-trabajo-infantil>

7 Arim, R., & Salas, G. (2006). Módulo de trabajo infantil y adolescente. Instituto Nacional de Estadística. Montevideo,

Dentro de los niños y adolescentes ocupados en actividades económicas, los varones tienden a ocuparse más en actividades del sector primario y secundario de la economía, mientras que las niñas y adolescentes mujeres lo hacen en el sector servicios, y en particular, en los servicios a los hogares.

Los factores internos que predisponen a los niños y adolescentes hacia el trabajo infantil son: el bajo nivel educativo, el consumo de alcohol y drogas, la presencia de episodios de violencia y abuso sexual dentro del hogar, el escaso valor otorgado al respeto y a la educación de los niños y la existencia de alguna incapacidad física o mental.

Los factores externos, por otro lado, son aquellos que actúan por fuera del ámbito familiar. Estos son: la pertenencia a grupos marginados, el deseo por acceder a más y mejores bienes y las transformaciones políticas, económicas y sociales.

Respecto a la reglamentación internacional, Uruguay forma parte del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), creado por la OIT en 1992 para combatir el trabajo infantil. En tanto país miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha aprobado y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A nivel nacional, existen dos marcos legales centrales donde se explicitan derechos y deberes para los menores de 18 años: la Constitución de la República y el Código de la Niñez y la Adolescencia (2004).

La Constitución de la República, a través de su Artículo 7, establece para todos los habitantes de la nación el *“derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad”*.

Con relación a los trabajadores y al trabajo de los niños y adolescentes establece lo siguiente en el Artículo 54: *“La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral. El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado”*⁸.

El Código de la Niñez y la Adolescencia⁹ establece, por su parte, numerosos artículos referidos al trabajo infantil. Entre ellos:

- Artículo 162 (Edad de admisión): Fíjese en quince años la edad mínima que se admitirá en los adolescentes que trabajen en empleos públicos o privados, en todos los sectores de la actividad económica, salvo las excepciones establecidas en los

Uruguay. Recuperado de http://www.ine.gub.uy/documents/10181/35704/INFORME_Trabajo_infantil.pdf/ef9e5279-7555-405d-93d5-cb8d768bd4fc

8 Constitución de la República. Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO), Montevideo, Uruguay, 2 de febrero de 1967. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>

9 Código de la Niñez y la Adolescencia N°17823. Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO), Montevideo, Uruguay, 14 de setiembre de 2004. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

artículos siguientes, y aquellas que, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente, concede el Instituto Nacional del Menor.

- **Artículo 163 (Obligación de protección):** *Para el caso de que los niños o adolescentes trabajen, el Estado está obligado a protegerlos contra toda forma de explotación económica y contra el desempeño de cualquier tipo de trabajo peligroso, nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social. Prohíbese todo trabajo que no le permita gozar de bienestar en compañía de su familia o responsables o entorpezca su formación educativa.*
- **Artículo 165 (Situaciones especiales):** *El Instituto Nacional del Menor revisará las autorizaciones que ha prestado respecto al empleo de niños y adolescentes entre los trece y los quince años. Sólo serán permitidos trabajos ligeros, que por su naturaleza o por las condiciones en que se prestan no perjudican el desarrollo físico, mental o social de los mismos, ni obstan a su escolaridad.*
- **Artículo 169 (Jornada de trabajo):** Los adolescentes mayores de quince años no podrán trabajar más de seis horas diarias, equivalente a treinta y seis horas semanales y disfrutar de un día de descanso semanal, preferentemente en domingo. El Instituto Nacional del Menor podrá excepcionalmente autorizar a los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años a trabajar ocho horas diarias (...) previa evaluación técnica individual, estudio del lugar y puesto de trabajo (...).
- **Artículo 172 (Trabajo nocturno):** Los adolescentes no podrán ser empleados ni trabajar en horario nocturno, entendiéndose por tal a los efectos de este Código, el período comprendido entre las veintidós y las seis horas del día siguiente. No obstante, el Instituto Nacional del Menor podrá autorizarlo excepcionalmente teniendo en cuenta su interés superior.

7. Empresas que emplean niños en su fuerza laboral

A pesar de los esfuerzos globales y las peticiones de grupos humanitarios, todavía existen numerosas compañías importantes en todo el mundo que emplean trabajo infantil para obtener ganancias. A medida que las empresas dependen de cadenas de suministro cada vez más globalizadas, las prácticas éticas y legales de los contratistas y subcontratistas que utilizan pueden volverse poco éticas.

Algunas de estas multinacionales son¹⁰:

7.1 Nestlé

A pesar de firmar un acuerdo en 2001 para erradicar el trabajo infantil de sus granjas de cacao con sede en Ghana y Costa de Marfil, Nestlé, una de las marcas de consumo más grandes y reconocidas del mundo, continúa recibiendo críticas por los continuos abusos de empleo en su cadena de suministro. En 2005, una demanda contra la compañía por parte de ex niños trabajadores condujo a una investigación llevada adelante por Fair Labor Association (FLA), y aunque la empresa introdujo nuevas medidas para abordar el problema, no han funcionado. Nestlé reconoce que el "riesgo de trabajo infan-

10 Phillpott, S. 10 companies that still use child labour. (27/02/2019). CareerAddict. Recuperado de <https://www.careeraddict.com/10-companies-that-still-use-child-labor>

til" en su cadena de suministro no puede ser "eliminado por completo", pero que están "decididos a abordar el problema"¹¹.

7.2 H&M

El minorista de moda sueco Hennes & Mauritz, mejor conocido como H&M, ha enfrentado acusaciones de negligencia con respecto a los derechos de los trabajadores en sus diversas fábricas de producción. Los cargos más alarmantes fueron informes que mostraron que han estado utilizando el trabajo infantil en Myanmar, Bangladesh y Camboya, y pagando muy bajos salario por hora por largas jornadas de trabajo. No obstante, la multinacional parece no inmutarse sobre su papel ético y moral, pues declaró que la edad legal para trabajar en Myanmar es de 14 años. Eso genera un cuestionamiento: ¿Es ético aprovecharse de las laxas reglamentaciones de países subdesarrollados para explotar a su mano de obra con el único fin de obtener beneficios? A pesar de que "legalmente" se están respetando las normas, ¿Son correctas esas prácticas?

7.3 Apple

Apple ha tenido muchas controversias debido a la subcontratación en su cadena de suministro. Tras el descubrimiento de que un contratista chino estaba empleando a 74 menores en 2013, la compañía admitió que su producto más vendido, el iPhone X, estaba siendo fabricado por escolares. También hubo reclamos en octubre de 2018, de estudiantes escolares menores de 18 años que fabricaban relojes Apple bajo la apariencia de una "pasantía" en la compañía.

8. La industria textil y el trabajo infantil

La moda rápida ha empujado a las empresas a encontrar mano de obra barata con el objetivo de reducir sus costos. Sofie Ovaas, coordinadora de la campaña global "Stop Child Labor", sostiene que hay muchas niñas en países como India y Bangladesh, que están dispuestas a trabajar por precios muy bajos y son fácilmente incorporadas a estas industrias bajo falsas promesas de ganar salarios dignos¹².

La cadena de suministro de la moda es enormemente compleja y es difícil para las compañías controlar cada etapa de la producción. Eso hace posible emplear niños sin que las grandes marcas ni los consumidores lo descubran.

Los menores trabajan en la mayor parte de las etapas de la cadena de suministro: desde la recolección de la materia prima (el algodón) hasta la fabricación del producto final (prenda de ropa). En la recolección de algodón, los empleadores prefieren contratar niños por sus dedos pequeños, que no dañan la cosecha. Están sujetos a extensas horas de trabajo, a la exposición a pesticidas y a menudo se les paga por debajo del salario mínimo.

11 McCarthy, J. The child labor lawsuit against Nestlé: what you need to know. (25/01/2016). Global Citizen. Recuperado de: <https://www.globalcitizen.org/es/content/the-child-labor-lawsuit-against-nestle-what-you-ne/>

12 Moulds, J. Child labour in the fashion supply chain. (s.f). The Guardian. Recuperado de <https://labs.theguardian.com/unicef-child-labour/>

El siguiente paso de la cadena se lleva a cabo en las hilanderías, donde realizan tareas diversas y arduas, como teñir, coser botones, bordar, cortar y recortar hilos, doblar, mover y empacar prendas.

9. Legislación internacional

Para abordar la temática del trabajo infantil existen tres normativas internacionales consideradas básicas: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), el **Convenio N° 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo** (1973), y el **Convenio N° 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil** (1999). Estos dos últimos son instrumentos pertenecientes a la OIT.

Además, es importante recordar la **Declaración de los Derechos del Niño** de 1959 donde se resalta que *“El niño es reconocido universalmente como un ser humano que debe ser capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad”*¹³. La misma establece diez principios, de los cuales tres están íntimamente relacionados al trabajo infantil. Estos son: el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño; el derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita y el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

La **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño** compromete a los Estados Partes de la ONU a cumplir con ciertos deberes y obligaciones para garantizar el bienestar general de los niños y para proteger a éstos de abusos físicos o mentales que puedan eventualmente sufrir. En lo que respecta al trabajo infantil, la CDN reivindica la protección de los niños contra la explotación laboral y contra la realización de actividades económicas que sean perjudiciales para la salud o que signifiquen un obstáculo para la educación. En su **Artículo 32**, relacionado con el trabajo infantil, establece:

- 1) Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
- 2) *Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:*
 - a. *Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;*
 - b. *Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;*
 - c. *Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.*

13 Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 - XIV), Nueva York, 20 de noviembre de 1959, Serie de Tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

Respecto a los Convenios de la OIT:

El Convenio No 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, en su Artículo 3, define el término “*las peores formas de trabajo infantil*” como:

- 1) *Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.*
- 2) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.*
- 3) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.*

Este Convenio comprende, además, ciertas ocupaciones definidas a nivel nacional que resultan peligrosas para la salud física y mental de los niños y adolescentes. Entre ellas: las que exponen al niño o adolescente a abusos físicos, psicológicos o sexuales, o que se realizan bajo tierra o bajo agua o en alturas de riesgo, así como las que requieren la utilización de maquinaria peligrosa, el transporte manual de carga pesada o la manipulación de sustancias tóxicas. Se incluyen, a su vez, los trabajos nocturnos y las actividades que implican horarios prolongados.

Por otro lado, el Convenio No 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo establece que el límite para el ingreso a un trabajo no deberá ser inferior a la edad de culminación de la enseñanza obligatoria o, en su defecto, no deberá ser menor a los quince años. Exhorta a evitar que los niños y adolescentes realicen ocupaciones que, debido a su naturaleza o condiciones, atenten contra la salud, seguridad o moralidad de éstos.

En su **Artículo 1** menciona: “*Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores*”.

Asimismo, en el **Artículo 7** establece que “*la legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:*

- (a) *no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y*
- (b) *no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben*”.

10. CONCLUSIÓN

Las grandes corporaciones multinacionales se están beneficiando de casos extremos de explotación y continuarán haciéndolo hasta que exista alguna forma de regulación global para detenerlas. Para ello, se requiere cooperación de las empresas, de los gobiernos, los consumidores y la comunidad internacional en general.

Las **compañías** pueden comenzar tomando medidas prácticas para eliminar el trabajo infantil de sus cadenas de suministro a través de la creación de un registro de suministros que las informe sobre quiénes son sus fabricantes y puedan agendar visitas. En estas visitas, los representantes de la marca deben controlar que la fábrica subcontratada no esté utilizando menores de edad para la elaboración de los productos.

En cuanto a los **países**, deben asumir un papel de liderazgo mundial en cuestiones de trabajo infantil y para eso deben ratificar los Convenios y las Declaraciones correspondientes. A través de la colaboración con ONGs como UNICEF, deben hacer que los programas de educación y rehabilitación para niños trabajadores sean una prioridad de desarrollo. Esto incluye financiar programas dirigidos a niños trabajadores para rehabilitación y educación. Colocar a los niños trabajadores explotados en las escuelas y darles un futuro es un objetivo de desarrollo que, a la larga, mejorará las condiciones del país gracias a la formación de un nuevo cuadro de trabajadores calificados listos para la economía global competitiva.

Se resalta la necesidad de ser establecidas y aplicadas legislaciones fuertes frente a productos de importación que hayan sido fabricados con mano de obra infantil y cualquier nuevo acuerdo comercial debería incluir disposiciones exigibles que prohíban la producción y exportación de bienes hechos con trabajo infantil. También requiere que los países actualicen sus propias leyes de trabajo infantil y tapen los huecos que eximen a ciertos sectores de producción, como los trabajadores agrícolas.

Una vez que se establezca una prohibición sobre algunas formas de trabajo infantil, es imperativo que los gobiernos den prioridad inmediata a proporcionar asistencia educativa para garantizar que los beneficiarios de esta ley, los niños explotados, efectivamente se beneficien.

Finalmente, los **consumidores** también tienen una responsabilidad: emplear las redes sociales y los medios de comunicación para expresar esta cuestión y denunciar cualquier situación de explotación. También deben informarse sobre qué empresas utilizan mano de obra infantil y dejar de consumir sus productos. Es indispensable generar las condiciones para efectuar un cambio real y duradero que combata y erradique todas las formas de trabajo infantil.

11. ANEXOS

1. Overview

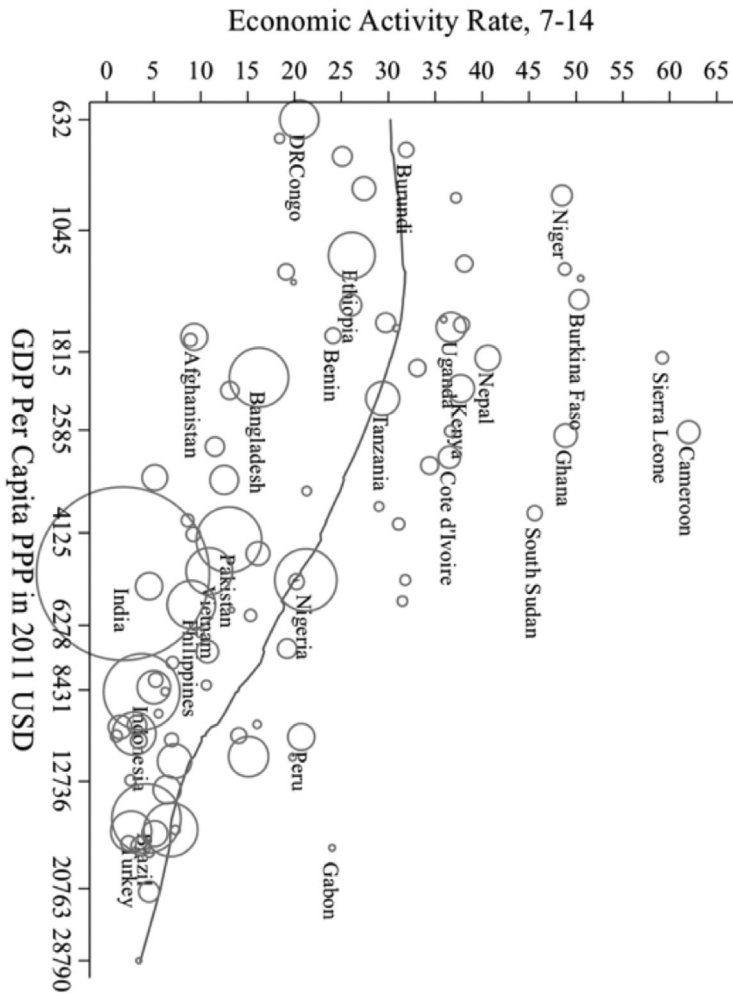
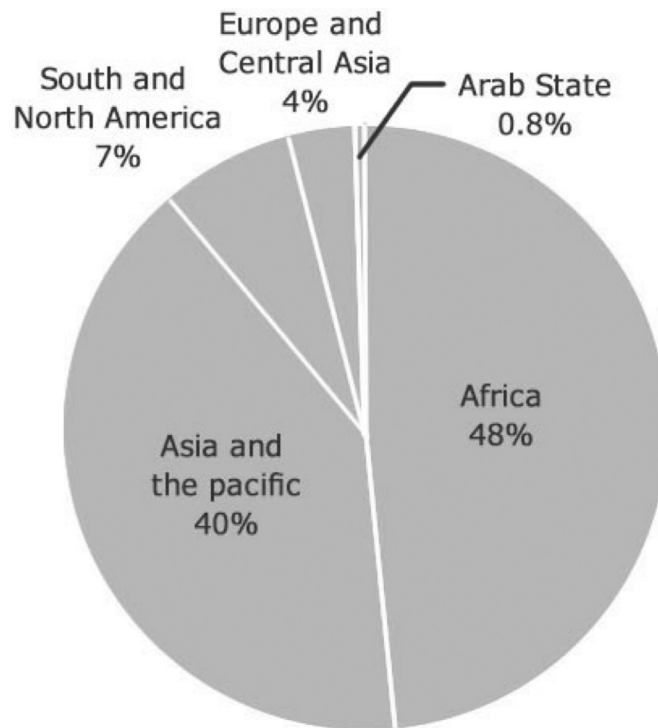


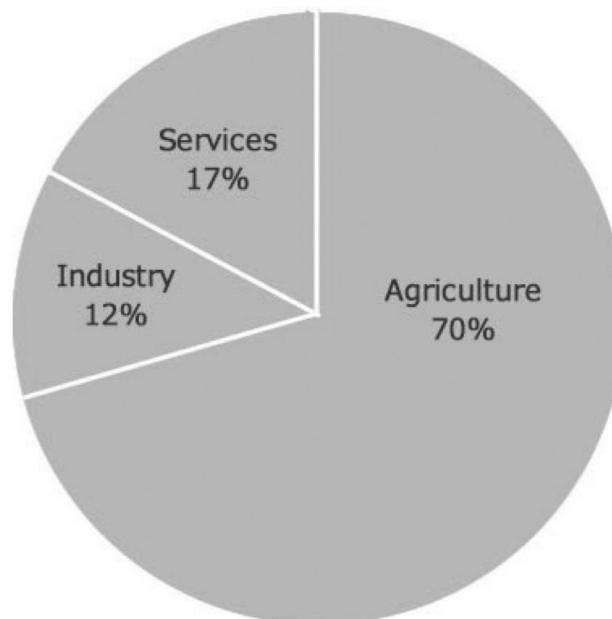
Figure 1: The Economic Activity of Children and National Income

Notes: Figure plots the fraction of children who are economically active between the ages of 7 and 14, inclusive, against gross domestic product per person adjusted for purchasing power parity and expressed in 2011 dollars. The size of each circle reflects the population of children under 15 in the country (larger circle = more children). The curve is a local kernel smoother. Source: World Development Indicators for most recent year with economic activity information available in each country.

Regional distribution of child labor



Sectoral distribution of child laborers



Big Numbers From Small Hands

Child labor is a global phenomenon. Still, some of the poorest regions of the world—and certain countries in particular—stand out for their reliance on work done by the underaged.



CAMBODIA
3,386,743



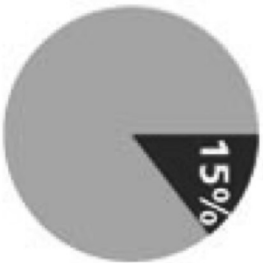
BANGLADESH
34,082,174



BOLIVIA
1,783,061



BURKINA FASO
3,462,184



GUATEMALA
3,225,382



INDIA
199,791,198



MALI
3,664,237

Figures are for the total number of children 5 to 14 years old, except Bolivia and India, 7 to 14 years old. Sources: ILO; UNICEF; World Bank Group.

12. BIBLIOGRAFÍA

Montano, J. (s.f.). Trabajo infantil: causas, tipos, consecuencias, distribución y cifras. Liferder. Recuperado de <https://www.liferder.com/trabajo-infantil/>.

¿Qué se entiende por trabajo infantil? (s.f.). International Labor Organization. Recuperado de: <https://www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm>

Trabajo infantil. (s.f.). International Labor Organization. Recuperado de <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/child-labour/lang--es/index.htm>

Rodríguez, S. (06/2019). Trabajo infantil: qué es, causas y consecuencias. ACNUR. Recuperado de <https://eacnur.org/blog/trabajo-infantil-que-es/>

Causes of Child Labor. (s.f.). The University of Iowa Labor Center. Recuperado de <https://laborcenter.uiowa.edu/special-projects/child-labor-public-education-project/about-child-labor/causes-child-labor>

Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Serie de Tratados de las Naciones Unidas. Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Collingsworth, T. (1/10/1997). Child Labor in the Global Economy. Institute for Policy Studies. Recuperado de https://ips-dc.org/child_labor_in_the_global_economy/

Edmonds, E. (04/2019). Economic Growth and Child Labor in Low Income Economies. Growth and Labour Markets in Low Income Countries Programme. Recuperado de https://glm-lic.iza.org/wp-content/uploads/2017/06/glmlic_sp003.pdf

¿En qué países es más inhumano el trabajo infantil? (12/06/2017). Milenio Digital. Recuperado de <https://www.milenio.com/cultura/en-que-paises-es-mas-inhumano-el-trabajo-infantil>

De Blas, S. (12/06/2018). Amnistía Internacional publica una lista de marcas y productos que utilizan trabajo infantil. Diario crítico. Recuperado de <https://www.diariocritico.com/el-rincon-critico/empresas-que-usan-trabajo-infantil>

Arim, R., & Salas, G. (2006). Módulo de trabajo infantil y adolescente. Instituto Nacional de Estadística. Montevideo, Uruguay. Recuperado de http://www.ine.gub.uy/documents/10181/35704/INFORME_Trabajo_infantil.pdf/ef9e5279-7555-405d-93d5-cb8d768bd4fc

Constitución de la República. Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO), Montevideo, Uruguay, 2 de febrero de 1967. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>

Convenio sobre la edad mínima (C138 – N° 138), Ginebra, Suiza, 26 de junio de 1973, International Labor Organization. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (C182 - N° 182), Ginebra, Suiza, 17 de junio de 1999, International Labor Organization. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE REPRESENTANTES
de Andrés Hessdörfer.
Por Miguel Casanova

RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA DE REPRESENTANTES

Un análisis integral y actualizado sobre la responsabilidad consagrada en el artículo 21 del Código Tributario

Andrés Hessdörfer

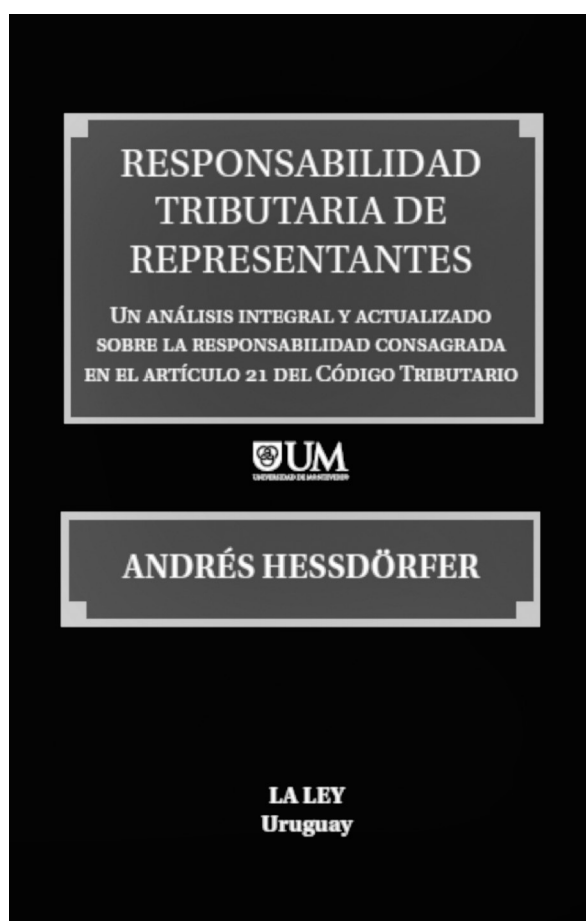
La Ley Uruguay, 2019

347 págs.

Presentamos el libro de Andrés Hessdörfer, egresado de la Facultad de Derecho de la UM y actualmente profesor de Derecho Tributario en la carrera de abogacía de nuestra Universidad.

La obra tiene como origen la Tesis de la Maestría en Derecho y Técnica Tributaria que el autor cursó en el Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo y que fuera aprobada con calificación de sobresaliente en el año 2018. El interés de Hessdörfer por esta temática se remonta bastante más atrás en el tiempo. En el año 2010, publicó su primer trabajo académico, en esta Revista, analizando la aplicación del artículo 21 del Código Tributario a los directores de sociedades. Luego le sucedieron otros tres trabajos sobre aspectos puntuales del régimen, vinculados con la utilización del principio de realidad para analizar el caso de directores aparentes (2014), el análisis de la debida diligencia (2015) y la aplicabilidad del instituto de la culpa *in vigilando* e *in eligendo* (2016), que lo motivaron a dar un paso más y realizar un desarrollo exhaustivo que derivó en el libro que en esta nota se comenta.

El régimen jurídico abordado establece que los representantes legales y voluntarios que no actúen con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables por las obligaciones tributarias del contribuyente representado. Esta solución, a su vez, fue extendida por normas posteriores a los fiduciarios de fideicomisos y a los síndicos e interventores concursales, aunque -en este último caso- con algunas limitaciones.



El libro comienza presentando las principales normas legales en juego, para luego introducirse en los elementos fundamentales de la responsabilidad tributaria, y así dar pie al desarrollo posterior de los aspectos clave del régimen del artículo 21, como especie dentro del género “responsables tributarios”.

En los capítulos subsiguientes, Hessdörfer desagrega y analiza en forma pormenorizada cada uno de los elementos que emergen del texto del artículo 21 del Código Tributario. Estudia los sujetos alcanzados por la norma en calidad de representantes; el *test* de debida diligencia; la relevancia de la injerencia en materia tributaria para activar la aplicación de la responsabilidad; las obligaciones por las cuales debe eventualmente responder el representante; las posibles limitaciones cuantitativas de la responsabilidad y su circunscripción temporal.

En cada uno de los subtemas, se combina la reseña y análisis doctrinario y jurisprudencial, junto con las opiniones personales del autor. Además, Hessdörfer hace un análisis del principio de realidad en materia tributaria y su interacción con cada uno de los distintos elementos del artículo 21 CT que previamente analizó.

Con una aproximación novedosa, el libro presenta un capítulo separado denominado “Panorama Jurisprudencial” en el que se exponen las posturas y tendencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en cada uno de los aspectos analizados por el autor.

Para la elaboración de esta obra, Hessdörfer recopiló y analizó la totalidad de la jurisprudencia existente sobre esta temática desde la sanción misma del Código Tributario en el año 1974. Este enfoque ofrece una mirada holística sobre el comportamiento de la jurisprudencia contencioso anulatoria respecto a cada uno de los elementos relevantes en la responsabilidad tributaria de representantes, permitiendo así extraer conclusiones no solamente de índole cualitativos sino también cuantitativos, algo inusual en los textos jurídicos y que indudablemente enriquece la obra.

Luego de presentar sus conclusiones y formular propuestas de revisión normativa en base al análisis realizado y a soluciones de derecho comparado, el autor cierra la obra con un apéndice jurisprudencial, en el que selecciona y transcribe un fallo emblemático por cada unidad temática abordada a lo largo de la obra.

Se trata, en definitiva, de una obra de imprescindible lectura y análisis para los profesionales y académicos especializados del área tributaria, pero también para los asesores corporativos en cuanto refiere a una cuestión de primera importancia y trascendencia para los administradores de empresas.

Miguel Casanova

REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
 - i) Título en español y en inglés.
 - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
 - iv) Abstract del trabajo en español y en inglés (entre 100 y 200 palabras)
 - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración 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) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo la siguiente estructura:

- Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.

Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.

10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.

EDITORIAL GUIDELINES

The **Law School Journal** is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

Guidelines for the publication of academic papers

1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.

2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.

3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.

4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.

5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:

- i) Title in Spanish and in English.
- ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
- iii) An abstract of the manuscript in English and in Spanish (between 100 and 200 words).
- iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in English and in Spanish.

6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.

7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).

8) Bibliographical references must appear as footnotes (Font: Times New Roman, Size 10, single-spaced) in accordance with the following structure:

- Books: AUTHOR, Title, Publisher, City, Year.

Example: GAGLIARDO, M., *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Journals: AUTHOR, "Title", Journal, Volume, Number, Year and Pages.

Example: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, p. 51 et seq.

9) References to case law must indicate: country of origin, court issuing the judgment, number and date.

10) References to statutory law must include country of origin, enacting body, name (if appropriate), number and date.

REGULAMENTO EDITORIAL

A **Revista de Direito** é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideú.

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 Estudiantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (peer review) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideú, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.

2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.

3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.

4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.

5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:

- i) Título em espanhol e em inglês.
- ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: ORCID), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
- iv) Abstract do trabalho em espanhol e em inglês (entre 100 e 200 palavras)
- v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em inglês e em espanhol.

6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.

7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).

8) As referências bibliográficas devem ser feitas no final do texto (formato: Times New Roman, Tamanho 10, espaçamento entre linhas simples) seguindo a seguinte estrutura:

- Livros: AUTOR, Título, Editorial, Cidade, Ano.

Exemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.

Exemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

9) As referências de Jurisprudência devem estabelecer: país de origem, órgão judicial que ditou, número e data da sentença.

10) As referências de Direito positivo devem incluir: país de origem, órgão que ditou a norma, nome (em caso de corresponder), número e data.



Diciembre, 2019. Depósito Legal Nº. 000.000 / 19
www.tradinco.com.uy